

Rückendeckung bei der GR-Charta, um die Ergebnisse ihrer Schlußanträge zu untermauern. Auch GA Stix-Hackl nahm in ihren Schlußanträgen in der Rechtssache *Enirisorse* explizit Bezug auf Art. 36 GR-Charta<sup>1205</sup>. Die inzwischen einhellige Meinung unter den GAen bringt daher folgende Kurzformel von GA Colomer zum Ausdruck: Die GR-Charta entfaltet zwar keine eigenständige verbindliche Wirkung, jedoch sind in ihr die rechtlichen Grundwerte der Mitgliedstaaten dargelegt, aus denen sich wiederum die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze ergeben<sup>1206</sup>.

#### b. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta als Auslegungsmaxime

Nun kann es sich die Gemeinschaft als Wertegemeinschaft auf Dauer nicht leisten, den EG-Vertrag sowie Dokumente wie die GR-Charta mit Worthülsen und Lippenbekenntnissen zu spicken. Aus Gründen der Glaubwürdigkeit beansprucht der Grundsatz des *effet utile* nicht nur im Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht Geltung, sondern auch im Verhältnis der einzelnen Normen des EG-Vertrages untereinander. Art. 16 EG soll den Konflikt zwischen der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und dem Bedürfnis nach Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu einem Ausgleich führen<sup>1207</sup>. Als Lösung bietet sich daher an, Art. 16 EG im Wege einer zielkonformen<sup>1208</sup> bzw. systematischen Auslegung<sup>1209</sup> der übrigen Normen des EG-Vertrags Berücksichtigung zu verschaffen. Art. 16 EG ist als Mandat verstehen, die rein marktwirtschaftliche Auslegung der Wettbewerbsvorschriften für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzumildern und zu modifizieren. Gleiches gilt für Art. 36 GR-Charta<sup>1210</sup>. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta haben daher den Rang einer *Auslegungsmaxime*<sup>1211</sup>. Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs verkörpert die Bedeutung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und verleiht diesen ein angemessenes Gewicht<sup>1212</sup>.

#### V. Transparenzansatz als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips

Der Transparenzansatz läßt auch in den weiteren Kontext des Gemeinschaftsrechts systemgerecht einbetten. Der Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entpuppt sich nämlich als genuines Anwendungsgebiet

---

Schlußanträge, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, Rdnr. 64, Fn. 26; GA *Geelhoed*, Schlußanträge, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 28, Fn. 18; GA *Geelhoed*, Schlußanträge, Rs. C-491/01 (British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 259, Fn. 125; GA *Colomer*, Schlußanträge, Rs. C-187/01 (Gözütok) u. C-385/01 (Brügge), Slg. 2003, I-1345, Rdnr. 57, Fn. 22; GA *Alber*, Schlußanträge, Rs. C-465/00 (Österreichischer Rundfunk), Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 3, Fn. 3.

1205 GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 138, Fn. 101.

1206 GA *Colomer*, Schlußanträge, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2003, I-9919, Rdnr. 59.

1207 Vgl. *Schebstadt*, DVBl. 2004, 737 (745).

1208 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 8.

1209 *Magiera*, in: FS-Rauschning, 269 (271).

1210 *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta, Art. 36.

1211 Vgl. *Callies*, EuZW 2001, 261 (267); *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 100; *Hetzel*, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 54; *Knauff*, VR 2004, 296 (298); *Kühne*, RdE 2002, 257 (259); *Löwenberg*, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 308.

1212 Vgl. GA *Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (*GEMO*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124; *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (34).

für das dual in Art. 5 Abs. 2 EG und Art. 1 Abs. 2 EU verankerte Prinzip der Subsidiarität. Der Transparenzansatz steht in besonderem Maße für die vom Subsidiaritätsprinzip verkörpert Ziele der Differenzierung, Diversifizierung, Dezentralisierung<sup>1213</sup>. Insofern ist der Transparenzansatz eine konsequente Fortführung der bisherigen Dezentralisierungsbemühungen im Wettbewerbsrecht, die im Kartellrecht ansetzten<sup>1214</sup> und mit Einführung der ersten Gruppenfreistellungen im Beihilfenrecht umgesetzt wurden<sup>1215</sup>. Der Transparenzansatz bedeutet eine föderalere Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, welche die Definitionsmacht und den Handlungsspielraum an diejenigen Stellen zurückdelegiert, die den Bedarfstand vor Ort am besten evaluieren können. Der Transparenzansatz wird der Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gerecht, ohne die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung aufs Spiel zu setzen.

### 1. Ratio des Subsidiaritätsprinzips

Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip darf das Gemeinschaftsrecht die Entscheidungsbefugnis der Mitgliedstaaten nur soweit beschneiden, wie dies zur Erreichung der Ziele des EG-Vertrags erforderlich ist. Nach dem Subsidiaritätsprinzip ist zu erforschen, ob das jeweilige Gemeinschaftsziel nicht ausreichend durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten erreicht werden kann und daher besser durch einen Gemeinschaftsakt verwirklicht wird (Test der vergleichenden Effizienz<sup>1216</sup>). Hinter diesem Prinzip steht die Idee, daß Kompetenzen in der Regel auf der untersten Ebene eines Organisationsapparates lokalisiert sein sollten. Für das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bedeutet dies folgendes: Grundsätzlich sollen die Mitgliedstaaten verantwortlich sein, da diese mit ihrem regionalen und lokalen Unterbau über die maßgeblichen Informationen, Kapazitäten und die notwendige demokratische Legitimation verfügen. Aktivitäten auf Gemeinschaftsniveau bedürfen dagegen besonderer Rechtfertigung. Insofern verkörpert das Subsidiaritätsprinzip den ersten, wenn auch verschämten, Gemeinschaftsansatz zum Thema Föderalismus<sup>1217</sup>.

### 2. Funktion des Subsidiaritätsprinzips

Nach offizieller Interpretation entfalten das Subsidiaritätsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ihre Wirkung sukzessive auf verschiedenen Ebenen<sup>1218</sup>: Das Subsidiaritätsprinzip sei Voraussetzung für den Erlass der Maßnahme durch die Gemeinschaft, während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deren Umfang begrenze. Der Subsidiaritätsprinzip entfalte seine Wirkung also bei der Frage, ob überhaupt eine Gemeinschaftsmaßnahme getroffen werden soll oder nicht (Kompetenzschranke<sup>1219</sup>). Dagegen komme der Verhältnismäßigkeits-

1213 Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (33); Franzius, NJW 2003, 3029 (3031); Winter, CMLR 1999, 521 (565).

1214 Franzius, NJW 2003, 3029 (3029); Schwarze, EuZW 2001, 334 (334).

1215 Ross, CMLR 2000, 401 (402, 422); Sinnaeve, EuZW 2001, 69 (77).

1216 Callies, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 36; Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 38.

1217 Vgl. Glombik, VR 2001, 269 (269); Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 1 EU, Rdnr. 38.

1218 GA Léger, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 126; vgl. Kenntner, NJW 1998, 2871 (2874); Kühne, RdE 2002, 257 (263); Möschel, NJW 1995, 281 (281).

1219 Kenntner, NJW 1998, 2871 (2874).

grundsatz erst für die Prüfung der Angemessenheit der bereits getroffenen Maßnahme zum Einsatz<sup>1220</sup>. Zwar erfreut sich das Subsidiaritätsprinzip in der rechtswissenschaftlichen Literatur weiterhin der Beliebtheit<sup>1221</sup>, es mehren sich jedoch Stimmen<sup>1222</sup>, die auf die dogmatische Redundanz dieses Prinzips hinweisen, gepaart mit einer „Immunität gegen jegliche Justitiabilität“<sup>1223</sup>.

### 3. Rechtsprechung des EuGH

Zu dieser Auffassung beigetragen hat nicht zuletzt der EuGH<sup>1224</sup>, welcher in seinen Urteilen einen geradezu ostentativen Unwillen demonstrierte, das Subsidiaritätsprinzip zum Maßstab für die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft zu machen<sup>1225</sup>. So heißt es in seinem *Arbeitszeitrichtlinien*-Urteil: „Auf das Vorbringen, es liege ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip vor, ist von vornherein nicht einzugehen<sup>1226</sup>. Denn dies betrifft die Erforderlichkeit des Gemeinschaftshandeln, was der EuGH bereits unter Rdnr. 47 erörtert hat“<sup>1227</sup>. Sinnigerweise verweist jedoch jene Urteilspassage auf die Prüfung gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch im *Einlagensicherungssystem*-Urteil ließ sich der EuGH auf keine nähere Analyse ein, da „Rat und EP erläutert hätten, warum ihr Handeln mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, so daß der in Art. 253 EG verankerten Begründungspflicht genügt sei. Eine ausdrückliche Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips sei insoweit nicht zu verlangen“<sup>1228</sup>. Dieses Vorgehensweise wiederholte sich in der *Tabakrichtlinien*-Entscheidung. Obwohl die Bundesrepublik Deutschland ihre Klage explizit auf eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gestützt hatte<sup>1229</sup>, widmete sich der EuGH ausschließlich den konkreten Befugnisnormen, bzw. dem in Art. 5 Abs. 1 EG niedergelegten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung<sup>1230</sup>. Im *Biotechnologieschutzrichtlinien*-Urteil gab sich der EuGH mit einer „stillschweigenden Beachtung des Subsidiaritätsprinzips“ zufrieden<sup>1231</sup>. Im Fall *British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco* konstatierte der EuGH zur Frage, ob die fragliche Richtlinie den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips entspricht,

1220 GA Léger, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 126.

1221 Vgl. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rdnr. 321 ff.; Kenntner, NJW 1998, 2871 ff.; Kühne, RdE 2002, 257 (263); Möschel, NJW 1995, 281 ff.; Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 30.

1222 Vgl. Dashwood, CMLR 2004, 355 (368); Estella, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 132; Lienbacher, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5 EG, Rdnr. 4; Pechstein, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 1 EU, Rdnr. 39.

1223 De Búrca, The Jean Monnet Working Papers 7/1999, Rdnr. II. The adoption of subsidiarity into EC and EU Law, Seeking definition; abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html>; Hepple, in: Liber Amicorum Lord Slynn, 639 (645); Wyatt, in: Liber Amicorum Lord Slynn, 505 (507).

1224 EuGH, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeit-RL), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55; Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 81.

1225 Vgl. Estella, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 156, 177; Timmermans, FILJ 1999, 106 (115).

1226 EuGH, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55.

1227 EuGH, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55.

1228 EuGH, Rs. C-233/94 (Deutschland/Rat u. EP – Einlagensicherungssystem), Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 28.

1229 EuGH, Rs. C-376/98 (Deutschland/Kommission – Tabakrichtlinie), Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 9.

1230 EuGH, Rs. C-376/98 (Deutschland/Kommission – Tabakrichtlinie), Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 83.

1231 EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande/Rat u. EP – Biotechnologieschutzrichtlinie), Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 33; Rs. C-103/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2003, I-5369, Rdnr. 46.

lapidar, daß die Ziele des Art. 95 Abs. 3 EG sich durch Maßnahmen allein auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreichen ließen<sup>1232</sup>.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß das Subsidiaritätsprinzip in den Erwägungen des EuGH maximal im Kontext mit der Pflicht gemäß Art. 253 EG Erwähnung findet, Gemeinschaftsakte mit einer Begründung zu versehen<sup>1233</sup>. Entgegen anderer Ansicht<sup>1234</sup> ist die Annullierung eines Gemeinschaftsaktes wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips äußerst unwahrscheinlich<sup>1235</sup>.

#### 4. Analyse und Bewertung

Es ist zu begrüßen, daß die hinter dem Subsidiaritätsprinzip stehenden Ideen Eingang in EG- und EU-Vertrag gefunden haben. Trotz detaillierter Definitionsversuche<sup>1236</sup> bestehen jedoch Zweifel an der dogmatischen Verortung des Subsidiaritätsprinzips neben dem Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 EG und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. 5 Abs. 3 EG.

##### a. Dogmatische Redundanz des Subsidiaritätsprinzips

So wird man bei näherer Betrachtung feststellen, daß es unmöglich ist, die Frage der Subsidiarität unabhängig davon zu beantworten, welcher Rechtsakt im Sinne von Art. 249 EG anvisiert ist<sup>1237</sup>. Ohne ein Koordinatensystem von konkretem Ziel und konkretem Gemeinschaftsakt erübrigt sich jegliche Prüfung. Der Test der vergleichenden Effizienz ist nichts anderes als die umformulierte Kehrseite des Erforderlichkeitskriteriums, der zweiten Prüfungsstufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auf dieser Stufe wird gemeinhin geprüft, ob eine Gemeinschaftsaktion in Relation zum anvisierten Ziel notwendig ist, i.e. ob nicht mildere, ebenso geeignete Regelungsinstrumente zur Disposition gestanden hätten. Wenn die Gemeinschaftsaktion sich auf einer der drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als ungenügend erweist, dann bleiben die Mitgliedstaaten weiterhin zum Erlass von Rechtsakten zuständig. Was die Kompetenzverteilung in der Gemeinschaftsrechtsordnung anbelangt, so gibt es nur zwei Akteure: Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Eine spezielle Erforderlichkeitsprüfung im Hinblick mit diesen zweiten Akteur, den Mitgliedsstaaten ist jedoch überflüssig, wenn sich daran ohnehin – eingebettet in das Prüfungsmuster des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – eine allgemeine Erforderlichkeitsprüfung anschließt. Die „Überschneidung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“<sup>1238</sup> kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Subsidiaritätsprinzip bisweilen als „Kompetenzausübungsschranke“<sup>1239</sup> tituliert wird. Dies ist jedoch gerade Aufgabe und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wegen dieser Überschneidung mit

---

1232 *EuGH*, Rs. C-491/01 (British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 182.

1233 *Estella*, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, 157.

1234 *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, Rdnrn. 74, 75; *Nagel*, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 46.

1235 *Dashwood*, *CMLR* 2004, 355 (368); *ter Steeg*, *EuZW* 2003, 325 (327).

1236 Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; abrufbar unter: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/selected/livre345.html>; *Europäischer Rat*, *Bulletin EU* 12/1992, 9 ff.

1237 *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, Rdnr. 73.

1238 *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, Rdnr. 73.

1239 *Ernst/Piotrowski*, *NVwZ* 2004, 924 (926); *Estella*, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, 91; *ter Steeg*, *EuZW* 2003, 325 (326).

dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist das Subsidiaritätsprinzip dogmatisch obsolet<sup>1240</sup>. Darüber hinaus ist das Subkriterium innerhalb des Subsidiaritätsprinzips, die Sphäre exklusiver Gemeinschaftskompetenz, *in praxi* nicht eindeutig zu definieren<sup>1241</sup>. *Realiter* stellt das Subsidiaritätsprinzip keine echten objektiven Kriterien für die Kompetenzaufteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bereit<sup>1242</sup>. In Wirklichkeit handelt es sich um eine „Beruhigungsspielle“<sup>1243</sup>, ein politisches bzw. rhetorisches Schlagwort zur *pro forma*-Legitimation von Gemeinschaftsakten<sup>1244</sup>.

## b. Subsidiaritätsprinzip als Auslegungsmaxime

Trotz dieser funktionalen Mängel ist dem Subsidiaritätsprinzip eindeutig der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers zu entnehmen, einem institutionellen Ungleichgewicht zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten entgegenzuwirken. Seine Einführung markiert einen Richtungswechsel in der Rechtskultur der Gemeinschaft<sup>1245</sup>. Es ist nicht wünschenswert, daß ein derartiges Signal zu einer Worthölse verkümmert. Auch wenn seine dogmatische Verankerung zweifelhaft ist, müssen Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden. Das Subsidiaritätsprinzip ist daher als *föderales Auslegungsgebot bei der Interpretation der übrigen Gemeinschaftsnormen* zu verstehen, welches auf die Wiederherstellung des institutionellen Gleichgewichts bedacht ist<sup>1246</sup>: Danach wäre in Ergänzung zum Auslegungsgebot des Art. 10 EG innerhalb aller möglichen Auslegungsvarianten derjenigen Interpretation einer Gemeinschaftsnorm der Vorzug zu geben, welche Definitionsmacht an die Mitgliedstaaten zurückdelegiert, so daß die Entscheidungsgewalt nach der Devise *play your strength* im Zweifel in den Händen nationaler, regionaler oder gar lokaler Einheiten liegt.

## c. Subsidiaritätsprinzip und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Diese Sichtweise hat in zweierlei Hinsicht einen besonderen Charme für das Beihilfenrecht. Zum einen war speziell dieses Rechtsgebiet von der extensiven Auslegungspraxis der Kommission gebeutelt worden. So wurde der Kommission in der Vergangenheit vorgeworfen, sie versuche, mittels des Beihilfenrechts Wirtschaftspolitik zu betreiben, indem sie Art. 87 Abs. 1 EG auf immer mehr Fälle bzw. Fallgruppen erstreckt<sup>1247</sup>. Von „Kontrollbegehrlichkeiten“<sup>1248</sup>, ja sogar „Deformierung des Beihilfentatbestandes“<sup>1249</sup> war die Rede.

1240 *De Búrca*, The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: Is the Subsidiarity Principle Justiciable?; abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html>

1241 *De Búrca*, The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: The formal scope of subsidiarity; abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html>.

1242 *De Búrca*, The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: The dual legal expression of subsidiarity at Maastricht; abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html>.

1243 *Lienbacher*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 4.

1244 Vgl. *Dashwood*, CMLR 2004, 355 (368); *Dederer/Diekmann/Schulze-Weidner*, DRV 1995, 339 (346); *Estella*, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 96; *ter Steeg*, EuZW 2003, 325 (328).

1245 *Lienbacher*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 4.

1246 *Zeiss*, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 150.

1247 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3588); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (533).

1248 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3588).

1249 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 12.



Insofern stellt sich der Transparenzansatz als probates Mittel der Deeskalation dar, um den Konflikt zwischen der Kommission und Mitgliedstaaten um die Beihilfenkontrolle zu entschärfen<sup>1250</sup>.

Zum anderen besitzen die Mitgliedstaaten mit ihrem regionalen und lokalen Unterbau ein viel feineres Sensorium für aufkeimende Bedürfnisse der Bevölkerungen als die mitunter schwerfällig agierenden Institutionen der Gemeinschaft. Angesichts des „notwendigerweise evolutionären Charakters“<sup>1251</sup> der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind es in erster Linie die Mitgliedstaaten, welche stimmige Strategien konzipieren können, die den besonderen nationalen, regionalen und lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen. Zu dieser Erstverantwortung der Mitgliedstaaten tritt die Tatsache, daß allein die Mitgliedstaaten sich auf eine ununterbrochene Kette demokratischer Legitimation berufen können. Auch die Kommission erkannte in einer Reihe von offiziellen Dokumenten, zuletzt im *Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, die mitgliedstaatliche Einschätzungsprärogative ausdrücklich an<sup>1252</sup>. Um eine möglichst bürgernahe Entscheidung zu fällen, ist es daher Sache der zuständigen nationalen, regionalen und örtlichen Behörden, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, die Art und Weise der Organisation bzw. Delegation, der Finanzierung und der Kontrolle festzulegen<sup>1253</sup>. Diese Meinung wird bis auf vereinzelte Ausnahmen<sup>1254</sup> auch von der Literatur geteilt<sup>1255</sup>. Die Kommission kann die mitgliedstaatliche Entscheidung über die Feststellung des öffentlichen Interesses an einer Dienstleistung nur „auf offenkundige Fehler“ hin kontrollieren<sup>1256</sup>.

## VI. Einheitliche Verfahrensanforderungen

### 1. Vorwurf fehlender einheitlicher Verfahrensanforderungen

Gegen das Argument, daß ein Ausschreibungsverfahren den Beihilfentatbestand ausschließt, wird eingewandt, daß es mit Ausnahme des öffentlichen Personenverkehrs an einem

---

1249 Bartosch, WuW 2001, 673 (685).

1250 Koenig/Sander, EuR 2000, 743 (744).

1251 GA Stix-Hackl, C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

1252 Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff. Rdnr. 22; eadem, Bericht, für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 7; eadem, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 77; eadem, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.

1253 Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 31, 77, 79, 85; eadem, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.

1254 Vgl. Nicolaides, Intereconomics 2002, 190 (195).

1255 Vgl. GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 51; Hailbronner, NJW 1991, 593 (601); Henneke, DNV 2002, 19 (20); Kämmerer, NVwZ 2002, 1041 (1043); Magiera, in: FS-Rauschning, 269 (288); Müller, Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (90); Nettesheim, EWS 2002, 253 (254); Pietzcker, ZHR 1998, 427 (465); Schwarze, EuZW 2001, 334 (338); Weber, NZBau 2002, 194 (194).

1256 Kommission, Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 22; vgl. Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804 (806).