

## Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung

### I. Einführung

Die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bilden in der europäischen Wettbewerbsordnung eine seit den Gründungsverträgen wohl etablierte Kategorie, jedoch ist sie erst angesichts der Liberalisierungspolitik und der dynamischen Ausdehnung der Beihilfeaufsicht im Laufe der letzten Jahre näher ausgeformt und entfaltet worden, wie vor allem die stattliche Fülle von Entscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs* und des *Gerichts Erster Instanz* aus den vergangenen zehn Jahren dokumentiert.<sup>1</sup> In das allgemeine Bewusstsein ist sie Vielen erst durch die Einfügung von Art. 16 EG in den Vertrag von Amsterdam gedungen, auch wenn die zögerliche Aufnahme<sup>2</sup> die diese Vertragsbestimmung namentlich im deutschen Schrifttum und ganz im Unterschied zur französischen Literatur<sup>3</sup> erfahren hat, eine nationale Vorprägung der Betrachtungsperspektive überdeutlich erkennen lässt. Verwunderlich ist dieser Befund freilich nicht, geht die Einfügung von Art. 16 in den EG Vertrag doch letztlich auf eine Initiative der französischen Regierung für eine Charte européenne du service

---

<sup>1</sup> Siehe v. a. *EuGH*, Slg. 1991, 1223 ff. – Telekommunikationsendgeräte; Slg. 1993, 2533 ff. – Corbeau; Slg. 1994, 877 ff. – Banco Exterior de Espana; Slg. 1994, 1477 ff. – Almelo; Slg. 1997, 5699 ff., 5789 ff., 5815 ff. – Stromhandelsmonopole; Slg. 1998, 1303 ff. – FFSA; Slg. 1998, 3949 ff. – Corsica Ferries France; Slg. 1998, 4075 ff. – Dusseldorp; Slg. 1999, 5751 ff. – Albany; Slg. 2000, 825 ff. – Deutsche Post AG; Slg. 2000, 3743 ff. – Sydhavnens Sten & Grus; Urteil vom 17. 5. 2001, Rs. C-340/99, n. v. – TNT Traco; *EuGEI*, Slg. 1997, II-229 ff. – FFSA; Slg. 1997, II-997 – Air Inter; Slg. 2000, II-2267 ff. – EPAC. Zur Kommissionspraxis im Rahmen der Beihilfeaufsicht siehe *Jean-Paul Keppenne*, Guide des aides d'État en droit communautaire, 1999, Rn. 458 f.

<sup>2</sup> Siehe nur die knappen Erwähnungen in den Lehrbüchern von *Thomas Oppermann*, *Europarecht*, 2. Auflage 1999, Rn. 1057; *Rudolf Streinz*, *Europarecht*, 5. Auflage 2001, Rn. 842; nun aber die ausführliche Darstellung von *Walter Frenz*, *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EG*, *EuR* 2000, S. 901 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Jean-Marie Belorgey*, *Service public et droit communautaire*, *AJDA* 1996, numéro annuel, S. 35 ff.; *Alain Fiquet*, *Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics: l'exemple de l'électricité*, *AJDA* 1998, S. 864 ff.; *Stéphane Rodriques*, *Les services public et le traité d'Amsterdam*, *RMC* 1998, S. 37 ff.; *Dimitris Triantafyllou*, *L'encadrement communautaire du financement du service public*, *RTDeur* 35 (1999), S. 21 ff.; *Jean-Yves Chérot*, *Financement des obligations de service public et aides d'État*, *Europe*, Editions du Juris-Classeur Mai 2000, S. 4 ff.; *Florence Chaltiel*, *La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général*, *RMC* 2001, S. 89 ff. sowie die numéro spécial der *AJDA* vom 20. 6. 1997, *Le service public*, mit insgesamt 20 Beiträgen zu den unterschiedlichen Aspekten des service public aus nationaler, rechtsvergleichender und gemeinschaftsrechtlicher Perspektive v. a. *Antoine Lyon-Caen*, *Les services publics et l'Europe: quelle union*, *AJDA* numéro spécial 1997, S. 33 ff.; *Didier Truchet*, *Unité et diversité des «grands principes» du service public*, ebenda, S. 38 ff. sowie *Jürgen Schwarze*, *Le service public: l'expérience allemande*, ebenda, S. 150 ff.

public aus dem Jahre 1993 zurück, die im französischen Schrifttum<sup>4</sup> von einer breiten Diskussion begleitet wurde. Indes handelt es sich bei dem besonderen Interesse Frankreichs für die Erhaltung und Weiterentwicklung dieses Identifikationsmerkmals<sup>5</sup> seiner Verwaltungsrechtsordnung im Zuge der europäischen Integration nicht um die einzige Vorprägung, die in der Diskussion um die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festzustellen ist.

Zudem handelt es sich bei den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse um einen politisch keineswegs neutralen Begriff.<sup>6</sup> Indem er von der Rechtspflicht zur Gewährleistung öffentlich-rechtlicher Vorgaben für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen ausgeht, aktualisiert er ein ordnungspolitisches Vorverständnis von der Notwendigkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeit,<sup>7</sup> das in Europa durchaus keine ungeteilte Zustimmung findet. Dies gilt zumal angesichts der prononciert marktwirtschaftlichen Grundausrichtung des EG-Vertrages, die in der rechtlich verbindlichen Verpflichtung auf den Grundsatz einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ symbolträchtigen Ausdruck gefunden hat.<sup>8</sup> Dieser ordnungspolitische Gehalt wird in Art. 16 EG durch die Bezugnahme auf den Stellenwert hervorgehoben, den die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen. Politisch prägnanter noch ist diese Aussage von der Kommission auf den Punkt gebracht worden, als sie die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa zum „Kern des europäischen Gesellschaftsmodells“ erhoben hat.<sup>9</sup>

Auf Grund dieser ordnungs- und wettbewerbspolitischen Vorprägung ist die besondere kompetenzrechtliche Bedeutung der Gewährleistung von mitgliedstaatlichen Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse bis heute eher stiefmütterlich behandelt worden. Der *Gerichtshof* hat die Zwecksetzung von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG schon frühzeitig darin erkannt, „das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang“ zu bringen.<sup>10</sup> Damit ist die nicht zu unterschätzende Rolle zum

<sup>4</sup> Siehe v. a. den unter Vorsitz des Vizepräsidenten des Conseil d'État, *Renaud Denoix de Saint Marc*, erstellten Rapport au Premier ministre, *Le service public*, 1996 und *Nicole Belloubet-Frier*, *Service public et droit communautaire*, AJDA 1994, S. 270 ff.; *Michel Bazex*, *L'appréhension du service public par le droit communautaire*, RFDA 1995, S. 295 ff.; *Marceau Long*, *Service public, services publics: déclin ou renouveau?*, RFDA 1995, S. 497 ff. sowie aus deutscher Sicht *Peter J. Tettinger*, Vorüberlegungen zu einer «Charte européenne de service public», RdE 1995, S. 175 ff.

<sup>5</sup> Statt vieler *Guy Braibant/Bernard Stirn*, *Le droit administratif français*, 4. Auflage 1997, S. 135 ff.

<sup>6</sup> Instruktiv dazu die zum französischen service public getroffene Feststellung von *Braibant/Stirn*, (Fn. 5), S. 139: „Il est clair que, ..., le mot de service public contient un certain sens politique, favorable à l'idée du service public.“

<sup>7</sup> Siehe dazu den rechtsvergleichenden Bericht von *Michael Holubek*, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, VVDStRL 60 (2000), S. 513 ff.

<sup>8</sup> So in Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie in Art. 98 EG.

<sup>9</sup> So in der ersten Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 281 vom 26. 9. 1996, S. 3.

<sup>10</sup> So *EuGH*, Slg. 1991, 1223 (1263; Rn. 12) – Telekommunikationsendgeräte; weitergeführt in Slg. 1997, 5699 (5779 f.; Rn. 40–43) sowie 5815 (5834 f.; Rn. 56–59) – Stromhandelsmonopole.

Ausdruck gebracht worden, die den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zwischen den politischen Leitvorstellungen von Uniformität und Subsidiarität in Europa zukommen kann. Die in Amsterdam beschlossene Einfügung von Art. 16 in den EG-Vertrag markiert indes keineswegs das Ende der mitgliedstaatlichen Bemühungen um verbesserte Anerkennung gemeinwohlorientierter Dienste. Neben den in Amsterdam angenommenen Erklärungen<sup>11</sup> der Regierungskonferenz unterstreichen die Erklärung von Nizza<sup>12</sup> zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten sowie deren Verankerung in Art. 36 der Grundrechtscharta die fortdauernde Bedeutung, die der Verwirklichung von gemeinwohlorientierten Zielsetzungen bei gleichzeitiger Wahrung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des Vertrages zukommt.

Vor diesem Hintergrund geht es im Folgenden darum, der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Einzelnen nachzugehen und ihre Eignung als Grundlage und realistische Politikperspektive für die Neugestaltung des öffentlich-rechtlichen Kreditwesens in Deutschland zu betrachten.

## II. Wettbewerbsrechtliche Ausgangslage

Den gemeinschaftsrechtlichen Ausgangspunkt für die Konzeption der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – und dies allein ist schon bezeichnend – bildet das Wettbewerbsrecht, denn der Vertrag sieht eine Bereichsausnahme von den Wettbewerbsvorschriften für gemeinwohlorientierte Dienste nicht vor, wie sie etwa in Art. 36 EG ausdrücklich für die Produktion und den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen enthalten ist.<sup>13</sup>

### 1. Der funktionale Unternehmensbegriff des EG-Kartellrechts

Grundlegend für das europäische Wettbewerbsrecht ist der funktionale Unternehmensbegriff. Im Unterschied zur traditionellen Perspektive des deutschen Kartellrechts<sup>14</sup> ist nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform,<sup>15</sup> also insbesondere ihrer öffentlich-rechtlichen Organisations- oder Handlungsform und der Art ihrer

---

<sup>11</sup> Erklärung Nr. 13 der Regierungskonferenz zu Art. 16 EG und Nr. 37 zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland sowie die von der Konferenz zur Kenntnis genommene Erklärung Österreichs und Luxemburgs zu den Kreditinstituten.

<sup>12</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rn. 45 mit der Erklärung zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten in Anlage II.

<sup>13</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1986, 1425 (1465 f.; Rn. 38–42) – *Asjes*; trotz Fehlens einer Bereichsausnahme hat der *EuGH* tarifvertragliche Regelungen nach Art und Gegenstand nicht dem gemeinschaftlichen Kartellverbot unterworfen, *EuGH*, Slg. 1999, 5751 (5882 f.; Rn. 62–64) – *Albany*.

<sup>14</sup> Dazu *Klaus-Peter Schultz*, Krankenkassen als Adressaten des Kartellrechts, *NZS* 1998, S. 269 f.; zur zunehmenden Einschränkung durch die Rechtsprechung siehe *BGHZ* 114, 218 ff.; 102, 280 ff.; 97, 312 ff.

<sup>15</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1991, 1979 (2016; Rn. 21) – *Höfner & Elser*.

Finanzierung, den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des Vertrages unterworfen.<sup>16</sup> So hat der *Gerichtshof* es für unerheblich gehalten,<sup>17</sup> dass eine Einheit ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt bzw. nichtwirtschaftliche Ziele verfolgt. Ebenso unbeachtlich ist demnach die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe oder der Umstand, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die normalerweise von öffentlichen Stellen wahrgenommen wird.<sup>18</sup> Der weitreichend formulierte Geltungsanspruch des europäischen Wettbewerbsrechts erfasst vielmehr jedes marktbezogene Verhalten,<sup>19</sup> das auf Angebot und Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist. Der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit ist der Rechtsprechung zufolge nur ausgeschlossen, wenn sie in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt, die jeweilige Tätigkeit also einen im Allgemeininteresse stehenden Auftrag erfüllt, der zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehört.<sup>20</sup> Jenseits aller Wertungsoffenheit, die bei Anwendung solcher konturenunscharfer Kriterien zumal auf der europäischen Ebene verbleibt, ist also von einem weiten Verständnis wirtschaftlicher Tätigkeiten auszugehen, das lediglich die notwendig staatliche Aufgabenerfüllung ausspart.<sup>21</sup> Bei den Finanzdienstleistungen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute handelt es sich demnach zweifelsohne um marktbezogene Tätigkeiten, die dem europäischen Wettbewerbsrecht unterfallen.

## 2. Die Gleichstellung öffentlicher und privater Unternehmen

Der umfassende Geltungsanspruch des europäischen Wettbewerbsrechts auch für die marktbezogenen Tätigkeiten der öffentlichen Hand wird durch den Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen flankiert und inhaltlich unterfangen, den der *Gerichtshof* schon frühzeitig Art. 86 Abs. 1 EG entnommen hat.<sup>22</sup> Demnach darf die Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zu keinen Begünstigungen oder Benachteiligungen führen.<sup>23</sup> Auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung privater und öffentlicher Unternehmen haben Kommission und *Gerichtshof* das mittlerweile berühmte market economy investor principle entwickelt, also die Prüfung, ob ein nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten handelnder Privatinvestor ebenso gehandelt hätte wie die öffentliche Hand.<sup>24</sup> Auch wenn die Rechtsprechung eine gewisse

<sup>16</sup> So *EuGH*, Slg. 1999, 5751 (5886; Rn. 77) – Albany; Slg. 1997, 3395 (3437; Rn. 43) – Sodemare; Slg. 1995, 4013 (4028; Rn. 14) – FFSA; Slg. 1993, 637 (669; Rn. 17) – Poucet/Pistre; Slg. 1991, 1979 (2016; Rn. 21) – Höfner & Elser.

<sup>17</sup> *EuGH*, Slg. 1980, 3125 (3250; Rn. 88) – van Landewijck; Slg. 1974, 409 (430; Rn. 13 f.) – Sacchi.

<sup>18</sup> *EuGH*, Slg. 1993, 2533 (2567; Rn. 8) – Corbeau; Slg. 1991, 1979 (2016) – Höfner & Elser.

<sup>19</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1998, 3851 (3895 f.; Rn. 36) – Zollspediteure.

<sup>20</sup> So *EuGH*, Slg. 1994, 43 (63 f.; Rn. 30) – SAT-Fluggesellschaft; Slg. 1997, 1547 (1588 f.; Rn. 22 f.) – Calì & Figli.

<sup>21</sup> *EuGH*, Slg. 1991, 1979 (2016; Rn. 22) – Höfner & Elser.

<sup>22</sup> So *EuGH*, Slg. 1991, 1433 (1475 f.; Rn. 16–22) – ENI/Lanerossi; schon Slg. 1982, 2545 (2577; Rn. 21) – Tranzparenzrichtlinie.

<sup>23</sup> *EuGH*, Slg. 1991, 1433 (1475; Rn. 19) – ENI/Lanerossi.

<sup>24</sup> Siehe *Europäische Kommission*, 28. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Rn. 201 ff.; eingehend *Ulrich Immenga/Joachim Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 46 ff.

Flexibilität in der Anwendung dieser Direktive zugelassen und nur langfristige Rentabilitätsbewertungen zwingend gefordert hat, ist der Berücksichtigung sozialer und regionalpolitischer Belange die wettbewerbsrechtliche Anerkennung stets versagt geblieben.<sup>25</sup>

Die Bewältigung des offenkundigen Konflikts zwischen dem öffentlichen Interesse an der Erfüllung besonderer Aufgaben der Daseinsvorsorge und der gemeinschaftsvertraglichen Verpflichtung auf die Verwirklichung der Wettbewerbsordnung des Binnenmarktes<sup>26</sup> erfolgt also nicht durch die pauschale Freistellung der mit solchen Aufgaben betrauten Unternehmen von den Wettbewerbsvorschriften. Vielmehr unterliegen auch sie im Grundsatz der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung, deren Anwendung nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 und nun Art. 16 EG jedoch den besonderen Erfordernissen Rechnung zu tragen hat, die mit der Erbringung dieser Dienste verbunden sind. Normativ gesprochen handelt es sich also u.a. um einen Rechtfertigungstatbestand zum Beihilfeverbot nach Art. 87 ff. EG. Die Verfolgung eines öffentlichen Auftrags, wie er für das Sparkassenwesen kennzeichnend ist,<sup>27</sup> vermag also nur im Rahmen dieser wettbewerbsrechtlichen Öffnungsklausel Berücksichtigung zu finden.<sup>28</sup>

### 3. Kompetenzrechtliche Gesichtspunkte

Die wettbewerbsrechtliche Ausgangslage wäre ohne eine Betrachtung der institutionellen Entscheidungskompetenzen und Strukturen indes unvollständig beschrieben. Dabei bilden die weit gefassten Entscheidungszuständigkeiten der Kommission in Kartellsachen und in der Fusionskontrolle<sup>29</sup> nur einen untergeordneten Aspekt. Von institutioneller Bedeutung ist vor allem die quasiausschließliche Zuständigkeit der Kommission in der Beihilfeaufsicht nach Art. 88 Abs. 1 bis 3 EG, die dem Rat nur eine eng begrenzte Ausnahmefugnis zur Genehmigung von Beihilfen binnen einer Dreimonatsfrist und unter Einstimmigkeitsvorbehalt gewährt<sup>30</sup>.

Darüber hinaus hat die Kommission ihr Vorschlagsmonopol für den Erlass zweckdienlicher Durchführungsverordnungen gemäß Art. 89 EG stets effektiv zu nutzen

<sup>25</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1986, 2263 (2286; Rn. 14) – Meura; Slg. 1991, 1433 (1475 f.; Rn. 18, 21–23) entgegen den Schlussanträgen von *GA van Gerven*, 1451 (1459; Rn. 14) – ENI/Lanerossi sowie Slg. 1991, 1603 (1640; Rn. 20) – Alfa Romeo.

<sup>26</sup> Dazu schon *Hans Peter Ipsen/Gert Nicolaysen*, Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt, NJW 1964, S. 2336 (2338); *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 653 sowie *Guilano Marengo*, Public Sector and Community Law, CMLRev. 20 (1983), S. 495 (516).

<sup>27</sup> Siehe § 2 BaySpkG, § 2 hess SpkG, § 4 NdsSpkG, § 3 SpKG NW, § 2 SpKG Rh-Pf. Vgl. dazu auch *BVerfGE* 75, 192 (199); *VerfGH NW*, NVwZ 1987, S. 211 (213).

<sup>28</sup> Die auf Art. 295 (222 a.F.) EG beruhende Argumentation, siehe die Entschließung des Bundesrates vom 2. 7. 1999, BR-Drs. 409/99 und BR-Drs. 100/97, vermag demgegenüber keine Sperre gegenüber der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu errichten.

<sup>29</sup> Siehe einerseits Art. 2 bis 6 der VO Nr. 17/62 und andererseits Art. 8 FusKVO 4064/89, dazu *Herbert Sauter* bzw. *Heinz Löffler*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001.

<sup>30</sup> Zur Entscheidungsbefugnis des Rates gemäß Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3 siehe *Wolfgang Mederer*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage 1999, Art. 93 Rn. 71–76.

gewusst, um ihre ablehnende Haltung gegenüber jeder Beschränkung ihrer Befugnisse zur Geltung zu bringen.<sup>31</sup> Auch die vielfältigen Versuche einer Ausdehnung und Intensivierung der Beihilfeaufsicht von Seiten der Kommission in den letzten Jahren,<sup>32</sup> die der *Gerichtshof* zwar regelmäßig in ihre Schranken verwiesen hat,<sup>33</sup> legt von diesem robusten Kompetenzverständnis der Kommission beredt Zeugnis ab.

Für die gemeinschaftsrechtliche Konzeption der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Einhaltung ihrer vertraglichen Grenzen noch bedeutender ist indes die Aufsichtspflicht der Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EG, nach der sie Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richten kann, ohne Rat oder Parlament auch nur beteiligen zu müssen. Die politische Entscheidungsbefugnis, die der Vertrag der Kommission mit dieser Bestimmung zugewiesen hat, erschließt sich erst vollends angesichts der gefestigten Rechtsprechung, wonach selbst der Erlass von Bestimmungen durch den Rat auf Grund seiner allgemeinen Rechtsangleichungskompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes eine Inanspruchnahme der Regelungsbefugnis nach Art. 86 Abs. 3 EG von Seiten der Kommission nicht zu präkludieren vermag.<sup>34</sup> Auf Grund dieser eindeutigen Kompetenzzuweisung an die Kommission kann die supranationale Prägung der europäischen Wettbewerbspolitik nur als folgerichtige Konsequenz aus der institutionellen Entscheidungsstruktur des Vertrages erscheinen. Zugleich erklärt sie ganz pragmatisch, warum in der allgemeinen Beihilfe- und vor allem in der besonderen Wettbewerbsaufsicht über die im öffentlichen Auftrag tätigen Unternehmen allein die Europäische Kommission das Sagen hat.

### III. Grundkonzeption der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Mit dem Begriff der Dienste bzw. der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezeichnen Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG marktbe-

<sup>31</sup> Siehe *Europäische Kommission*, 20. Bericht über die Wettbewerbspolitik von 1990, Rn. 170 und *Mederer*, (Fn. 30), Art. 94 Rn. 6. Auch der Erlaß der sog. Verfahrensverordnung Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV, ABl. EG Nr. L 83 vom 27. 3. 1999, S. 1 ff., abgedruckt in: EuZW 1999, S. 277 ff. und die sog. Ermächtigungsverordnung für den Erlaß von Gruppenfreistellungen, Nr. 994/98, ABl. EG Nr. L 142 vom 14. 5. 1998, S. 1 ff., dazu *Adinda Sinaeve*, Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle, EuZW 2001, S. 69 ff., haben bislang keinen grundlegenden Paradigmenwechsel zu bewirken vermocht; dazu *von Danwitz*, Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, JZ 2000, S. 429 (432).

<sup>32</sup> Dazu *Josef Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbotes für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001, S. 212 und passim.

<sup>33</sup> Siehe dazu v. a. *EuGH*, Urteil vom 13. 3. 2001, Rs. C-379/98, EuZW 2001, S. 242 (245 f.; Rn. 58–65) – Preußen Elektra; sowie bereits Slg. 1993, 887 (933; Rn. 19) – Sloman Neptun; Slg. 1993, 6185 (6220; Rn. 16) – Kirsammer-Hack; Slg. 1998, 2629 (2641; Rn. 13) – Viscido; Slg. 1998, 7907 (7936 f.; Rn. 35) – Ecotrade; Slg. 1999, 3735 (3761; Rn. 35) – Piaggio; zum Problem *Ulrich Soltész*, Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i. S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, S. 747 ff.

<sup>34</sup> So *EuGH*, Slg. 1991, 1223 (1266; Rn. 26) – Telekommunikationsendgeräte für die Rechtsetzungszuständigkeiten nach Art. 87 und 100 a EGV a. F. und Slg. 1982, 2545 (2575; Rn. 14) – Transparenzrichtlinie für die Kompetenz nach Art. 94 EGV a. F.

zogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.<sup>35</sup>

## 1. Grundlagen

Ihr Wesenszug liegt in der besonderen Bedeutung solcher Dienstleistungen für das Gemeinwohl, die dazu führt, dass ihre Erbringung nicht lediglich den Marktkräften von Angebot und Nachfrage überlassen wird, sondern durch die Festlegung konkreter Leistungsanforderungen von Staats wegen sichergestellt wird. Die Festlegung eines konkreten Gemeinwohlauftrags und der zu seiner Erfüllung notwendigen Dienste erfordert indes keine staatliche Leistungserbringung durch öffentliche Unternehmen. Charakteristisch ist vielmehr die Indienstnahme Privater durch Auferlegung von Universaldienstverpflichtungen, deren Einhaltung staatlicherseits im Interesse des Gemeinwohls für notwendig gehalten wird<sup>36</sup>. Dementsprechend wird im Postwesen und der Telekommunikation ein Angebot bestimmter Dienstleistungen von vergleichbarer Qualität im gesamten Staatsgebiet zu erschwinglichen Preisen und unabhängig von der Wirtschaftlichkeit einzelner Dienste sekundärrechtlich vorgeschrieben.<sup>37</sup> Typischerweise geht die Auferlegung solcher Leistungspflichten mit der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte bzw. mit der Bereitstellung spezifischer Finanzierungsmechanismen einher, um so die durch Erfüllung gemeinwohlbedingter Leistungsanforderungen für das verpflichtete Unternehmen entstehenden finanziellen Belastungen auszugleichen.<sup>38</sup> Zugleich wird so das sog. Rosinenpicken von Seiten einzelner Wettbewerber verhindert, die sich ansonsten auf wirtschaftlich rentable Geschäftsbereiche konzentrieren und dort günstigere Tarife anbieten könnten als dies den Inhabern ausschließlicher Rechte möglich ist, die einen Ausgleich zwischen den in unrentablen

---

<sup>35</sup> So die Definition der Kommission in ihrer Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, ABl. EG Nr. C 281 vom 26. 9. 1996, S. 3. Es handelt sich demnach um einen Unterfall der Daseinsvorsorge- bzw. der gemeinwohlorientierten Leistungen, die sowohl markt- als auch nichtmarktbezogene Tätigkeiten umfassen; letztere werden vom Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG nicht erfasst, ebenda, Rn. 18.

<sup>36</sup> Siehe die Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 20. 9. 2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 14f.; dazu schon Jörg Ennuschat, Die neue Mitteilung der EU-Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, RdE 2001, S. 46 ff. und nun der Bericht der Kommission an den Europäischen Rat von Lacken über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2001) 598 endg. vom 17. 10. 2001.

<sup>37</sup> Siehe Art. 3 bis 6 der sog. Postdienstrichtlinie 97/67/EG vom 15. 12. 1997, ABl. EG Nr. L 15 vom 21. 1. 1998, S. 14 ff., dazu von *Darwitz*, in: Beck'scher PostG-Kommentar, Anh. zu § 11 sowie die Richtlinie 95/62/EG über den offenen Netzzugang beim Sprachtelefondienst, ABl. EG Nr. L 321 vom 30. 12. 1995, S. 6; Richtlinie 96/19/EG zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. EG Nr. L 74 vom 22. 3. 1996, S. 13 ff.; und die sog. Zusammenschaltungsrichtlinie, ABl. EG Nr. L 199 vom 26. 7. 1997, S. 32 ff.; dazu *Raimund Schütz/Matthias Cornils*, Universaldienst und Telekommunikation, DVBl. 1997, S. 1146 ff.

<sup>38</sup> Grundlegend dazu *EuGH*, Slg. 1993, 2533 (2569; Rn. 17) – *Corbeau*: Bei der Prüfung, in welchem Umfang eine Beschränkung oder sogar der Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich ist, damit eine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe erfüllt werden kann, ist davon auszugehen, dass eine solche Dienstleistung unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen „die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt“; eingehend *Triantafyllou*, (Fn. 3), RTDeur 35 (1999), S. 21 ff.

Bereichen entstandenen Verlusten und den in rentablen Bereichen erzielten Gewinnen vorzunehmen haben.<sup>39</sup>

Als plastische, mit dem öffentlich-rechtlichen Kreditwesen vergleichbare Beispiele aus dem Postwesen seien die Verpflichtungen zur Vorhaltung von bundesweit 12 000 Postfilialen und -agenturen sowie von Briefkästen in solcher Dichte zu nennen, dass die Kunden in zusammenhängend bebauten Wohngebieten in der Regel nicht mehr als 1000 m zurückzulegen haben, um zu einem Briefkasten zu gelangen.<sup>40</sup> Weitere Bereiche, in denen Mitgliedstaaten Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festgelegt haben, sind das Verkehrswesen, die Energieversorgung, der Rundfunk und auch das Kreditwesen.<sup>41</sup> Diese Beispiele zeigen den unmittelbaren thematischen Zusammenhang auf, der rechtspraktisch zwischen der Anerkennung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Gemeinschaftsebene und der gemeinschaftlichen Liberalisierungspolitik in Bereichen vormals staatlicher Leistungsverwaltung besteht. Polemisch überspitzt könnte man die gemeinschaftsrechtliche Anerkennung mitgliedstaatlich festgelegter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als „Preis“ für die gemeinschaftliche Liberalisierung bezeichnen; jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass diese Konzeption in den Mitgliedstaaten romanischer Prägung ganz maßgeblich dazu beiträgt, die politische Akzeptanz der gemeinschaftlichen Liberalisierungspolitik zu sichern.<sup>42</sup> Während in Deutschland die Skepsis vorherrscht, ob der Wandel der staatlichen Aufgabenstellung von der Leistungserbringung zur Gewährleistungsverantwortung<sup>43</sup> im Wege der Regulierung tatsächlich die von der Liberalisierungspolitik verheißene Deregulierung mit sich bringt, fürchtet man in Frankreich einen weitreichenden Verlust der Gemeinwohlbindung solcher Dienste.

## 2. Strukturprinzipien

Es kann daher nicht verwundern, dass sich die gemeinschaftsrechtliche Konzeption der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inhaltlich weitgehend an die der französischen *services publics industriels et commerciaux* anlehnt, zumal das deutsche Konzept der Daseinsvorsorge zu keiner Zeit einen prägenden Einfluss auf die

<sup>39</sup> So bereits der *EuGH*, Slg. 1993, 2533 (2569; Rn. 18) – Corbeau.

<sup>40</sup> Gemäß § 3 Nr. 1 und 2 PUDLV, dazu von Danwitz, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 2 PUDLV Rn. 5 ff., 15 ff.

<sup>41</sup> Siehe den instruktiven Sachstandsbericht in der Mitteilung der Kommission, (Fn. 36), KOM (2000) 580 endg., S. 18 ff. und Anhang I sowie den Bericht der Europäischen Kommission an den Rat: „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bankensektor“, der am 17. 6. 1998 von der Kommission angenommen und am 23. November 1998 dem Rat „Wirtschaft und Finanzen“ vorgelegt wurde, abgedruckt in: ZBB 1998, S. 270 ff.

<sup>42</sup> Nicht umsonst ist im französischen Schrifttum von der „*pression communautaire*“, ja sogar der Infragestellung des *service public à la française* die Rede, so einerseits *Truchet*, (Fn. 3), *AJDA* 1997 numéro spécial 20 juin 1997, S. 38 (45 f.) und andererseits *Lyon-Caen*, (Fn. 3), *AJDA* 1997, numéro spécial 20 juin 1997, S. 33; symptomatisch auch der Titel des Beitrages des früheren Vizepräsidenten des Conseil d'État, *Marceau Long*, *Service public, services publics: déclin ou renouveau?*, *RFDA* 1995, S. 497 ff.; siehe auch *Elisenda Malaret Garcia*, *L'expérience espagnole* und *Sabino Cassese*, *L'expérience italienne*, *AJDA* 1997, numéro spécial 20 juin 1997, S. 136 ff., 143 ff.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Joachim Wieland*, *Der Wandel der Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung*, *Die Verwaltung* 28 (1995), S. 315 ff.

dogmatischen Strukturen unseres Verwaltungsrechts hat nehmen können.<sup>44</sup> Als Strukturprinzipien der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Gemeinschaftsebene hat die Kommission den gleichberechtigten („diskriminierungsfreien“) Zugang der Nutzer, die Kontinuität und die Universalität der Leistungserbringung bereits frühzeitig herausgestellt und damit die gleichen sachlichen Anliegen bezeichnet, die der französische Conseil constitutionnel als verfassungsrechtliche Anforderungen an den service public formuliert hat.<sup>45</sup> Entsprechende Grundanforderungen enthalten auch die Richtlinien, welche die Erbringung des Universaldienstes im Post- und Telekommunikationsrecht gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen unterworfen haben.<sup>46</sup>

Die eigentliche Herausforderung der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption der Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegt indes in der richtigen Verbindung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben mit der Anerkennung mitgliedstaatlicher Ausgestaltungsbefugnisse. Die Kommission legt ihren Beurteilungen folgende Gesichtspunkte zu Grunde: *Erstens* den Grundsatz der *Neutralität* gegenüber der Rechtsform der Unternehmensorganisation, *zweitens* den der *Gestaltungsfreiheit* der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Festlegung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art, Umfang und Finanzierung sowie *drittens* die von ihr überprüfte *Verhältnismäßigkeit* der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.<sup>47</sup>

#### IV. Normative Ausgestaltung und Anwendungsgrundsätze

Der Bedeutungsaufschwung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hat in Art. 16 EG fraglos weiterhin sichtbaren Ausdruck gefunden.<sup>48</sup> Namentlich die Bezugnahme auf ihren besonderen Stellenwert innerhalb der gemeinsamen Werte der Union kann an der politischen Zielvorstellung der neuen Bestimmung kaum Zweifel aufkommen lassen. Bei juristisch-nüchterner Betrachtung erscheint es hinge-

<sup>44</sup> Siehe nur *Fritz Ossenbühl*, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513 ff.; *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage 1973, S. 368 ff.; *Peter Krause*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 (1987), S. 212 ff.

<sup>45</sup> Siehe einerseits die Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 281 vom 26. 9. 1996, S. 3 (4; Rn. 7) und andererseits C. C. déc. 86–207 DC vom 25/25. 6. 1986 in: *Louis Favoreu/Loïc Philip*, les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 7. Auflage 1993, S. 655 ff. und déc. 96–380 DC vom 23. 7. 1996, in: J. O. vom 27. 7. 1996, S. 11 408 ff.; dazu insgesamt *Favoreu*, Service public et Constitution, AJDA 1997, numéro spécial 20. juin 1997, S. 16 ff. (égalité de traitement des usagers, la neutralité et la confidentialité des services, la continuité du service public).

<sup>46</sup> Vgl. Art. 3 bis 6 der sog. Postdiensterrichtlinie, (Fn. 37), ABl. EG Nr. L 15 vom 21. 1. 1998, S. 14 ff., dazu von Danwitz, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2000, Anh. zu § 11 sowie zum Telekommunikationsrecht *Kay Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000; *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage 2000, § 17 Rn. 3, 3 a.

<sup>47</sup> Siehe die Mitteilung der Kommission, (Fn. 36), KOM (2000) 580 endg., Rn. 20–23.

<sup>48</sup> Siehe v. a. *Peter Badura*, „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ unter der Aufsicht der Europäischen Gemeinschaft, Festschrift Oppermann, 2000, S. 571 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 25 (28 ff.).

gen keineswegs ausgemacht, ob der von ihren Initiatoren erhoffte Paradigmenwechsel tatsächlich eintreten wird oder letztlich doch alles wieder beim Alten bleibt.

## 1. Primärrechtlicher Befund

Die Schwierigkeiten, den primärrechtlichen Zulässigkeitsmaßstab für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verlässlich bestimmen zu können, resultieren aus dem bis dato ungeklärten Verhältnis des neuen Art. 16 EG zur überkommenen Zentralnorm gemeinwohlorientierter Leistungen in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG. Angesichts ausstehender Rechtsprechung des *EuGH* ist das augenfällige Bemühen der Kommission, die Bedeutung von Art. 16 EG zu marginalisieren,<sup>49</sup> ebenso bedeutsam wie problematisch. Zutreffend ist sicherlich der Hinweis auf die einleitende Bezugnahme von Art. 16, wonach die Regelung „unbeschadet der Art. 73, 86 und 87“ besteht. Die genaue Bedeutung dieser Klausel verbleibt aber ebenso im Ungefähren wie die in der Erklärung Nr. 13 der Regierungskonferenz zu Art. 16 EG enthaltene Verpflichtung auf die uneingeschränkte Beachtung der Rechtsprechung des *Gerichtshofs*. Bei Lichte besehen handelt es sich um wenig spektakuläre Klarstellungen, die den Gehalt von Art. 16 EG im Kern nicht betreffen. Es dürfte bereits im methodischen Ansatz verfehlt sein, Art. 16 EG als bloße politische Absichtserklärung ohne normative Aussage verstehen zu wollen; dafür tritt das mit der Einfügung von Art. 16 EG verfolgte legislatorische Anliegen, gemeinwohlorientierten Daseinsvorsorgeleistungen bei der Anwendung des Vertrages einen verbesserten normativen Stellenwert einzuräumen, in der Entstehungsgeschichte zu deutlich hervor.<sup>50</sup> Zudem widerspräche eine solche Sichtweise der in Art. 16 EG erstmals statuierten (Selbst-)Verpflichtung der Gemeinschaft, für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu sorgen.<sup>51</sup>

Auf Grund seiner systematischen Stellung ist Art. 16 EG vielmehr ein allgemeiner, das Handeln von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten übergreifend bestimmender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zu entnehmen, der dem von Art. 3 Abs. 1 g) EG geforderten Schutz vor Verfälschungen des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt gleichrangig gegenüber steht. Die mit Art. 16 EG bewirkte Rechtsänderung besteht in der erkennbaren Aufwertung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Auf diese Weise wird die Anerkennung der gemeinwohlorientierten Dienste aus dem normativen Ghetto der restriktiv ausgelegten Ausnahmebestimmung von Art. 86

<sup>49</sup> Siehe namentlich *Karel van Miert*, La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence, *Competition Policy Newsletter* 1997, No. 2, S. 1 (3f.); *Rüdiger Dohms*, Die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvorsorge, in: Schwarze (Hrsg.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, 2001, S. 41 (64f.).

<sup>50</sup> So hat sich die Kommission in ihrer ersten Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 281 vom 26. 9. 1996, S. 3 (12; Rn. 72) ausdrücklich dagegen ausgesprochen, die Verträge unverändert zu lassen und statt dessen wie folgt votiert: „So sollte für den *Ausbau* der gemeinwohlorientierten Leistungen in Europa eine Perspektive aufgezeigt werden, *in die bereits bestehende Handlungsmöglichkeiten einzubinden wären*“ – Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>51</sup> Siehe hierzu *Badura*, (Fn. 48), *Festschrift Oppermann*, S. 571 (579); *Frenz*, (Fn. 2), *EuR* 2000, S. 901 (920 ff.).

Abs. 2 Satz 1 EG befreit<sup>52</sup>. Indes ist in Art. 16 EG keine eigenständige Rechtsgrundlage für ein Handeln der Gemeinschaft geschaffen worden. Vielmehr ist sein *Entwicklungs- und Gewährleistungsauftrag* im Rahmen der vertraglich eingeräumten Handlungsermächtigungen zu verwirklichen.<sup>53</sup> Die normative Funktion von Art. 16 EG besteht daher primär darin, die Anwendung der Handlungsermächtigungen des EG-Vertrages als *Auslegungsdirektive* anzuleiten und auf diese Weise seine besondere Wertung zum Ausdruck zu bringen. Auch die materielle Zulässigkeitsschwelle für Wettbewerbsbeschränkungen zu Gunsten der Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ist nicht mehr – wie nach dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 EG – bei der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung der Aufgabenerfüllung anzusiedeln. In Art. 16 EG wird sie nun *positiv* dahingehend umschrieben, dass das Funktionieren der gemeinwohlorientierten Dienste entsprechend der besonderen Aufgabenstellung zu gewährleisten ist.<sup>54</sup>

## 2. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten

Die grundlegende Entscheidung, ob eine wirtschaftliche Betätigung als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrgenommen wird, fällt – wie die Kommission es ausdrückt – „zuallererst“<sup>55</sup> in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, soweit ihre Definitionsmacht nicht durch sekundärrechtliche Vorgaben beschränkt wird. Da es sich bei den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse jedoch um eine genuin gemeinschaftsrechtliche Begriffskategorie handelt,<sup>56</sup> beansprucht die Kommission eine auf offenkundige Fehlerhaftigkeit beschränkte Rahmenkontrolle durchaus zu Recht. Dementsprechend prüft auch der *Gerichtshof*, ob an einer Tätigkeit ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens wesentlich unterscheidet.<sup>57</sup> So hat er kürzlich festgestellt, dass die Bewirtschaftung bestimmter Abfälle aus Gründen des Umweltschutzes Gegenstand einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein kann.<sup>58</sup> Gleiches gilt für die Ausgestaltung und vor allem für den Umfang der rechtlichen Verpflichtungen, die als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrgenommen werden. Sie müssen mit dem Ziel der jeweiligen Dienstleistung im Zusammenhang stehen

<sup>52</sup> Ebenso bereits *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 (336 f.). Zu konzedieren ist *van Miert*, (Fn. 49) allerdings, dass ein prinzipielle Verschiebung des bisherigen Verhältnisses von Wettbewerbs- und gemeinwohlorientierter Wirtschaft von Art. 16 EG nicht gedeckt wäre.

<sup>53</sup> Vgl. *Frenz*, (Fn. 2), EuR 2000, S. 901 (918 ff.).

<sup>54</sup> Vgl. erneut *Schwarze*, (Fn. 52), EuZW 2001, S. 334 (336 f.); *Badura*, (Fn. 48), S. 25 (30 f.); auch *Ernst Steindorff*, Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG, ZHR 164 (2000), S. 223 (256 f.).

<sup>55</sup> So die Kommission in ihrer Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. 9. 2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 22. In der Erklärung zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten, die im Rahmen der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Nizza abgegeben worden ist, heißt es weitergehend sogar, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Aufgaben sowie die Geschäftsführung der gemeinwirtschaftlichen Dienste festzulegen.

<sup>56</sup> Dazu v. a. *Badura*, (Fn. 48), in: *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 25 (30).

<sup>57</sup> Vgl. *EuGH*, Slg. 1991, 5889 (5931; Rn. 27) – *Merci convenzionali Porto di Genova*.

<sup>58</sup> So *EuGH*, Slg. 2000, 3743 (3799; Rn. 75) – *Sydhavnens Stein & Grus*.

und unmittelbar zu ihrer Erfüllung beitragen.<sup>59</sup> Der *Gerichtshof* konzediert den Mitgliedstaaten insoweit einen erheblichen Freiraum bei der Gestaltung ihrer Politik. Auch für die naturgemäß ebenso komplexe wie im Wettbewerb auf dem Binnenmarkt sensible Frage nach mitgliedstaatlichen Bestimmungen über die Finanzierung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist in Ermangelung sekundärrechtlicher Regelungen ebenfalls nur eine Prüfung am Maßstab des „*erreur manifeste d'appréciation*“ statthaft.<sup>60</sup>

### a) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bankensektor

Es erscheint daher gleichsam folgerichtig, dass die Kommission im Nachgang zur 37. Erklärung zum Amsterdamer Vertrag bereits 1998 in ihrem Bericht an den Rat es im Grundsatz und vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung als möglich angesehen hat, auch im Bankensektor Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festzulegen. Naheliegend erscheint dies als Universaldienst für die flächendeckende Bereitstellung einer grundlegenden Finanzinfrastruktur, wie es von Deutschland und Österreich für die Sparkassenorganisation und von Schweden für die spezifische Verpflichtung zum Betrieb bestimmter Geschäftsstellen in dünnbesiedelten Gebieten beansprucht wird. Möglich erscheint eine solche Ausgestaltung auch im Hinblick auf das Angebot besonderer Dienstleistungen für die Mitgliedstaaten, bspw. zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen, für die Vergabe oder Absicherung von Exportkrediten, die Darlehensvergabe im sozialen Wohnungsbau, der Finanzierung von Infrastrukturvorhaben und der Regionalentwicklung. Gleiches gilt für die Aufgabe der Mittelbeschaffung zu Gunsten von Mitgliedstaaten und ihren regionalen oder kommunalen Untergliederungen.<sup>61</sup>

### b) Betrauung

Voraussetzung für die gemeinschaftsrechtliche Anerkennung der mitgliedstaatlichen Festlegung einer Aufgabe als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist indes eine hoheitliche Betrauung. Das formal-restriktive Begriffsverständnis,<sup>62</sup> das im Hinblick auf die Anforderungen an den Betrauungsakt im Schrifttum über lange Zeit kultiviert wurde, kann angesichts der pragmatischen Rechtsprechungsentwicklung der letzten Jahre getrost ad acta gelegt werden. Eine Betrauung muss nicht zwingend durch Rechtsvorschrift erfolgen. Der *Gerichtshof* hat eine Betrauung durch nicht ausschließliche Konzession ebenso ausdrücklich anerkannt wie durch Vertrag und jüngst sogar auf eine rechtliche Qualifizierung des Betrauungsaktes ganz verzich-

<sup>59</sup> So *EuGH*, Slg. 1997, 5815 (5837; Rn. 68 f.) – Stromhandelsmonopole.

<sup>60</sup> Siehe dazu namentlich *EuGEI*, Slg. 1997, II-229 (282 f., 285; Rn. 178 und 187–189) – FFSA sowie eingehend *Triantafyllou*, (Fn. 3), RTDeur 35 (1999), S. 21 (35, 37 f.).

<sup>61</sup> Siehe den Bericht der Europäischen Kommission an den Rat, (Fn. 41), ZBB 1998, S. 270 (272 f.).

<sup>62</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1974, 313 (318; Rn. 20) – BRT; Slg. 1989, 803 (853; Rn. 55) – Ahmed Saeed Flugreisen; *Ulrich Ebricke*, Art. 90 EWGV – eine Neubetrachtung, EuZW 1993, S. 211 (214); *Jan Thiessen*, Art. 90 Abs. 2 Satz 1 – eine Privilegierung für deutsche Energieversorger, EWS 1998, S. 1 (13 ff.); *Helmut Lecheler/Jörg Gundel*, Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV auf einem liberalisierten Energiemarkt, Rde 1998, S. 92 ff.

tet.<sup>63</sup> Das Betrauungsmerkmal dient der Rechtssicherheit und -klarheit, indem es die Feststellung der tatsächlichen Übertragung einer besonderen Aufgabenstellung sowie der damit einhergehenden Verpflichtungen und Belastungen ermöglicht.<sup>64</sup> Darin erschöpft sich seine Bedeutung aber auch.

Der öffentliche Auftrag der Sparkassen ist in allen Sparkassengesetzen zwar in allgemeinen Wendungen niedergelegt, jenseits der Verpflichtung zur Annahme von Spareinlagen bzw. zur Führung von Girokonten fehlt es jedoch regelmäßig an einer ausdrücklichen Verpflichtung, etwa ein flächendeckendes Zweigstellennetz mit einem Basisangebot an Finanzdienstleistungen zu einheitlichen Preisen zu gewährleisten.<sup>65</sup> Ob auf Grund der bestehenden Vorschriften die besondere Aufgabenstellung mit ihren konkreten Verpflichtungen und Belastungen aus Sicht der Sparkassen sowie der Berechtigten feststellbar ist, wird im Schrifttum mit guten Gründen bezweifelt. De lege ferenda besteht insoweit Handlungsbedarf, will man die wettbewerbsrechtliche Öffnungsklausel von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG in Anspruch nehmen.

### 3. Verhältnismäßigkeits- oder Konkordanzverpflichtung?

Die begrenzte Legalausnahme von den Wettbewerbsregeln und den Grundfreiheiten, die Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG den mitgliedstaatlichen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verschafft,<sup>66</sup> wird gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG nur insoweit gewährt, wie sie nicht zu einer dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Beeinträchtigung des Handelsverkehrs führt. Diese ausdrückliche vertragliche Schranke hat in der Rechtspraxis von Kommission und *Gerichtshof* bisher allerdings keine nennenswerte Bedeutung erlangt.<sup>67</sup> Zentraler Kontrollmaßstab für die mitgliedstaatliche Inanspruchnahme der von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG gewährten Möglichkeit ist vielmehr ihre Erforderlichkeit für die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrags.<sup>68</sup>

#### a) Offene Abwägungsentscheidung der gegenläufigen Interessen

Im Unterschied zum *Gerichtshof* spricht die Kommission in ihrer Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa insoweit ausdrücklich von einer Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, jedoch ohne Struktur und Gehalt ihrer

<sup>63</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1994, 1477 (1520; Rn. 47) – Almelo; Slg. 1997, 5815 (5836; Rn. 66) – Stromhandelsmonopole mit Schlußanträgen von *GA Cosmas*, 5701 (5758 f.; Rn. 107 ff.); Slg. 2000, 3743 (3799 f.; Rn. 76) – Sydhavnens Stein & Grus: „Laut Akten hat die Stadt Kopenhagen gemäß den nationalen Rechtsvorschriften drei Unternehmen mit der Behandlung der in der Gemeindeanfallenden Bauabfälle betraut.“

<sup>64</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1994, 1477 (1520; Rn. 47) – Almelo; Slg. 1997, 5699 (5779; Rn. 40) – Stromhandelsmonopole.

<sup>65</sup> Siehe dahingehend bspw. § 5 Abs. 1 bis 3 SpkO Bayern, § 5 Abs. 1 und 2 SpkVO NW, § 1 SpkVO Nds, § 3 Abs. 3 Satzungsmuster des Badischen und Württembergischen Sparkassen- und Giroverbands; dazu *Stefan Günnewig*, Zum Kontrahierungszwang beim Sparkassen-Girokonto, ZIP 1992, S. 1670 (1672) m. w. N.

<sup>66</sup> Die Erstreckung der Legalausnahme über die Wettbewerbsregeln hinaus auch auf die Grundfreiheiten erfolgt seit *EuGH*, Slg. 1997, 5699 (5775 f.; Rn. 27–32) – Stromhandelsmonopole.

<sup>67</sup> Siehe nur *EuGH*, Slg. 1997, 5815 (5847 f.; Rn. 109–113) – Stromhandelsmonopole.

<sup>68</sup> So in *EuGH*, Slg. 1997, 5815 (5842; Rn. 92 ff.) – Stromhandelsmonopole; Slg. 1999, 5751 (5891; Rn. 98) – Albany; Slg. 2000, 825 (876; Rn. 49) – Deutsche Post AG; Slg. 2000, 3743 (3800; Rn. 77) – Sydhavnens Sten & Grus; Urteil vom 17. 5. 2001, Rs. C-340/99, Rn. 55.

Prüfung offen zu legen.<sup>69</sup> Unabhängig von den allgemein festzustellenden Unterschieden zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf deutscher und europäischer Ebene ergibt eine nähere Betrachtung, dass es sich bei der Kontrolle der von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG gezogenen Schranken jedenfalls der Sache nach um keine Verhältnismäßigkeits-, sondern um eine Konkordanzprüfung handelt,<sup>70</sup> die der *Gerichtshof* im Wege einer strukturell bislang wenig konturierten Abwägung vollzieht. Ausgangspunkt bildet die gefestigte Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG, wonach das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz von Unternehmen zur Verfolgung ihrer Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Gemeinschaftsinteresse an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung des gemeinsamen Marktes in Einklang zu bringen ist. Unter Berücksichtigung dieser legitimen Interessen der Mitgliedstaaten ist es gemeinschaftsrechtlich daher nicht zu beanstanden, dass sie bei der Umschreibung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik durch Verpflichtungen und Belastungen verfolgen, die sie den betrauten Unternehmen auferlegen.<sup>71</sup> Diese Rechtsprechung geht also nicht von einem unbedingten Vorrang des Gemeinschaftsinteresses aus, sondern ordnet die auszugleichenden Belange a priori gleichrangig an; auf diese Weise sichert sie der richterlichen Wertungsentscheidung im Einzelfall ein hohes Maß an Flexibilität und Offenheit für die Dynamik des Integrationsprozesses.

### b) Materielle Schranke der Legalausnahme nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG

Mit dieser Rechtsprechung geht zugleich eine Absenkung der materiellen Schranke für die mitgliedstaatliche Inanspruchnahme der begrenzten Legalausnahme von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG durch den *EuGH* einher. Nach ständiger Rechtsprechung ist ihr Tatbestand nicht erst erfüllt, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht oder das Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, dass die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe ohne die gewährten Vorrechte gefährdet wäre, ihre Beibehaltung also erforderlich ist, um die Erfüllung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.<sup>72</sup> Die Kommission hat dieser Rechtsprechung die betriebswirtschaftliche Aussage entnommen, der Ausgleich dürfe nicht über die mit der anvertrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgehen.<sup>73</sup> So plausibel und verständlich dieser Versuch auf den ersten Blick auch sein mag, so wenig erweist sich die geforderte Beurteilung bei Lichte besehen als präzise quantifizierbar. Bei der Verleihung von besonderen oder aus-

<sup>69</sup> Siehe die Mitteilung der Kommission, (Fn. 30), KOM (2000) 580 endg., Rn. 23 ff.

<sup>70</sup> Zum Problem allgemein: *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, S. 904 ff.; zur gemeinschaftsrechtlichen Dimension *Schwarze*, (Fn. 52), EuZW 2001, S. 334 (339).

<sup>71</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1991, 1223 (1263; Rn. 12) – Telekommunikationsendgeräte; Slg. 1997, 5699 (5779; Rn. 49 f.); Slg. 1997, 5815 (5834; Rn. 55 f.) – Stromhandelsmonopole; Slg. 1999, 5751 (5892 f.; Rn. 103 f.) – Albany; Slg. 1999, 6025 (6059; Rn. 103 f.) – Brentjens'.

<sup>72</sup> *EuGH*, Slg. 1993, 2533 (2568 f.; Rn. 14–16) – Corbeau; Slg. 1997, 5699 (5783; Rn. 53) – Stromhandelsmonopole; Slg. 1999, 5751 (5893 f.; Rn. 107) – Albany; Slg. 2000, 825 (876; Rn. 49) – Deutsche Post AG; Slg. 2000, 3437 (3800; Rn. 77) – Sydhavnens Sten & Grus; Urteil vom 17. 5. 2001, Rs. C-340/99, Rn. 54 – TNT Traco.

<sup>73</sup> So die Mitteilung der Kommission, (Fn. 36), KOM (2000) 580 endg., Rn. 26.

schließlich Rechten können die Mitgliedstaaten die damit in Zukunft erzielbaren Einnahmen ebenso wenig verlässlich bestimmen wie die Entwicklung der finanziellen Lasten des öffentlichen Versorgungsauftrags. Vielmehr handelt es sich um eine komplexe Prognoseentscheidung der Mitgliedstaaten, die ihrer Natur nach nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden kann. Der *Gerichtshof* hat diesen Besonderheiten auch bereits Rechnung getragen<sup>74</sup> und dürfte damit die neue Akzentsetzung von Art. 16 EG zugleich antizipiert haben.

### c) Besonderheiten der gerichtlichen Überprüfung

In einem deutlichen Unterschied zur Kommission<sup>75</sup> ist der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* bisher insgesamt eine spürbare Zurückhaltung zu entnehmen, die sich unmittelbar zuständigkeitswährend zu Gunsten der Mitgliedstaaten auswirkt. Namentlich die Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG zeigt, dass dem *Gerichtshof* daran gelegen ist, die Einschätzungen der Mitgliedstaaten kontrollierend nachzuvollziehen und er es dabei erkennbar vermeidet, eigene Wertungen an die Stelle derjenigen der zuständigen Mitgliedstaaten zu setzen.<sup>76</sup> In jüngeren Urteilen beschränkt sich der *Gerichtshof* sogar darauf, die Einschätzungen der Mitgliedstaaten als gemeinschaftsrechtlich statthaft zu bezeichnen, ohne sich diese zu eigen zu machen.<sup>77</sup> Die konsequente Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf offensichtliche Fehleinschätzungen im Sinne einer *contrôle minimum* der französischen Verwaltungsrechtslehre<sup>78</sup> beruht maßgeblich auf der funktionalrechtlichen Erkenntnis, dass Kommission und Gemeinschaftsgerichte nicht befugt sind, über den Umfang und die Höhe der Kosten für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Institutionen getroffenen politischen Entscheidungen oder über ihre wirtschaftliche Effizienz zu befinden, da sie nicht in rechtlicher, sondern in politischer Verantwortung zu entscheiden sind.<sup>79</sup> Indes bleibt anzumerken, dass in diesem Zusammenhang die Aufgabenverteilung zwischen *Gerichtshof* und mitgliedstaatlichen Gerichten noch nicht abschließend geklärt ist.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1999, 5751 (5896 f.; Rn. 120) – Albany; Slg. 1999, 6025 (6063; Rn. 120) – Brentjens; zum Problem bereits *David Edward/Mark Hoskins*, Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference, CMLRev. 32 (1995), S. 157 (167 f.); erstmals in Richtung einer Saldierung geht die Aussage in *EuGH*, Urteil vom 17. 5. 2001, Rs. C-340/99, Rn. 57.

<sup>75</sup> Dazu v. a. *Alexander Schaub/Rüdiger Dohms*, Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas – Zur Rolle von Art. 90 Abs. 2 EGV, AG 1998, S. 567 ff.

<sup>76</sup> Nachweise in Fn. 72.

<sup>77</sup> So v. a. *EuGH*, Slg. 1999, 5751 (5896 f.; Rn. 120) – Albany; Slg. 1999, 6025 (6063; Rn. 120) – Brentjens; Slg. 2000, 3743 (3800 f.; Rn. 79) – Sydhavnens Sten & Grus.

<sup>78</sup> Siehe v. a. *Triantafyllou*, (Fn. 3), RTDeur 35 (1999), S. 21 (39); *Jean Rivero/Jean Waline*, Droit administratif, 15. Auflage 1994, Rn. 265–1 m. w. N.

<sup>79</sup> So *EuGH*, Slg. 1997, 5699 (5785; Rn. 63), Slg. 1997, 5815 (5846; Rn. 106) – Stromhandelsmonopole; *EuGEI*, Slg. 1997, II-229 (265 und 286; Rn. 108 und 192 – FFSA; bestätigt durch *EuGH*, Slg. 1998, 1303 (1327; Rn. 33 f.) sowie Schlussanträge *GA Tesouro*, Slg. 1993, 2548 (2557 f.; Rn. 16) – Corbeau; und v. a. *Edward/Hoskins*, (Fn. 74), CMLRev. 32 (1995), S. 157 (168 ff.).

<sup>80</sup> Erstmals dazu nun *EuGH*, Urteil vom 17. 5. 2001 Rs. C-340/99 Rn. 59 f. unter Bezugnahme auf Slg. 1997, 4449 (4462 f.; Rn. 23–26) – GT-Link.

Den Mitgliedstaaten bzw. den mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen obliegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zur Inanspruchnahme von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG. Der *Gerichtshof* hat sie aber ausdrücklich nicht auf den „negativen“ Vortrag erstreckt, eine den Wettbewerb weniger einschränkende Maßnahme komme nicht in Betracht.<sup>81</sup> Derartiges haben Kommission bzw. Wettbewerber vorzubringen.

## V. Rechtspolitischer Ausblick

Die schwierige Balance zwischen dem Geltungsanspruch der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften und der legitimen Verwirklichung eigenständiger Politikziele durch die Mitgliedstaaten verleiht der gemeinschaftsrechtlichen Kategorie der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ihre besondere Prägung und Problematik. Die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* hat diesen elementaren Wertungs- und Interessenkonflikt bisher mit richterlicher Zurückhaltung und viel Verständnis für die Notwendigkeit einer eigenständigen Verwirklichung von Gemeinwohlzielen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge gelöst. Damit eröffnet sie den Mitgliedstaaten nicht nur eine Option, um die prononcierte Wettbewerbsorientierung der Verträge abzumildern. Zudem sichert sie langfristig auch die mitgliedstaatliche Akzeptanz für den umfassend ausgelegten Befolungsanspruch des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts. Dass sich die Kommission demgegenüber bis heute als Garant des unverfälschten Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt verhalten hat, ist institutionell verständlich, lässt den Gewährleistungsauftrag von Art. 16 EG aber außer Acht. So geschmeidig der *Gerichtshof* die Inanspruchnahme der begrenzten Legalausnahme für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch die Mitgliedstaaten bisher gehandhabt hat, so bedeutsam ist aber auch das einseitige Vorverständnis der Kommission im Rahmen der allgemeinen Beihilfeaufsicht<sup>82</sup> und der besonderen Überwachungsbefugnis nach Art. 86 Abs. 3 EG. Die mit der Einrichtung von gemeinwohlorientierten Diensten einhergehenden Ausgestaltungsfreiräume der Mitgliedstaaten bleiben daher relativ, sie können nur unter Aufsicht der Kommission und nach Maßgabe des jeweils geltenden Gemeinschaftsrechts wahrgenommen werden.

Ganz unabhängig von diesem gemeinschaftsrechtlichen Befund stellt sich aber die Frage nach der rechtspraktischen Relevanz dieser Gestaltungsoption für das öffentliche Kreditwesen in Deutschland; also letztlich nach dem politischen Willen zu einer Rückbesinnung auf den Grundgedanken des Sparkassenwesens und seiner konsequent öffentlich-rechtlichen Umsetzung. Es dürfte indes mehr als nur zweifelhaft sein, ob

<sup>81</sup> Siehe *EuGH*, Slg. 1997, 5699 (5784; Rn. 58); Slg. 1997, 5815 (5845; Rn. 102) – Stromhandelsmonopole; Slg. 2000, 825 (877; Rn. 53 f.) entgegen den Schlussanträgen von *GA La Pergola*, ebenda, S. 827 (852 f.; Rn. 30) – Deutsche Post AG; dazu die Urteilsbesprechung von *Andreas Bartosch*, CMLRev. 38 (2001), S. 195 (206 f.).

<sup>82</sup> Seit *EuGEI*, Slg. 1997, II-229 (279; Rn. 165) – FFSA entspricht es std. Rechtspraxis, dass eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG nicht die Beihilfeeigenschaft entfallen lässt. Damit sind alle entsprechenden Maßnahmen der Beihilfeaufsicht unterworfen, siehe jüngst *EuGEI*, Slg. 2000, II-2125 (2155; Rn. 84 f.) – SIC.

die Umsetzung solcher Maßgaben im öffentlichen Kreditwesen, die zweifelsohne mit erheblichen Präzisierungen des öffentlichen Auftrags und der durch seine Erfüllung einhergehenden Belastungen verbunden wäre, eine realistische Politikperspektive bildet. So verbleiben nicht nur die bekannten Schwierigkeiten der plausiblen Rechtfertigung einzelner Belastungen, worauf die Kommission<sup>83</sup> im Hinblick auf die vergleichbare Dichte des im Wettbewerb aufrecht erhaltenen Filialnetzes der Genossenschaftsbanken schon hingewiesen hat.

Nach dem Wegfall der Gewährträgerhaftung und der Unterwerfung der Anstaltslast unter das allgemeine Regime der Beihilfeaufsicht erscheint eine Rückbesinnung und Beschränkung auf die spezifisch öffentliche Aufgabenstellung der Sparkassen wirtschaftspolitisch jedenfalls fraglich. Die gemeinschaftsrechtlich anerkannte Möglichkeit, den Sparkassen bestimmte Ausschließlichkeitsrechte zum Ausgleich der durch die Versorgung der Bevölkerung mit grundlegenden Finanzdienstleistungen entstehenden Lasten zu gewähren, dürfte – von verfassungsrechtlichen Bedenken ganz abgesehen<sup>84</sup> – im politischen Raum kaum ernsthaft erwogen werden. In Betracht könnte immerhin die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen durch einen gesetzlichen Verpflichtungsmechanismus kommen, wie er im Post- und Telekommunikationsrecht zusammen mit der Einrichtung eines abgabefinanzierten Ausgleichsfonds geregelt ist.<sup>85</sup> Etwas anderes dürfte allerdings für die besonderen Finanzdienstleistungen zu Gunsten von kleinen und mittleren Unternehmen, im Rahmen der Darlehensvergabe des sozialen Wohnungsbaus und bei der Finanzierung von Infrastrukturvorhaben oder dgl. gelten. Derartige Betrauungen dürften sich als notwendig erweisen, um diese Politikbereiche weiterhin gestalten zu können.

Angesichts des behaupteten oder tatsächlich vorhandenen „overbankings“<sup>86</sup> in Deutschland spricht dem gegenüber unter politischen Vorzeichen einiges für eine beschleunigte Annäherung des allgemeinen Sparkassenwesens an das private Bankgewerbe und damit für ein Ausscheidungsrennen unter Wettbewerbsvorzeichen. Von der Idee des Sparkassenwesens bliebe dann nicht viel mehr als der von der öffentlichen Rechtsform vermittelte Übernahmeschutz übrig. Dann würde sich die einseitige Wettbewerbsorientierung der Kommission im Ergebnis erneut durchsetzen können. Ob dies auch im Kreditwesen zu höherer Qualität und günstigeren Preisen führt und sich zu Gunsten der privaten Nachfrager auswirken wird, bleibt einstweilen abzuwarten. Wenn diese Einschätzung aber zutrifft, ist eine beherzte Privatisierung zur rechten Zeit eher anzuraten als eine, die unter der Notwendigkeit wirtschaftlichen Drucks im verschärften Wettbewerb zu erfolgen hat.

---

<sup>83</sup> Bericht der Europäischen Kommission, (Fn. 41), ZBB 1998, S. 270 (272); dazu *Eberhard Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, NVwZ 2000, S. 721 (724).

<sup>84</sup> Siehe dazu *BVerfGE* 102, 197 ff.; *BVerwGE* 96, 307 ff.

<sup>85</sup> Wie vorgesehen in §§ 18–21 TKG und §§ 13–16 PostG; dazu *von Danwitz*, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 16 Rn. 5 ff.

<sup>86</sup> Siehe Kronberger Kreis (Hrsg.), *Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen*, 2001, Rn. 31–36.