

**Schriften zum Europäischen Recht**

---

**Band 109**

**Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten  
zum Abbau versorgungspolitisch  
motivierter Marktinterventionen**

**Von**

**Ole Marquard Andresen**



**Duncker & Humblot · Berlin**

OLE MARQUARD ANDRESEN

Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau  
versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera und Detlef Merten**

Band 109

# Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen

Ein Beitrag zum nationalen und gemeinschaftsrechtlichen  
Liberalisierungsdruck und zu seiner Durchsetzung im  
Bereich der existenziellen Grundversorgung

Von

Ole Marquard Andresen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School,  
Hochschule für Rechtswissenschaft in Hamburg,  
hat diese Arbeit im Wintertrimester 2003  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Druck: Color-Druck Dörfl GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-6305  
ISBN 3-428-11529-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Heinrich Heine sah den Staat einstmals in einem außerordentlichen Dilemma: „Der Staat kann uns nichts geben, ohne uns anderer Dinge zu berauben.“ Für die Phase, in der die eigenen staatlichen „Daseinsvorsorgeleistungen“ ausgebaut wurden, trifft diese Feststellung durchaus zu. Denn dem Auf- und Ausbau der staatlichen Versorgungsmonopole korrespondierte eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen auf den betroffenen Angebotsmärkten. Wie sieht es aber bei der seit einiger Zeit zu verzeichnenden gegenläufigen Entwicklung der (sukzessiven) Marktöffnung aus? Geht die hierdurch begründete Freiheitserweiterung des Einzelnen mit einer Minderung seiner Versorgungssicherheit einher? Oder erfolgt die Erweiterung der Wirtschaftsfreiheit zu Lasten anderer Rechtspositionen? Dies hängt in den Mitgliedstaaten der EU vor allem davon ab, ob bzw. inwieweit die Staaten zu Regelungen über die „Leistungen der Daseinsvorsorge“ befugt sind. Zwei Maßstäbe sind hierbei zu beachten: der staatliche und der gemeinschaftliche.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem angedeuteten Konfliktfeld von „Daseinsvorsorge“ und (Pflicht zur) Marktöffnung. Sie wurde im Wintertrimester 2003 von der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, als Dissertation angenommen. Später erscheinende Rechtsprechung und Literatur konnte teilweise bis zum April 2004 berücksichtigt werden.

Während der Erstellung dieser Arbeit genoss ich das Privileg, auf die Unterstützung und Gesprächsbereitschaft zahlreicher Personen zählen zu können. Anlässlich der Veröffentlichung möchte ich diesen Personen meinen persönlichen Dank aussprechen.

Zunächst gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer. Er ließ mir nicht nur jede Freiheit bei der Auswahl und Bearbeitung des Themas, sondern förderte den Entstehungsprozess dieser Arbeit auch durch Anregungen, Ratschläge und Kritik. Zudem gewährte er mir während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl die für die Entstehung der Arbeit notwendigen Freiräume und förderte die zügige Bearbeitung des Promotionsverfahrens.

Für wertvolle Ratschläge und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bin ich Frau Professorin Dr. Doris König, M.C.L. sehr verbunden. Gedankt sei auch Herrn Dr. Alexander Proelß für die kritische und gewissenhafte Durchsicht eines Teiles des Manuskripts, aufgrund der er mir Korrekturanmerkungen und weiterführende Hinweise zukommen ließ.

Meinen Kollegen an der Bucerius Law School, Katharina Castringius, Katharina Gebauer, Julia Friedland, Jörg Föh, Ludger Radermacher, Dr. Mario Martini und Dr. Volker Wiese, danke ich ganz herzlich für ihre stete Unterstützung und Gesprächsbereitschaft. Die Mühen des abschließenden Korrekturlesens haben dankenswerterweise Myriam Lemke und Anne Fallert übernommen.

Besonderer Dank gilt auch Andrea Dannemann, die den Entstehungsprozess der Arbeit durch ihr Verständnis, ihre Geduld und ihre motivierenden Worte gefördert hat. Meinen Eltern danke ich ganz herzlich für ihren Rückhalt und ihre vorbehaltlose Unterstützung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg im Mai 2004

*Ole Marquard Andresen*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Das Ausgangsproblem: Staatliche Wirtschaftsgestaltung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung .....</b>	<b>19</b>
---	-----------

## *1. Kapitel*

<b>Interventionistische Wirtschaftspolitik auf liberalisierten Staatsmonopolmärkten als Rechtstatsache</b>	<b>25</b>
A. Terminologische Grundlagen .....	26
I. Interventionistische Wirtschaftspolitik .....	26
1. Wirtschaftspolitik .....	26
2. Intervention .....	28
II. Staatsmonopole .....	29
III. Liberalisierte Märkte .....	30
IV. Infrastruktur und Infrastrukturnetze .....	34
B. Wirtschaftspolitische Interventionen der Mitgliedstaaten auf liberalisierten Staatsmonopolmärkten in der Rechtspraxis .....	35
I. Postmärkte .....	36
1. Autorisierungspflicht (Marktstruktur) .....	37
2. Universaldienstverpflichtung (Marktverhalten) .....	37
3. Begründung von Residualmonopolen (Marktstruktur) .....	38
4. Ausgleichsfinanzierung für Universalpostleistungen (Marktverhalten) .....	39
5. Entgeltregulierung, insbesondere für Universaldienstleistungen (Marktverhalten) .....	40
6. Die ungeteilte Übertragung des bestehenden Postnetzes (Marktstruktur) .....	41
7. Mitbenutzungsrechte an fremder Infrastruktur (Marktverhalten) .....	43
II. Telekommunikationsdienste .....	44
1. Autorisierungspflicht (Marktstruktur) .....	45
2. Universaldienstverpflichtung (Marktverhalten) .....	46
3. Staatliche Begründung von Residualmonopolen (Marktstruktur) .....	46

4. Ausgleichsfinanzierung für Universaldienstleistungen (Marktverhalten) . . . .	47
5. Entgeltregulierung (Marktverhalten) . . . . .	48
6. Übertragung bestehender Telekommunikationsnetze (Marktstruktur) . . . . .	48
7. Netzzugangsregelung – einfacher und besonderer Netzzugang, Zusammen- schaltung (Marktverhalten) . . . . .	49
III. Eisenbahnwesen . . . . .	51
1. Autorisierungspflicht (Marktstruktur) . . . . .	51
2. Zuteilung von Fahrwegkapazitäten für Eisenbahnverkehrsleistungen, sowie Zugangs- und Transitrechte (Marktstruktur) . . . . .	53
3. Übertragung von Streckennetzen (Marktstruktur) . . . . .	55
4. Übertragung des Bestandes an Transportmitteln (Marktstruktur) . . . . .	56
5. Universaldienstverpflichtung (Marktverhalten) . . . . .	56
6. Residualmonopole und Ausgleichsfinanzierung (Marktstruktur/Marktver- halten) . . . . .	57
7. Entgeltregulierung (Marktverhalten) . . . . .	57
IV. (Leitungsgebundene) Energieversorgung . . . . .	57
1. Elektrizität . . . . .	58
a) Lizenz-/Genehmigungsvorbehalt für die Erbringung von Leistungen der Stromerzeugung und -verteilung (Marktstruktur) . . . . .	60
b) Mitbenutzungsrechte an der bestehenden Infrastruktur (Marktverhalten)	62
c) Beschränkung der Auswahl zwischen Produzenten (Marktverhalten) . . . .	62
d) Übertragung staatlicher Infrastruktureinrichtungen und Entflechtung (Marktverhalten) . . . . .	63
e) Universaldienstverpflichtung (Marktverhalten) . . . . .	64
f) Entgeltregulierung (Marktverhalten) . . . . .	64
2. Gassektor . . . . .	65
a) Lizenz-/Genehmigungsvorbehalt für die Erbringung von Leistungen der Gasproduktion und –verteilung (Marktzutritt) . . . . .	66
b) Mitbenutzungsrechte an bestehender Infrastruktur (Marktverhalten) . . . .	67
c) Beschränkung der Auswahl zwischen Produzenten (Marktverhalten) . . . .	67
d) Übertragung staatlicher Infrastruktureinrichtungen und Entflechtung (Marktverhalten) . . . . .	68
e) Universaldienstverpflichtung (Marktverhalten) . . . . .	68
f) Entgeltregulierung (Marktverhalten) . . . . .	68
C. Zusammenfassende Analyse und Ergebnisse des 1. Kapitels . . . . .	69
I. Kategorien wirtschaftspolitischer Interventionen auf liberalisierten Märkten . . .	69
1. Marktintervention <i>de iure</i> / Marktregulierung . . . . .	69
a) Direkte Marktverhaltensregulierung . . . . .	69

Inhaltsverzeichnis	9
b) Direkte Marktstrukturregulierung .....	70
c) Umgekehrte Marktverhaltensregulierung (Marktzugangsregulierung) ...	70
2. Faktische Marktstrukturinterventionen .....	71
II. Wirkungsweise der Interventionsbündel .....	71

## *2. Kapitel*

<b>Wirkung und Grund der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsinterventionen</b>	<b>73</b>
A. Die freiheitsbeschränkende Wirkung wirtschaftspolitischer Marktinterventionen ...	73
B. Die Intention wirtschaftspolitischer Marktintervention .....	75
I. Die Gewährleistung der existenziellen Gütergrundversorgung als Ziel direkter Marktregulierung .....	75
II. Die Gewährleistung der existenziellen Gütergrundversorgung als Ziel der faktischen Marktinterventionen .....	78
III. Das Ziel der Marktzugangsregulierung: Nivellierung der durch faktische Marktinterventionen bewirkten Wettbewerbsverzerrung .....	80
C. Zusammenfassung und Ergebnisse des 2. Kapitels .....	81

## *3. Kapitel*

<b>Die Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Marktinterventionen im nationalen Rechtsstaat</b>	<b>82</b>
A. Rechtlich verfasstes „öffentliches Interesse“ als Legitimationsmaßstab für wirtschaftspolitische Marktinterventionen .....	82
I. Die Defizite der „positiven“ und „normativen“ Erklärungsansätze bei der Rechtfertigung direkter staatlicher Marktinterventionen .....	83
1. Die normativen Erklärungsansätze .....	83
2. Die positiven Erklärungsmodelle .....	86
II. Verfasstes Gesellschaftsinteresse als Gradmesser für die Rechtmäßigkeit wirtschaftspolitischer Marktinterventionen – Staatsrechtlicher Ansatz unter Bezugnahme staatsrechtlicher Grundlagen .....	87
1. Die integrierende Rückkopplung von Staat und Gesellschaft als Maxime rechtmäßiger Staatstätigkeit .....	88
a) Die Dichotomie von Staat und Gesellschaft im Rechtsstaat .....	88

b)	Die Notwendigkeit der Rückkopplung von Staat und Individuen .....	89
aa)	Die Erforderlichkeit einer Rückanbindung der Staatsleitung an die betroffenen Individuen aus staatsrechtlicher und -philosophischer Sicht .....	90
bb)	Die Erforderlichkeit einer Rückanbindung der Staatsleitung an die betroffenen Individuen aus staatsrechtlicher Sicht .....	92
c)	Die „Gesellschaft“ als Bezugsgruppe für integrative Staatstätigkeit .....	93
2.	Die Verfolgung „öffentlichen Interesses“ als „Integrationsbrücke“ .....	95
a)	„Interesse“ bzw. „Wohl“ als Bezugspunkt integrierender Tätigkeit .....	96
b)	Der Gesellschaftsbezug des Interesses (öffentliches Interesse) .....	97
3.	Das Gesellschaftsinteresse an der Gewährleistung existenzieller Gütergrundversorgung .....	99
a)	Das Gesellschaftsinteresse an der existenziellen Gütergrundversorgung .....	99
b)	Das Gesellschaftsinteresse an der staatlichen Gewährleistung existenzieller Gütergrundversorgung .....	101
4.	Das Gesellschaftsinteresse an der wirtschaftlichen Selbstregulierung .....	103
5.	Das Problem des Ausgleichs widerstreitender Gesellschaftsinteressen .....	103
III.	(Rechts-)Staatliche Umsetzung: Rechtsnormen und -quellen als primärer Maßstab für die Beurteilung staatlicher Markteingriffe .....	105
B.	Die Rechtmäßigkeit der direkten Marktverhaltensregulierung als Instrument der Gütergrundversorgung .....	106
I.	Die rechtlichen Determinanten für die Beurteilung interventionistischer Gütergrundversorgung .....	107
1.	Die rechtliche Absicherung gesellschaftlicher Wirtschaftsregulierung .....	107
2.	Die rechtlichen Grundlagen für die staatlich gewährleistete Gütergrundversorgung .....	110
II.	Das Verhältnis von rechtlich geschützter Freiheitsausübung und rechtlich abgesicherter Grundversorgungsintervention des Staates .....	112
III.	Zwischenergebnis: Der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im nationalen Rechtsregime bei der Vornahme direkter Marktregulierung .....	118
IV.	Nationale Unterschiede bei der rechtlichen Beurteilung interventionistischer Gütergrundversorgung am Beispiel von Deutschland und Frankreich .....	119
1.	„Service public“ als Konzept umfassender Legitimation der staatlichen Wirtschaftsintervention .....	119
2.	„Daseinsvorsorge“ als Chiffre für staatliche Wirtschaftssteuerung, die dem Individualrechtsschutz verpflichtet ist .....	121
C.	Die Rechtmäßigkeit der Marktzugangsregulierung im nationalen Rechtsregime (dargestellt am Beispiel Deutschlands) .....	122
I.	Die Förderung von Anbieterwettbewerb als legitimer Regelungszweck .....	124

Inhaltsverzeichnis	11
II. Die Verhältnismäßigkeit der (asymmetrischen) Marktzugangsregulierung	127
III. Zusammenfassung zu C: Das Verdikt asymmetrisch ausgestalteter Marktzugangsregulierung	130
D. Die Rechtmäßigkeit der ungeteilten Übertragung von Infrastruktureinrichtungen	131
I. Die Sicherstellung existenzieller Grundversorgung als legitimer Erwägungsgrund für die faktische Monopolfortsetzung	131
II. Verhältnismäßigkeit der ungeteilten Infrastrukturübertragung	133
III. Zusammenfassung zu D.	134
E. Zusammenfassung und Ergebnisse des 3. Kapitels	134

#### *4. Kapitel*

<b>Der Liberalisierungsdruck des Europäischen Gemeinschaftsrechts</b>	137
A. Der (Anwendungs-)Vorrang des Gemeinschaftsrechts: Ausgangspunkt der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Reduktion von Marktinterventionen	138
I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen (Anwendungs-)Vorrangs	139
II. Die Wirkungen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs	145
B. Der Liberalisierungsdruck des sekundären Gemeinschaftsrechts	147
I. Der Liberalisierungsdruck des Sekundärrechts im Postbereich	149
II. Der Liberalisierungsdruck des Sekundärrechts im Telekommunikationssektor	152
III. Der Liberalisierungsdruck des sekundären Gemeinschaftsrechts im Eisenbahnsektor	154
IV. Der Liberalisierungsdruck des sekundären Gemeinschaftsrechts im Bereich der Stromversorgung	157
V. Der Liberalisierungsdruck des sekundären Gemeinschaftsrechts im Bereich der Gasversorgung.	159
VI. Zusammenfassung zu B.: Kein Liberalisierungsdruck des sekundären Gemeinschaftsrechts	160
C. Der Liberalisierungsdruck des primären Gemeinschaftsrechts	160
I. Liberalisierungsdruck aufgrund der Entscheidung für eine offene, wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft?	162
1. Inhaltliche Vorgaben der Grundentscheidung zugunsten einer dem Wettbewerb verpflichteten Marktwirtschaft	163
2. Der Regel- und Prinzipiencharakter von Art. 4 Abs. 1 letzter Halbsatz EG	170
3. Liberalisierungsdruck von Art. 4 Abs. 1 letzter Halbsatz EG?	171

II. Der Liberalisierungsdruck des primären „Binnenmarktrechts“ i. e. S. ....	173
1. Der Schutzgehalt des Binnenmarktrechts i. e. S. ....	174
a) Die Grundfreiheiten: Erste Säule des Binnenmarktrechts ....	174
b) Die Wettbewerbsvorschriften: Zweite Säule des Binnenmarktrechts ....	187
c) Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG: Dritte Säule des Binnenmarktrechts ....	193
2. Der Prinzipien- und Regelcharakter des Binnenmarktrechts i. e. S. ....	193
a) Der Regel- und Prinzipiengehalt der Grundfreiheiten ....	194
b) Der Regel- und Prinzipiengehalt der Wettbewerbsvorschriften Art. 81, 82 EG ....	198
c) Der Prinzipiengehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG ....	200
3. Binnenmarktrecht und Liberalisierungspflicht ....	201
a) Pflicht zur weitergehenden Öffnung von Märkten mit Residualmonopolen? ....	201
aa) Vereinbarkeit der Residualmonopole mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, Art. 44, 49 EG ....	202
bb) Vereinbarkeit der Residualmonopole mit Art. 10, 82 EG ....	208
cc) Liberalisierungsdruck als Folge der Unvereinbarkeit von Residualmonopolen mit Art. 44, 49, 82, 10 EG ....	210
b) Pflicht zur Reduktion der Universaldienstregulierung? ....	210
c) Pflicht der Mitgliedstaaten, die faktische Fortschreibung der bestehenden Marktstruktur abzustellen? ....	213
d) Pflicht der Mitgliedstaaten zur Reduktion der Marktzugangsregulierung? ....	214
aa) Verstoß der sektorspezifischen Marktzugangsregulierung gegen die Grundfreiheiten ....	215
bb) Verstoß der sektorspezifischen Marktzugangsregulierung gegen Art. 82 i.V.m. Art. 10 EG ....	215
cc) Inkompatibilität der sektorspezifischen Marktzugangsregulierung mit dem Prinzip unverfälschten Wettbewerbs ....	216
III. Zusammenfassung zu C.: Liberalisierungsdruck des primären Binnenmarktrechts i. e. S. auf nationale (Residual-)Monopole und sektorspezifische Marktzugangsregulierung ....	220
D. Grenzen des binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsdrucks ....	221
I. Das Sekundärrecht als Grenze des Liberalisierungsdrucks? ....	221
II. Art. 16 EG als Grenze des Liberalisierungsdrucks? ....	223
1. Der Prinzipiengehalt von Art. 16 EG ....	224
2. Das Verhältnis von Art. 16 EG zu Art. 4 Abs. 1 EG ....	225
3. Art. 16 EG und Binnenmarktrecht – insbesondere das Verhältnis von Art. 16 EG zu Art. 86 Abs. 2 EG ....	226
4. Keine Begrenzung des binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsdrucks durch Art. 16 EG ....	228

III. Art. 86 EG als Schranke des binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsdrucks? ..	228
1. Die Unternehmenseigenschaft: Erste Voraussetzung für die Anwendung von Art. 86 EG .....	229
a) Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung der Unternehmenseigenschaft .....	229
b) Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit anhand „öffentlichen Interesses“ .....	230
c) Finanzwissenschaftlich bestimmter Unternehmensbegriff nach Fesemair .....	231
d) Unternehmensbegriff nach Mestmäcker und Ehlermann .....	232
e) Wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Unternehmensbegriffs als (nicht-hoheitliche) Aktivität zur primären Einkommensverteilung .....	234
2. Die Funktion von Art. 86 Abs. 1 EG: (Klarstellende) Rechtsgrundverweisung und Grundlage der Kompetenzbegründung nach Art. 86 Abs. 3 EG ...	238
a) Die staatlich privilegierte Wettbewerbsstellung von Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG .....	238
b) Regelungsinhalt von Art. 86 Abs. 1 EG: Rechtsgrundverweisung auf die Vertragsvorschriften .....	243
aa) Der Regelungsgehalt von Art. 86 Abs. 1 EG in Bezug auf „Maßnahmen“ .....	243
bb) Die Begründung ausschließlicher und besonderer Unternehmensrechte: Maßnahme i. S. v. Art. 86 Abs. 1 EG? .....	246
3. Art. 86 Abs. 2 EG: Erodierende Schranke des gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungsdrucks .....	249
a) Die Funktion von Art. 86 Abs. 2 EG .....	250
b) Der Regelungsinhalt von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG .....	252
aa) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....	257
bb) Der Betrauungsakt .....	262
cc) Die Erforderlichkeit eines Abweichens von den Vorschriften des EG-Vertrages .....	264
c) Rechtmäßigkeit der staatlichen Marktinterventionen nach Maßgabe von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG? .....	268
aa) Die Unanwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG auf Marktzugangsregulierungen .....	268
bb) Rechtfertigung von Residualmonopolen nach Maßgabe von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG? .....	269
d) Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG: Korrektiv der Rechtfertigungsprüfung nach Satz 1 zur Durchsetzung des Gemeinschaftsinteresses .....	270
E. Ergebnisse des 4. Kapitels .....	274

*5. Kapitel*

**Aufgabenverteilung und  
Rechtsschutzinstrumente bei der Durchsetzung  
des binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsdrucks** 277

A. Die Mitgliedstaaten als primäre „Erfüllungsgaranten“ der binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsvorgaben .....	277
I. Der Bestand des vom Binnenmarktrecht im engeren Sinne aufgebauten Liberalisierungsdrucks und seine rechtliche Durchsetzung .....	278
1. Kontroll- und Anpassungspflichten der Mitgliedstaaten zur Implementierung des Liberalisierungsdrucks .....	278
2. Rechtliche Durchsetzung der aus dem Binnenmarktrecht i. e. S. folgenden Liberalisierungspflicht .....	280
a) Durchsetzung der Liberalisierungsvorgaben im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens .....	281
b) Durchsetzung der Liberalisierungsvorgaben vor nationalen Gerichten (unter Einschluss des Vorabentscheidungsverfahrens) .....	282
II. Bestand und rechtliche Durchsetzung des binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsdrucks nach Maßgabe von Art. 86 EG .....	284
1. Kontroll- und Anpassungspflichten der Mitgliedstaaten zum Zwecke der Liberalisierung .....	284
2. Rechtliche Durchsetzung der aus dem Binnenmarktrecht folgenden Liberalisierungspflicht .....	289
a) Instrumentarium der Kommission zur Durchsetzung des Liberalisierungsdrucks .....	289
b) Durchsetzung der Liberalisierungsvorgaben vor nationalen Gerichten (unter Berücksichtigung des Vorabentscheidungsverfahrens) .....	290
B. Die Kommission als „Überwachungsgarant“ der binnenmarktrechtlichen Liberalisierungsvorgaben .....	293
C. Zusammenfassende Analyse und Ergebnisse des 5. Kapitels .....	294
<b>Zusammenfassung</b> .....	296
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	301
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	328

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
a. F.	alte(r) Fassung
allg.	allgemein
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVR	Archiv des Völkerrechts
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Betr.	Betreffend
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BSP	Bruttosozialprodukt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CMLRev.	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft
EDF	Electricité de France
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft oder EG-Vertrag

EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag (alte Bezeichnung)
ELR	European Law Review
EU	Europäische Union oder EU-Vertrag
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	EU-Vertrag (alte Bezeichnung)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GDF	Gas de France
GemO	Gemeindeordnung
GewArch	Gewerbearchiv
GS	Gedächtnisschrift
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts
HdBVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
Int.	International(e / er / es)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommission
K&R	Kommunikation und Recht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o. ä.	oder ähnliches
PolG	Polizeigesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
Spglstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Teilziffer
u.	und
u. a.	und andere / unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
usw.	und so weiter
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
z. T.	zum Teil
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft



## Das Ausgangsproblem: Staatliche Wirtschaftsgestaltung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung

Es ist ein großes Verdienst Walter Euckens<sup>1</sup>, mit der *Wirtschaftsordnung* einen Begriff geprägt zu haben, anhand dessen sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in einem (über-)staatlichen Verband kategorisieren lassen. Vorteile bietet das Rekurrenieren auf die Wirtschaftsordnung vor allem deshalb, weil sie sich an einem Idealbild der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen orientiert, so dass konkrete Wirtschaftsabläufe an diesem Maßstab auf ihre Systemkonformität überprüft werden können. Der praktische Vorteil ist dabei umso größer, weil es lediglich zwei Grundformen<sup>2</sup> gibt, die einer konkret ausgestalteten Wirtschaftsordnung zugrunde liegen können<sup>3</sup>.

Eine Spielart der wirtschaftspolitischen Grundordnung bildet die *Zentralverwaltungswirtschaft*. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass eine zentrale Stelle, präziser ein Träger staatlicher Gewalt, Wirtschaftspläne aufstellt, deren Erfüllung die Pflicht aller Wirtschaftsteilnehmer ist<sup>4</sup>. Die Ausübung privater „Freiheitsrechte“ steht hier in untrennbarem Funktionszusammenhang mit der Planerfüllung, so dass für die Verfolgung autonomer Privatwirtschaftspläne wenig Raum verbleibt. Dadurch wird die abwehrrechtliche Dimension der Freiheits(-grund-)rechte<sup>5</sup> stark relativiert, wenn nicht sogar insgesamt in Frage gestellt<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 19 ff.; *ders.* Grundlagen der Nationalökonomie, 8. Auflage, S. 50–67, 141–150; dazu *H.-R. Peters*, Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., S. 195–197.

<sup>2</sup> Dass es sich lediglich um Grundformen handelt, lässt sich insbesondere an den changierenden ökonomischen Beschreibungen und Modellbildungen zur Marktwirtschaft ablesen; es sei an dieser Stelle nur auf die Stichworte „reine Marktwirtschaft“, „soziale Marktwirtschaft“ sowie „ökologisch regulierte Marktwirtschaft“ hingewiesen. Zum differenzierten Gebrauch des Begriffs der Marktwirtschaft *P.-C. Müller-Graff*, Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip, EuR 1997, S. 433–457 (436); *W. Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 42 ff. m. w. N.

<sup>3</sup> Dazu *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 64–70.

<sup>4</sup> Näher zur Zentralverwaltungswirtschaft *P. J. J. Wolfens*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, S. 443–458.

<sup>5</sup> *Status negativus* im Sinne des Abwehrrechtes gegen den Staat. Vgl. dazu *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 – Allgemeine Lehren der Grundrechte, S. 427 f., 625; *I. von Münch*, in: *ders.* / *P. Kunig* [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., Vorbem. Art. 1–19, Rn. 16, m. w. N.

<sup>6</sup> Dazu *P. Hofmann*, Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung, Untersuchungen zum Zivilrecht in der BRD und der SBZ, S. 39–64.

Die zweite Grundform einer Wirtschaftsordnung ist das Prinzip der *Verkehrs-* oder *Marktwirtschaft*. Marktwirtschaft in diesem (weit gefassten) Sinne bedeutet eine Ordnung, in der jede Einzelwirtschaft ihre eigene Wirtschaftsplanung autonom aufstellt und durchzusetzen versucht<sup>7</sup>. Die Steuerung der individuellen Wirtschaftspläne erfolgt durch die Selbstkoordination der Einzelwirtschaften, instrumentalisiert durch das Zusammenspiel vom fremden Angebot eigener Güter bzw. die eigene Nachfrage fremder Güter. Als Werkzeug zum Ausgleich von Angebot und Nachfrage fungiert der (Wettbewerbs-)Preis<sup>8</sup>. Für die Funktionsfähigkeit der dezentralen, marktwirtschaftlichen Wirtschaftsabläufe, die auf der freien Initiative des Einzelnen beruhen, sind folglich die Gewährleistung individueller Freiheitsrechte sowie die Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs essentielle Voraussetzung<sup>9</sup>. Das gilt insbesondere für die Verbürgung des Privateigentums an Produktionsgütern, ohne das wirtschaftliche Privatinitiative nicht denkbar wäre<sup>10</sup>.

Es bedarf hier keiner näheren Erläuterung, dass die Beurteilung staatlicher Wirtschaftsgestaltung in einer Zentralverwaltungswirtschaft anderen Maßstäben unterliegt als in einer Marktwirtschaft. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich thematisch auf die Wirtschaftspolitik in den Mitgliedstaaten der EU. Entsprechend kann sie ihren Fokus auf die Beurteilung staatlicher Wirtschaftstätigkeit in einer marktwirtschaftlichen Ordnung richten, da die Wirtschaftsordnungen der EU-Mitgliedstaaten sowie der EG selbst – bei allen Unterschieden im Detail<sup>11</sup> – der Marktwirtschaft als Grundmodell verschrieben sind<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Vgl. *H.-P. Schwintowski*, Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *RabelsZ* 1994, S. 232–291 (234); *P.-C. Müller-Graff*, *EuR* 1997, S. 433–457 (436).

<sup>8</sup> Der Preis repräsentiert die Tauschrelation – ausgedrückt in Geldeinheiten – die sowohl für den Anbieter eines Gutes als auch einen Nachfrager hiervon angemessen erscheint, so dass es zwischen diesen beiden Einzelwirtschaften zum Austausch von Gut und Geld (= Austauschgut) kommt. Für die Zwecke dieser Arbeit, die – wie sogleich erläutert wird – die Funktionsweise einer wettbewerbsorientierten Volkswirtschaft beschreibt, reicht es aus, eine Totalanalyse der simultan gegenseitig abhängigen Preisbildungen vorzunehmen. Aus diesem Grunde und um die Übersichtlichkeit zu wahren, wird an dieser Stelle nicht zwischen relativen Preisen (die Relationen der Güterpreise zueinander) und absoluten Preisen (Preisniveau als Index aller Güterpreise) unterschieden. Letztere lassen sich nur unter Integration der Geldversorgung der Volkswirtschaft ermitteln; dazu *J. Siebke*, *Preistheorie*, in: *Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, Bd. 2, 5. Aufl., S. 61–121 (63).

<sup>9</sup> Vgl. *F. Böhm*, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, S. 100–148; *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, S. 179, 244 ff.

<sup>10</sup> *K. Pleyer*, *Eigentum und Wirtschaftsordnung*, *JuS* 1963, S. 8–13 (9); *ders.*, *Einflüsse der Wirtschaftsordnung auf die Rechtsfindung*, in: *FS E. Hirsch*, S. 127 (127 f.).

<sup>11</sup> Etwas zu stark prononciert wird zum Teil von einem „ordnungspolitischen Dissens“ in den Mitgliedstaaten gesprochen, vgl. allgemein das Werk von *D. W. Rahmsdorf*, *Ordnungspolitische Dissens und europäische Integration*.

<sup>12</sup> Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird für Deutschland freilich eine wirtschaftspolitische Neutralität postuliert, vgl. nur *P. Badura*, *Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, in: *J. Burmeister/M. Nierhaus* [Hrsg.], *FS Stern*, S. 409–420 (414 ff.).

Die marktwirtschaftliche Ausrichtung der EG ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 3 Abs. 1 lit. g und 81 ff. EG. Dabei konkretisieren die Art. 81 ff. EG das in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG festgeschriebene Gemeinschaftsziel<sup>13</sup> zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines Systems, das den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt<sup>14</sup>. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG enthält dadurch die Bestandsgarantie<sup>15</sup> für eine wettbewerblich strukturierte und daher marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsordnung im Binnenmarkt<sup>16</sup>.

Das Votum der EU-Mitgliedstaaten für eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung soll an dieser Stelle nur kursorisch und unabhängig von der Bindung an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts<sup>17</sup> dargestellt sein. Dazu reicht ein kurzer Verweis auf die Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnungen, insbesondere der Verfassungen. Sie sind in den Bereichen, für die die Mitgliedstaaten die ausschließliche Regelungskompetenz<sup>18</sup> besitzen, von einem marktwirtschaftlichen Geist getragen. Eine explizite Aussage zugunsten einer wettbewerblich strukturierten Marktwirtschaft treffen zum Beispiel Art. 38 der spanischen Verfassung von 1978/1992, wonach im Rahmen der Marktwirtschaft die Unternehmerfreiheit anerkannt wird, sowie Art. 45 Abs. 2 der irischen Verfassung von 1937/1992. Danach unterliegt der „freie Wettbewerb“ (lediglich) der Schranke, die darauf abzielt, einer „Zusammenballung des Eigentums oder der Kontrolle wesentlicher Güter in den Händen weniger“ entgegenzuwirken. Im Umkehrschluss wird man die grundsätzliche Wettbewerbsorientierung annehmen dürfen. Weitere zwölf Mitgliedstaaten haben in ihre Verfassungen<sup>19</sup> Grundrechtskataloge aufgenommen, in denen

---

<sup>13</sup> Zum Begriff der Gemeinschaftsaufgabe vgl. *J. A. Kämmerer*, Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“, *NVwZ* 2002, S. 1041–1046 (1042).

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. 6/72 – *Continental Can* –, Slg. 1973, 215, Rn 24 f.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. 6/72 – *Continental Can* –, Slg. 1973, 215, Rn. 24; *A. Hatje*, in: J. Schwarze [Hrsg.], EU-Kommentar, Art. 3 EGV, Rn. 13 f.

<sup>16</sup> Freilich ist damit noch keine Aussage darüber getroffen, welche rechtlichen Implikationen sich hieraus für die Mitgliedstaaten ergeben; dazu *infra* Kapitel 4; ferner *P.-C. Müller-Graff*, *EuR* 1997, S. 433–457 (439 ff.); *S. Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 255 ff.

<sup>17</sup> Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die rechtlichen Vorgaben der Gemeinschaft vgl. EuGH, Rs. 26/62 – *van Gend & Loos* – Slg. 1963, 3 (25).

<sup>18</sup> Zur Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EG vgl. *M. Herdegen*, *Europarecht*, 3. Aufl., Rn. 189–193, *R. Streinz*, *Europarecht*, 5. Aufl., Rn. 128–137.

<sup>19</sup> An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das Vereinigte Königreich keine Verfassungsurkunde besitzt, d. h. keine Verfassung im formellen Sinne; dazu *F. Ermacora*, Grundriß einer allgemeinen Staatslehre, S. 93. Hieraus ist jedoch nicht zu folgern, Großbritannien habe keine Verfassung (so aber zum Teil die Literatur, vergleiche z. B. *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, S. 78). Versteht man unter einer „Verfassung“ ein System von Grundprinzipien und Normen, die das Verhältnis der Bürger zum Staat sowie die Organisation und die Kompetenzen der Staatsorgane und ihre Beziehungen zueinander regeln – vgl. *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage, S. 505; ähnlich *W. Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, S. 49, so lässt sich auch in Großbritannien eine Verfassung entdecken. Sie setzte sich aus geschriebenen Normen – z. B. der Magna Charta von 1215, *Petition of Rights* von 1627, *Habeas Corpus* Akte von 1679, *Bill of Rights* von