

**Vorlesung Europarecht II**Donnerstag, den 19. Juni 2003

---

**I. Die öffentlichen Unternehmen**

Öffentliche Unternehmen nehmen im Wettbewerbsrecht des EG eine Sonderstellung ein. Mit Art. 86 ist ihnen ein eigener Artikel gewidmet. Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen keine Maßnahmen anwenden oder beibehalten, die dessen Art. 12 Abs. 1 (Diskriminierungsverbot), 81 - 86 (Wettbewerbsrecht) und 87 - 89 (Beihilfenrecht) widersprechen; Gleiches gilt für Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden. Abs. 2 enthält die Ausnahme für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben; für diese Unternehmen gelten die Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe tatsächlich oder rechtlich verhindert.

**1. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens**

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens hat für Art. 86G in zwei Richtungen eine Schlüsselstellung. Einmal lässt die neuere Rechtsprechung des EuGH die Tendenz erkennen, auch klassische Staatsfunktionen an den Art. 81 ff. EG zu messen, wenn Verwaltungsträger mit dem Angebot von Leistungen in Wettbewerb mit privaten Unternehmen treten. Dies ist eine Frage von Art. 86 I EG. Sodann werden bestimmte öffentliche Unternehmen privilegiert. Dies ist eine Frage von Art. 86 II EG.

Öffentlich ist ein Unternehmen, auf welches der Staat beherrschenden Einfluss besitzt, sei es durch Beteiligung, sei es durch vertragliche oder gesetzliche Bestimmungen zur Tätigkeit des Unternehmens. Hierzu gehören etwa die Deutsche Post AG oder die Deutsche Bahn AG, deren Alleinaktionär der Bund ist. Dass die Post noch Ausschließlichkeitsrechte hat, insbesondere den Beförderungsvorbehalt für bestimmte Briefsendungen, ändert an der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts nichts.

Noch schwieriger als das Merkmal „öffentlich“ ist der Grundbegriff des Unternehmens. Hierunter versteht der EuGH jede eine wirtschaftliche Tätigkeit

ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und von ihrer Finanzierung. Darum sei die Arbeitsvermittlung durch die Bundesanstalt für Arbeit eine wirtschaftliche Tätigkeit und die Bundesanstalt ein Unternehmen, soweit sie diese Tätigkeit ausübt. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform spreche nicht gegen dieses Ergebnis, weil die Arbeitsvermittlung nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden ist und nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden muss.

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens wird vom EuGH, dies ist in meinen bisherigen Ausführungen enthalten, gemeinschaftsrechtlich bestimmt. Auf die Begrifflichkeit der einzelnen nationalen Rechtsordnungen komme es nicht an. Für den Begriff des öffentlichen Unternehmens gilt somit nichts anderes als für den Begriff der öffentlichen Verwaltung in Art. 39 IV EG.

Seine Rechtsprechung führt den EuGH in neuerer Zeit dazu, öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit am Maßstab der Art. 81 ff. II EG zu messen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Verwaltungstätigkeit in ähnlicher Form auch privatwirtschaftlich stattfindet. So hat der EuGH eine französische Sozialversicherungsanstalt, die auf der Grundlage eines freiwilligen Beitritts eine Zusatzrentenversicherung anbietet, als Unternehmen qualifiziert, weil diese Rentenversicherung mit privatwirtschaftlichen Lebensversicherungen vergleichbar war (EuZW 1996, S. 277). Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unfallversicherung, auch soweit dort nach deutschem Recht Zwangsmemberschaft herrscht.

Einen Fall, in welchem ein öffentliches Unternehmen gegen Art. 86 I i.V.m. Art. 81 ff. EG verstößt, habe ich schon vorgestellt. Dies war die Entscheidung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit für Führungspersonal. Aus dem Umstand, dass die Bundesanstalt für Arbeit zu einer effektiven Ausübung dieses Monopols nicht in der Lage sei, hat der EuGH gefolgert, es liege ein Verstoß gegen Art. 86 I i.V.m. Art. 82 Satz 2 lit. b) EG vor. Indem der Gesetzgeber der Bundesanstalt ein Monopol gewähre, welches diese gar nicht nutzen könne, fände eine Einschränkung der Erzeugung zum Nachteil der

Verbraucher statt. Die Ausnahmeklausel in Art. 86 II EG ändere daran nichts, weil die Anstalt das Monopol nicht ausnutze, also nicht die Rede davon sein könne, dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verhindert werde.

Die Verpflichtung Deutschlands, das Arbeitsvermittlungsmonopol zu lockern, besteht im Hinblick auf die drohende Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Diese Verpflichtung ist jedoch objektiv-rechtlich. Mittelbar profitieren von ihr auch inländische Wettbewerber. Anders als die Grundfreiheiten, deren Anwendungsbereich strikt auf grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb des Binnenmarktes beschränkt ist, schützen die Wettbewerbsregeln grundsätzlich auch inländische Wettbewerber. Das folgt schon daraus, dass primärer Verpflichtungsadressat nicht der jeweilige Mitgliedstaat ist, sondern die Unternehmen.

### **3. Monopolrechte**

Zu Monopolrechten und deren Rechtfertigung nach Art. 86 II EG gibt es keine einheitliche Rechtsprechung des EuGH. Man kann insbesondere nicht sagen, dass diese Ausnahmeklausel durchgängig mit ähnlicher Strenge gehandhabt werde wie die Ausnahmeklausel in Art. 30 oder ähnliche Klauseln. Ich möchte Ihnen Art. 86 II EG an drei Beispielen aus der neueren EuGH-Rechtsprechung vorstellen.

Die erste Entscheidung betrifft die Zulässigkeit eines Beförderungsvorbehalts für die Post. Hierzu hat der EuGH sich in der Rechtssache Corbeau geäußert (Slg. 1993, 2533). Dort ging es um einen Unternehmer, der im Gebiet der Stadt Lüttich Postsendungen gegen Entgelt beim Absender abholte und in diesem Gebiet vor dem Mittag des nächsten Tages verteilte. Dies verstieß gegen eine Regelung des belgischen Rechts, die der belgischen Post ein Monopolrecht auf die Beförderung von Postsendungen

gab. Hier war zu erwägen, ob der Ausschluss des Wettbewerbs, der als solcher mit den Art. 81 ff. EG sicherlich unvereinbar ist, nach Art. 86 II EG zu rechtfertigen ist. Dies setzt voraus, dass die Post mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist. Das ist zu bejahen. Dies setzt weiter voraus, dass ohne das Beförderungsmonopol die Erfüllung dieser Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde. Das hat der EuGH verneint. Erstens handele es sich im vorliegenden Fall um spezifische Dienstleistungen, die von den Dienstleistungen, die im allgemeinen Interesse erbracht würden, getrennt werden könnten. Die Dienste des Unternehmers seien auf die besonderen Bedürfnisse von Unternehmen zugeschnitten. Zweitens sei diese Tätigkeit ihrem Umfang nach nicht so gewichtig, dass es zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Inhabers des Monopols komme.

In einer anderen Entscheidung musste der EuGH sich mit Ausschließlichkeitsregeln in der Stromversorgung auseinandersetzen. Solche Regelungen sind in der Praxis sehr häufig. Sie sichern den regionalen Stromversorgungsunternehmen einen Abnehmerkreis und machen es Kunden der Unternehmen unmöglich, billigeren Strom aus anderer Quelle zu beziehen. Dies hat der EuGH als von Art. 86 II EG gerechtfertigt gesehen. Die hohen wirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung und das große öffentliche Interesse an einer sicheren Energieversorgung rechtfertigten diese Privilegierungen. Slg. 1994, 1477.

In einer dritten Entscheidung wird deutlich, dass der EuGH den Wettbewerbsausschluss nach Art. 86 II EG einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzieht; die Einschränkung, zu der Art. 86 II EG führt, ist nur soweit zulässig, wie dies zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben geeignet und erforderlich ist. In der Rechtssache RTT (Slg. 1991, 5941) hat sich der EuGH zu einer belgischen öffentlichen Einrichtung geäußert, die sowohl mit Fernsprengeräten handelte als auch über die Zulassung von

Fernsprechgeräten anderer Hersteller und die Festsetzung technischer Normen zu entscheiden hatte. Der EuGH hat hierin einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 Satz 2 lit. b) EG gesehen. Allerdings wendet Art. 82 EG sich unmittelbar an die Unternehmen, während die vorliegende Konstellation ihre Grundlage im belgischen Recht und damit in einem Verhalten des belgischen Gesetzgebers hat. Über dieses Hindernis gelangt der EuGH mit Art. 86 I EG hinweg, der die Mitgliedstaaten in die Pflicht nimmt. Zu prüfen bleibt die Rechtfertigung nach Art. 86 II EG. Die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist der Handel mit Fernsprechgeräten. Diese Dienstleistung wird aber nicht behindert, wenn das Unternehmen an die Art. 81 ff. EG gebunden wird. Zwar führt dies zu einer Trennung von Handel und hoheitlichen Regelungsbefugnissen, doch sind beide auch trennbar. Die Gestaltung, dass ein öffentliches Unternehmen zugleich Regulierungsbefugnisse auf dem Markt hat, auf dem es als Wettbewerber auftritt, ist mit Art. 86 II EG nicht zu vereinbaren.

#### **4. Transparenzrichtlinien**

Die RTT-Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass bei öffentlichen Unternehmen die Gefahr von Verflechtungen zwischen öffentlichen und wirtschaftlichen Interessen besteht. Diese Erwägung ist auch das Regelungsmotiv für die sogenannten Transparenz-Richtlinie, die auf der Grundlage von Art. 86 III EG erlassen worden ist. Darin wird der Begriff des öffentlichen Unternehmens definiert und den Mitgliedstaaten auferlegt, über ihre Beziehungen zu ihren öffentlichen Unternehmen Auskunft zu geben. Gegen die Richtlinie wurde von einigen Mitgliedstaaten Nichtigkeitsklage erhoben mit dem Argument, öffentliche Unternehmen dürften nicht schlechter behandelt werden als private, bei denen solche Auskunftspflichten des Unternehmenseigners nicht beständen. Dieses Argument weist der EuGH zurück. Das Verhalten privater Unternehmen sei durch Rentabilitätserwägung

gen determiniert. Dies treffe auf öffentliche Unternehmen nicht in gleicher Weise zu. Hier könne der Staat aus anderen Gründen Einfluss nehmen. Dies führe dazu, dass zwischen einem öffentlichen Unternehmen und dem Staat finanzielle Beziehungen eigener Art entstünden, bei denen die Gefahr eines unökonomischen und darum nicht wettbewerbsgemäßen Verhaltens besonders groß sei. Die Ungleichbehandlung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen lasse sich darum rechtfertigen.

## **II. Zwischenbilanz**

Damit stehe ich am Ende meiner Ausführungen zum EG-Wettbewerbsrecht. Mit der Darstellung des Rechts der öffentlichen Aufträge, des Beihilfenrechts und des Wettbewerbsrechts habe ich zwei Zwecke verfolgt. Erstens habe ich Ihnen aufgezeigt, wie der Binnenmarkt in wichtigen Ausschnitten rechtlich ausgestaltet ist. Zweitens habe ich versucht, deutlich zu machen, welche Auswirkungen diese Ausgestaltung auf das deutsche Recht haben. Letzteres hätte ich auch an anderen Beispielen deutlich machen können, doch sind die Auswirkungen bei diesen Beispielen besonders greifbar. Insgesamt haben wir den Binnenmarkt, der am Anfang der Vorlesung stand, von mehreren Seiten aus betrachtet. Wir haben die Rechtsangleichung als das wichtigste Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes kennengelernt. Danach haben wir uns mit den Grundfreiheiten als den Verfassungsprinzipien des Binnenmarkts beschäftigt. Als nächstes ging es um die Ausgestaltung und Sicherung des Binnenmarktes. Es schließt sich nun an die Einbettung des Binnenmarktes in die Weltwirtschaft, also die Außensicht des Binnenmarktes. Zu diesem Zweck werde ich die Handelspolitik der Gemeinschaft vorstellt; damit beginne ich zugleich mit der beispielhaften Darstellung sogenannter sektorieller Politiken der Gemeinschaft. Von diesen werden wir neben der Handelspolitik in jedem Fall noch die Umwelt- und die Agrarpolitik kennenlernen.