

nicht zu unterschätzenden Zeitgewinn. Wenn behauptet wird, daß an die Wirtschaftsteilnehmer nun höhere Anforderungen gestellt werden¹¹³⁶, so ist dem zu entgegnen, daß der Transparenzansatz die Last der beihilfenrechtlichen Kontrolle gleichmäßig auf die Schultern aller Wirtschaftsteilnehmer verteilt: Zwar sehen sich die Wirtschaftsteilnehmer, die sich um einen öffentlichen Auftrag für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bemühen, im Auswahlprozeß einem höheren Konkurrenzdruck ausgesetzt. Das System baut darauf, daß die Wirtschaftsteilnehmer zur Wahrung des objektiven Rechts die Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte geltend machen. Auf lange Sicht profitieren jedoch alle Wettbewerber von kürzeren Planungs- und Umsetzungsfristen. Der Transparenzansatz fügt sich insoweit auch in das generelle Konzept der Kommission für das Wettbewerbsrecht ein, wonach den privaten Wirtschaftsteilnehmern mehr Verantwortung abzuverlangen ist¹¹³⁷. Der Transparenzansatz beseitigt für den Teilbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse den generellen Mißstand, daß mitgliedstaatliche Investitionen hinausgezögert werden.

e. Ergebnis

Für eine effiziente Beihilfenkontrolle im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind Notifikationspflicht und Durchführungsverbot entbehrlich. Das Notifikationssystem ist ineffizient und birgt die Gefahr der Überlastung der Kommission. Der Wegfall wird dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben des *Altmark*-Katalogs durch eine verschärzte Kontrolle seitens der privaten Wirtschaftsteilnehmer ausgeglichen. Die Befürchtungen, daß das beihilfenrechtlichen Kontrollniveau bedenklich abgesenkt wird, erscheinen übertrieben und sind damit in der Abwägung als nachrangig einzustufen¹¹³⁸. Die Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle sollte wegen des Zeit- und Effizienzgewinns daher als Chance begriffen werden¹¹³⁹.

IV. Besonderheit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs trägt dem hohen Stellenwert des Gemeinschaftsziels der sozialen Kohäsion und der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angemessen Rechnung, wie er in Art. 3 Abs. 1 lit. k, Art. 16 EG, Art. 36 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta)¹¹⁴⁰ sowie Art. II-36 des *Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa*¹¹⁴¹ zum Ausdruck kommt.

1. Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 16 EG verwenden den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ohne ihn jedoch näher zu konkretisieren. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden gemeinhin marktbezogene Tätig-

1136 *v. Ysendyck/Zühlke*, RIW 2003, 717 (719).

1137 *Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1138 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3592).

1139 Vgl. *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (19); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3031); *Winter*, CMLR 2004, 475 (501).

1140 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

1141 *Verfassungskonvent*, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 18. Juli 2003, CONV 847/03.

keiten bezeichnet, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden¹¹⁴². Ein Teil der Literatur will Unterschiede zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgemacht haben¹¹⁴³. Teilweise wird sogar ein Katalog für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gefordert¹¹⁴⁴. Auch die Kommission steht auf dem Standpunkt, daß der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem Interesse weiter reicht als der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹¹⁴⁵. Gleichzeitig gibt die Kommission zu, daß hier noch Klärungsbedarf besteht¹¹⁴⁶. Nach der Formel des EuGH ist eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen, wenn die Tätigkeit darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten¹¹⁴⁷. Demgegenüber soll es sich bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse um Leistungen handeln, an denen ein allgemeines Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet¹¹⁴⁸.

Moderne, fortschrittsgetriebene Gesellschaften generieren in einem fort immer neue Bedürfnisse nach Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Art und Umfang sind wegen der wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklungen einem steten Wandel unterworfen¹¹⁴⁹. Gleiches gilt für die Rolle des Staates in diesem Bereich¹¹⁵⁰. Wer könnte voraussagen, ob nicht eines Tages die Versorgung mit Informationen über das Internet zum Dienstleistungskanon des Staates gehört? Auch der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist dynamisch zu verstehen. Ob eine Tätigkeit wirtschaftlicher oder nicht-wirtschaftlicher Art ist, läßt sich nicht abstrakt-generell sagen¹¹⁵¹. Es kommt darauf an, ob sich in dem speziellen Sektor Marktstrukturen herausgebildet haben, i.e. private Anbieter auf dem jeweiligen Sektor etablieren¹¹⁵². Dies wiederum hängt von politischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten ab¹¹⁵³. Wer hätte aber prognostiziert, daß sich beispielsweise die Abfallentsorgung zu einem lukrativen Wirtschaftszweig entwickeln würde¹¹⁵⁴? Was gestern wertloser Müll war, ist heute ein Wirtschaftsgut¹¹⁵⁵. Die Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und nicht-

1142 *Kommission*, Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 2000, 580 endg., Anhang II; *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., Anhang 1.

1143 *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 53; *Hetzl*, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 22; *Knauff*, EuZW 453 (453); *idem*, VR 2004, 296 (297); *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (335, 339); *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (475).

1144 *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (34).

1145 *Kommission*, 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., Anhang 2, Rdnr. 4.

1146 *Kommission*, 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., Anhang 2, Rdnr. 4.

1147 *EuGH*, Rs. 118/85, (Kommission/Italien), Slg. 1987, 2599, Rdnr. 7; Rs. C-35/96 (Kommission/Italien), Slg. 1998, I-3851, Rdnr. 36; Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 75.

1148 *EuGH*, Rs. C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova), Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27.

1149 Vgl. *Magiera*, in: *FS-Rauschning*, 269 (273).

1150 *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (477).

1151 *Müller*, Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (95); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (255).

1152 *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (255).

1153 *Alexis*, RDUE 2002, 63 (63); *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 487 (488).

1154 *Kluth*, in: *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 9 (11).

1155 *Kluth*, in: *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 9 (11).

wirtschaftlichen Dienstleistungen ist insbesondere vor dem Hintergrund des Transparenzansatzes sinnlos, da ein offenes Ausschreibungsverfahren automatisch einen Wettbewerb generiert, so daß stets eine marktbezogene Tätigkeit vorliegen wird. Die staatliche Nachfrage kreiert auf der Angebotsseite automatisch Marktbedingungen.

Die terminologischen Differenzierungen in den Mitgliedstaaten¹¹⁵⁶, der Kommission¹¹⁵⁷ sowie in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist daher eher theoretischer Natur. Die Bezeichnungen, Universaldienste¹¹⁵⁸, Daseinsvorsorge¹¹⁵⁹, öffentliche Dienstleistungen¹¹⁶⁰, gemeinwirtschaftliche bzw. gemeinwohlorientierte Leistungen etc. sind Synonyme¹¹⁶¹. Dies wird auch daran deutlich, daß die Kommission sich in ihren offiziellen Dokumenten zu diesem Thema gleichermaßen der Begriffe Daseinsvorsorge¹¹⁶², gemeinwohlorientierte Dienstleistungen¹¹⁶³, sowie Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹¹⁶⁴ bedient¹¹⁶⁵. Kennzeichnend für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist, daß sie im Gemeinwohlinteresse erbracht werden¹¹⁶⁶ und im freien Markt nicht oder nicht ausreichend bereitgestellt würden¹¹⁶⁷.

Der Versuch, einen abschließenden Dienstleistungskatalog zu erstellen, ist daher zum Scheitern verurteilt¹¹⁶⁸. Es handelt sich um einen in der Entwicklung offenen Begriff. Nicht von ungefähr haben es die Gemeinschaftsinstitutionen zu keiner Definition gebracht¹¹⁶⁹. Insbesondere die Rechtsprechung beschränkt sich darauf, das Vorliegen von derartiger Dienstleistungen jeweils zu bejahen oder zu verneinen¹¹⁷⁰. Die vorliegende Untersuchung verwendet hauptsächlich den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und – soweit aus stilistischen Gründen erforderlich – den Ausdruck der Daseinsvorsorge.

1156 Vgl. *Kommission*, 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., Anhang 1.

1157 Vgl. *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 1.2.

1158 Cox, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 73 (77).

1159 Knauff, VR 2004, 296 (296); Püttner, in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 1 (1); *idem*, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 45 (53); Sommermann, in: Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 201 (210).

1160 Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 52; Löwenberg, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 25.

1161 Vgl. Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (34); Ruge, ZRP 353 (353); Santamato/Westerhof, EuZW 2003, 645 (647); Schebstadt, DVBl. 2004, 737 (738).

1162 Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (1996) 443 endg., *eadem*, Mitteilung vom 20. September 2000 „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM (2000), 580 endg.

1163 Vgl. *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 1.2.

1164 Kommission, 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.

1165 Vgl. Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (29); Ruge, ZRP 353 (353).

1166 Cox, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 73 (77); Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 52; Kühne, RdE 2002, 257 (257); Santamato/Westerhof, EuZW 2003, 645 (647).

1167 Vgl. Art. 2 Abs. 1 VO 1191/69/EWG; Schebstadt, DVBl. 2004, 737 (738).

1168 Alexis, RDUE 2002, 63 (71); Nettesheim, EWS 2002, 253 (256); Schebstadt, DVBl. 2004, 737 (738).

1169 Vgl. *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 49.

1170 Vgl. EuGH, Rs. C-179/90 (Porto die Genova), Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27.

2. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft

Der EG-Vertrag trifft mit Art. 4 Abs. 1 EG eine Systementscheidung für die gemeinschaftliche Wirtschaftsverfassung, welche dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Der Wortlaut „Grundsatz“ indiziert, daß diese Orientierung an marktwirtschaftlichen Maßstäben in der Gemeinschaftsrechtsordnung den Regelfall darstellt. Abweichungen von diesem Modell, wie etwa die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nach dem Formelkompromiß¹¹⁷¹ des Art. 86 Abs. 2 EG, sind folglich mit der Konnotation einer rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme belegt (Art. 86 Abs. 2 EG als „Fremdkörper“¹¹⁷²). Gleichwohl kam Art. 86 Abs. 2 EG bereits vor den Urteilen *Ferring* und *Altmark* die Funktion zu, das Interesse der Mitgliedstaaten an Instrumenten der Wirtschafts- und Sozialpolitik einerseits mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarktes andererseits in Einklang zu bringen¹¹⁷³. Der EG-Vertrag propagierte stets eine im Hinblick auf *laissez-faire* und mitgliedstaatliche Regulierung gemischte Wirtschaftsform¹¹⁷⁴.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse haben ihren Platz in der Gemeinschaftsrechtsordnung, auch wenn man mit den Kategorien des Marktes argumentiert: Nach der im Weißbuch *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahr 2004 geäußerten Ansicht der Kommission tragen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zur Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft bei¹¹⁷⁵. Als „eine der Grundsäulen“¹¹⁷⁶ des europäischen Gesellschaftsmodells gehört ihre Erbringung durch die Mitgliedstaaten zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind und spielen eine wichtige Rolle bei der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung¹¹⁷⁷. Die effiziente und diskriminierungsfreie Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und für die weitere wirtschaftliche Integration in der Europäischen Union¹¹⁷⁸.

1171 *Hetzl*, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marköffnungsprozessen, 48; *Löwenberg*, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 154.

1172 *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 55.

1173 *EuGH*, Rs. 2/88 (Frankreich/Kommission), Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 12; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 55.

1174 *Ernst/Piotrowski*, NVwZ 2004, 924 (925); *Kluth*, in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (30).

1175 *Kommission*, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.1.

1176 *Kommission*, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.1.

1177 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 2.

1178 *Kommission*, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002) 462 endg., Rdnr. 491; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf; *eadem*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 2.

3. Bedeutung von Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta

Art. 16 EG¹¹⁷⁹ ist das Produkt des zwischen den Mitgliedstaaten schwelenden Konflikts über die Ausrichtung der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung¹¹⁸⁰. Der Vorschlag bei den Verhandlungen des Vertrags von Amsterdam, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu kippen, konnte sich nicht durchsetzen. Zumindest aber sollte Art. 16 EG signalisieren, daß die Gemeinschaft die gemischt-wirtschaftliche Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als legitim anerkennt und durchaus befürwortet¹¹⁸¹. Herausgekommen ist ein Kompromiß, der dem Wortlaut nach („unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 ...“) das Regel-Ausnahmeverhältnis der Art. 73, 86 und 87 EG nicht in Frage stellt¹¹⁸². Nach herkömmlicher Meinung addiert Art. 16 EG daher einen lediglich ein geringen normativen Mehrwert¹¹⁸³ zum EG-Vertrag.

Die GR-Charta betont in ihrer Präambel, daß die bisherigen Aufgaben und Zuständigkeiten und der Gemeinschaft weder angetastet noch erweitert werden¹¹⁸⁴. Ebenso wie Art. 16 EG spiegelt der ähnlich positiv formulierte Art. 36 GR-Charta („die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ...“) die fundamentalen Differenzen wider, welche zwischen den Mitgliedstaaten über die Ausrichtung der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung bestehen¹¹⁸⁵. Die GR-Charta ist zur Zeit nicht unmittelbar verbindlich (*legally non-binding declaration of intent*¹¹⁸⁶)¹¹⁸⁷.

4. Analyse und Bewertung:

a. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Querschnittsziel der Gemeinschaft

Wegen der positiven Formulierung in Art. 16 EG können Dienstleistungen allgemeinem Interesse nicht mehr einfach als lediglich tolerierte, rechtfertigungsbedürftige Durchbrechungen des marktwirtschaftlichen Modells interpretiert werden¹¹⁸⁸. Sie sind zu einem „eigenen Rechtsgut des EG-Vertrages“¹¹⁸⁹ aufgewertet worden¹¹⁹⁰. Insofern hat sich das in

1179 „Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 EG und in Anbetracht des Stellenwertes, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, daß die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

1180 *Tettinger*, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 97 (105).

1181 *Kommission*, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK 2002, 462 endg., Rdnr. 488; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf..

1182 v. *Boetticher*, Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, 131; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16 Rdnr. 9; *Jung*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 12; *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (336); *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (474); *Stober*, NJW 2002, 2357 (2361).

1183 *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041 (1043); EuZW 2001, 481 (481).

1184 Präambel, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff., Erwägungsgrund 5.

1185 *Betten*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (152).

1186 *Betten*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (152).

1187 v. *Boetticher*, Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, 132; *Knauff*, VR 2004, 296 (299); *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem., Rdnr. 4.

1188 *Koenig*, EuZW, 481 (481).

1189 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 2.

Art. 86 Abs. 2 EG angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verschoben¹¹⁹¹. Die Aufnahme von Art. 16 EG zugunsten gemeinwohlorientierter Wirtschaftsformen läutet einen echten Paradigmenwechsel für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge ein¹¹⁹². Seine systematische Stellung im ersten Teil („Grundsätze“) zeigt, daß Art. 16 EG kein unverbindlicher Programmsatz ist, sondern ein echtes Gemeinschaftsziel¹¹⁹³, eine echte „Querschnittsklausel“¹¹⁹⁴. Ein Beweis hierfür ist die Tatsache, daß der Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EG von den Gemeinschaftsgerichten über die Art. 81 ff. EG hinaus horizontal erweitert worden ist. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt man bei der Auslegung von Art. 36 GR-Charta. Hier besteht allerdings die Besonderheit, daß Art. 36 GR-Charta lediglich *soft law*-Charakter besitzt. Allerdings schließt die formelle Unverbindlichkeit der GR-Charta nicht aus, daß sie nicht mittelbar verbindlich sein kann¹¹⁹⁵. Bereits kurz nach ihrer Verkündung begann die Diskussion, ob ihre reale Signalwirkung¹¹⁹⁶ und ihr Integrationspotential¹¹⁹⁷ nicht doch rechtliche Wirkungen entfalten könnte. Schließlich ist die GR-Charta so gefaßt, als wäre sie rechtlich bindend¹¹⁹⁸. Auch die unter der Kapitelüberschrift Solidarität (Art. 27- 38 GR-Charta) versammelten sozialen Grundrechte sind als Rechte und nicht als Programmsätze formuliert. Den Boden für die GR-Charta als *substantive point of reference*¹¹⁹⁹ und veritable Rechtserkenntnisquelle¹²⁰⁰ bereitete GA Tizzano mit seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *BECTU*¹²⁰¹: Da die GR-Charta dazu bestimmt sei, als wesentlicher Maßstab für Mitgliedstaaten, Gemeinschaftsorgane, natürliche und juristische Personen zu dienen, dürfe sie in einem Rechtsstreit über die Natur und Tragweite eines Grundrechts nicht ignoriert werden¹²⁰². Seitdem suchen auch die anderen GAe regelmäßig, mal offen¹²⁰³, mal verschämt durch Verweise oder Fußnoten¹²⁰⁴,

1190 Vgl. Löwenberg, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 303; Masing, EuGRZ 2004, 395 (401); Schwarze, EuZW 2001, 334 (336).

1191 Kluth, In: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (27); Schwarze, EuZW 2001, 334 (336).

1192 Vgl. Stix-Hackl/Gardette, in: *Une Communauté de droit*, 473 (474).

1193 Knauff, VR 2004, 296 (298).

1194 v. Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 55; Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (29).

1195 Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem., Rdnr. 5.

1196 Tettinger, NJW 2001, 1010 (1010).

1197 McCrudden, Jean Monnet Working Papers 10/01, IV. 1., S. 19, abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html>.

1198 Knauff, VR 2004, 296 (299); McCrudden, Jean Monnet Working Papers 10/01, II. 3., S. 9, abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html>.

1199 Betten, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (158).

1200 Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem., Rdnr. 11.

1201 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-173/99 (BECTU), Slg. 2001, I-4881, Rdnr. 27.

1202 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-173/99 (BECTU), Slg. 2001, I-4881, Rdnr. 28.

1203 GA Colomer, Schlußanträge, Rs. C-386/02 (Baldinger), Slg. I-14527, Rdnr. 25; GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-377/98 (Niederlande/EP und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 197; GA Léger, Rs. C-353/99 P (Hautala), Slg. 2001, I-9565, Rdnr. 72; GA Léger, Rs. C-309/99 (Wouters), Slg. 2002, I-1577, Rdnr. 173, Fn. 176; GA Geelhoed, Schlußanträge, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rdnr. 28; GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-50/00 (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 39; GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. I-5659, Rdnr. 101; GA Colomer, Schlußanträge, Rs. C-338/00 P (Volkswagen/Kommission), Slg. 2003, I-9189, Rdnr. 94; GA Alber, Schlußanträge, Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 80; GA Colomer, Schlußanträge, Rs. C-219/00 (Cementir/Kommission), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 26.

1204 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-49/00 (Kommission/Italien), Slg. 2001, I-8575, Rdnr. 57, Fn. 11; GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-131/00 (Nilsson), Slg. 2001, I-10165, Rdnr. 18, Fn. 9; GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rdnr. 84, Fn. 29; GA Stix-Hackl,

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-Charta¹²⁰⁵. 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 ergeben¹²⁰⁶.

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 führen¹²⁰⁷. Als Lösung bietet sich daher an, Art. 16 EG im Wege einer zielkonformen¹²⁰⁸ bzw. systematischen Auslegung¹²⁰⁹ 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-Charta¹²¹⁰. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta haben daher den Rang einer *Auslegungsmaxime*¹²¹¹. Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark-Katalogs* verkörpert die Bedeutung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und verleiht diesen ein angemessenes Gewicht¹²¹².

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; *Hetzl*, Gemeinwahlsicherung im Rahmen von Markttöffnungsprozessen, 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).