

Stephan Wernicke

Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellungen
Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter
besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen

• Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung: Die Privatwirkung des Gemeinschaftsrechts	19
I) Die Problematik	19
II) Zum Begriff der Privatwirkung	23
1) Die Definition der Privatwirkung	23
2) Die Konstellationen möglicher Privatwirkung	23
a) Der Wortlaut	23
b) Die Zurechnung zum Staat	23
c) Die autonome Bindung	24
III) Die materiellrechtlichen Folgen der Privatwirkung	25
IV) Der Gang der Untersuchung	26
1) Public/private-divide im Rechtsvergleich	26
2) Jenseits der Privatisierungen: Die Public/private-divide im Gemeinschaftsrecht	28
3) Die autonome Bindung Privater ohne Zurechnung	28
Erster Teil: Privatwirkung in rechtsvergleichender Sicht	30
<i>Kapitel 1: Die Zurechnung privater Unternehmen zum Staat in ausgewählten Mitgliedstaaten</i>	30
I) Methodische Vorbemerkungen	30
1) Der organisationsrechtliche Ansatz	31
2) Öffentliche Unternehmen als Paradigma der Zuordnung	32
3) Kontrolle als Rechtsbegriff und wirtschaftlicher Tatbestand	34
II) Deutschland	36
1) Staat und Wirtschaft	36
a) Zur Bedeutung der öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform: Privatisierungen und die gemischte Wirtschaft	36
b) Die Staatsanteile in der Wirtschaft in Deutschland	38
2) Die Methodik der Zuordnung	40
a) Kontrolle des Unternehmens	40
aa) Der steuernde Einfluß der öffentlichen Hand	40
bb) Gesellschaftsrechtliche Kontrollkonzeptionen	41
(1) Kontrolle bei Minderheitspositionen	42
(2) Konzernrechtliche Aspekte	43
cc) Sonstige Kontrollkonzeptionen	45
(1) Wettbewerbsrecht und Vergaberecht	45
(2) Kontrolle durch Konzessionen	46

b)	Öffentliche Aufgabe	47
aa)	Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe	47
bb)	Die Konsequenz der Kontrolle bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	48
c)	Die Bedeutung privater Macht	49
3)	Ergebnis	50
III)	Frankreich	52
1)	Staat und Wirtschaft	52
a)	Die Kategorien der Akteure und materiellrechtliche Folgen	52
b)	Die Symbiose von Staat und Wirtschaft am Beispiel der Ausgestaltung der Privatisierungen	55
c)	Der service public als Leitidee	58
2)	Die Methodik der Zuordnung	59
a)	Entreprises publiques	59
aa)	Die Mehrheitsregel	59
bb)	Private Unternehmen unter staatlicher Kontrolle: Golden shares und noyaux durs	61
b)	Etablissements publics	64
aa)	„Etablissements publics à caractere administratif“ und „Etablissements publics à caractere industriel et commercial“	64
bb)	Service public als Zurechnungskriterium?	65
c)	Gestion deleguee: Die Konzessionierung	67
d)	Sonstige Körperschaften öffentlichen Rechts	68
3)	Ergebnis	68
IV)	Großbritannien	70
1)	Die prozessuale Bedeutung der „public/private-divide“ und der Prüfungsmaßstab	70
2)	Staat und Wirtschaft	72
a)	Der Staatsbegriff in Großbritannien	72
b)	Die mixed economy in Großbritannien: Intermediäre Einrichtungen und Privatisierungen	73
c)	Golden Shares in Großbritannien	74
3)	Die Methodik der Zuordnung	75
a)	Öffentliche Gewalt (public authority)	76
b)	öffentliche Aufgabe (public function)	77
aa)	Das Urteil <i>Datafin</i>	77
bb)	Die Reichweite der Bindung über die öffentliche Aufgabe	78
cc)	Der Human Rights Act	80
c)	Private Macht/Private Power	81
4)	Ergebnis	83

<i>Kapitel 2: Die Vereinigten Staaten von Amerika: Ein Alternativmodell der Zurechnung?</i>	84
I) Die Bedeutung der Rechtsvergleichung zu den USA für die Untersuchung	84
II) Die Zurechnung Privaters zum Staat in der Grundrechtsrechtsprechung in den USA	86
1) Die State action doctrine: Die Kriterien	86
a) „State-nexus“	88
b) „Private power/Private governance“	91
c) „Public function“	92
2) Federal State action - State instrumentalities	96
a) Federal Government Corporations	96
b) Das Urteil <i>Lebron</i>	97
3) State action und Antitrust-immunity	100
III) Ergebnis	101
 <i>Kapitel 3: Ergebnis der Rechtsvergleichung</i>	 103
I) Die „öffentliche Aufgabe“ als organisationsrechtliches Zuordnungskriterium	103
II) Die „Kontrolle“ als organisationsrechtliches Zuordnungskriterium	104
III) Konsequenz für die gemeinschaftsrechtliche Public/private-divide	105
 Zweiter Teil: Privatwirkung des Gemeinschaftsrechts aufgrund der Zurechnung Privater zum Staat	 106
 <i>Kapitel 4: Die Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Staatsbegriffs</i>	 106
I) Der „Staat“ als Normadressat des Gemeinschaftsrechts	107
1) „Mitgliedstaat und Art. 10 EG	110
2) Der Staat im Sinne des Prozeßrechts	113
3) Ausnahmebestimmungen im Primärrecht	115
4) Staat und Staatshaftungsrecht	116
II) Das Unternehmen als Normadressat: Der Staat, staatliche Unternehmen und „öffentliche Unternehmen“ in privater Rechtsform	118
1) Staat und Unternehmen im Gemeinschaftsrecht	119
a) Definition des Unternehmens	119
aa) Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff im Sinne der Art. 81 ff. EG	120
bb) Der Staat als „Unternehmen“	121
b) Das Öffentliche Unternehmen und die Bedeutung des Art. 86 EG	122
aa) Art. 86 EG: Das öffentliche Unternehmen	123

bb) Die Grundlage der Kriterienbildung: Das Wettbewerbsprinzip	123
(1) Die Transparenzrichtlinie und die Definition des beherrschenden Einflusses	126
(2) Die Sonderstellung der mit besonderen Rechten betrauten Unternehmen	128
2) Die Rechtsfolge: Die allgemeine primärrechtliche Bindung öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform	129
a) Die Bindung aus Art. 86 Abs. 1 EG: Der Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen	129
b) Der Ausschluß der allgemeinen primärrechtlichen Bindung bei privatrechtlichem Handeln	131
3) Ausnahmebereiche	132
a) Der Ausschluß der wettbewerbsrechtlichen Bindung bei hoheitlichem Handeln	133
b) Der Ausschluß der wettbewerbsrechtlichen Bindung wegen Zurechnung zum Staat: die „Antitrust-immunity“ im Gemeinschaftsrecht	134
aa) Nationale Rechtsordnungen als Vorbild?	134
bb) Die Position des Gemeinschaftsrechts	135
c) Die Bedeutung der Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG	137
III) Zwischenergebnis und verbleibende Fallgruppen	141
<i>Kapitel 5: Kategorien der Zurechnung Privater zum Staat im Gemeinschaftsrecht</i>	143
I) Die Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Kategorien	143
1) Das Urteil <i>Buy Irish</i>	143
2) Das Urteil <i>Apple and Pear Development Council</i>	144
3) Die Leitentscheidung <i>Foster v. British Gas</i>	145
a) Sachverhalt und Vorgeschichte	146
b) Das Urteil des Gerichtshofs	147
c) Die Schlußanträge des Generalanwalts	148
d) Stellungnahme	150
aa) Zuordnung als Obliegenheit des Gemeinschaftsrechts	151
bb) Der Primat der Kontrolle	152
cc) Die Bedeutung der Aufgabe	153
4) Die Rezeption in nationalen Folgeentscheidungen	154
a) Das Urteil <i>Dougherty v. Rolls-Royceplc.</i>	155
b) Das Urteil <i>Griffin v. South West Water Services</i>	156
c) Das Urteil <i>St. Mary 's Church of England</i>	158
d) Sonstige nationale Entscheidungen	159
5) Ergebnis	160

II)	Die Ausgestaltung der gemeinschaftsrechtlichen Kriterien	162
1)	Kontrolle über das private Unternehmen	162
a)	Der Kontrollbegriff im Primärrecht	163
aa)	Der Kontrollbegriff im Wettbewerbsrecht	163
bb)	Der Kontrollbegriff im Beihilferecht	164
b)	Der Kontrollbegriff im Sekundärrecht	167
aa)	Der Kontrollbegriff in der Fusionskontrolle	167
(1)	Der bestimmende Einfluß	168
(2)	Staat und Kontrolle	170
bb)	Das öffentliche Auftragswesen	171
(1)	Der „Staat“ im Sinne der Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen	171
(2)	Einrichtungen des öffentlichen Rechts	174
(3)	Ergebnis	179
c)	Die Rekonstruktion des gemeinschaftsrechtlichen Kontrollbegriffs	180
d)	Zur Leistungsfähigkeit des Kontrollbegriffs im Einzelfall: Golden Shares und noyaux durs	182
aa)	Die tatsächliche Relevanz	183
bb)	Die rechtliche Bewertung	185
2)	Die Bedeutung öffentlicher Aufgaben als Kriterium staatlicher Zurechnung	186
a)	Die Bedeutung der „öffentlichen Aufgabe“ im Gemeinschaftsrecht	187
aa)	Verbände und Standesorganisationen	188
bb)	Konzessionen, öffentliche Aufgaben und Kontrolle durch Vertrag	190
(1)	Das Beispiel der Konzessionen im öffentlichen Auftragswesen	191
(2)	Konzessionen und Primärrecht	192
cc)	Public-Private Partnerships	194
b)	Ergebnis zu 2)	197
III)	Zwischenergebnis: Privatwirkung aufgrund einer Zurechnung zum Staat	197
	Dritter Teil: Die unmittelbare Bindung Privater an das Primärrecht	198
	<i>Kapitel 6: Die Rechtsprechung zur unmittelbaren Bindung Privater an das Primärrecht</i>	198
I)	Art. 12 und 141 EG: Diskriminierungsverbote	198
1)	Art. 141 EG als Ergebnisverpflichtung	198
2)	Art. 12 EG - Das allgemeine Diskriminierungsverbot	200

II)	Kategorien der Bindung Privater an Grundfreiheiten	201
	1) Rechtliche Macht	201
	a) Die normative Kraft privatautonomes Verhaltens	201
	aa) Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	202
	bb) Private Vereine	204
	(1) Das Urteil <i>Bosman</i>	205
	(2) Das Urteil <i>Deliege</i>	206
	cc) Verbände und staatlich sanktionierte Tarifierung	207
	dd) Private Standardsetzung	210
	b) Die Bedeutung kollektiver Regelungen	210
	c) Die graduelle Aufgabe einer kollektiven Regelungsbefugnis als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	212
	aa) Das Urteil <i>Dubois</i>	213
	bb) Das Urteil <i>Clean Car Autoservice</i>	214
	2) Wirtschaftliche Macht	216
	a) Primat des Wettbewerbsrechts für die Bindung Privater?	217
	b) Spürbarkeit und Marktrelevanz	219
	aa) Die Marktrelevanz	219
	bb) Die Spürbarkeit	220
	3) Die uneingeschränkte Privatwirkung des Art. 39 EG:	
	Das Leiturteil <i>Angonese</i>	221
III)	Ergebnis	224
	<i>Kapitel 7: Die mögliche theoretische Begründung der Bindung</i>	225
I)	Die Begründung einer unmittelbaren „Drittwirkung“ im Gemeinschaftsrecht	225
II)	Die Entbehrlichkeit der Privatwirkung aufgrund von Auffangkonzeptionen?	228
	1) Staatliche Schutzpflichten	228
	2) Staatshaftung	229
	3) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	230
	4) Der Vorbehalt des Gesetzes	231
III)	Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des EG-Vertrages in ihrer Bedeutung für die Bindung Privater	233
	1) „Wirtschaftsverfassung“ und Privatwirkung: Die Einwände	233
	a) Privatautonomie und Gemeinschaftsrecht	233
	aa) Privatautonomie, Marktintegration und Wettbewerb	234
	bb) Privatautonomie und Systemkohärenz	237

b)	Einwände der „neoliberalen“ Konzeption der Verträge gegen eine Privatwirkung	238
aa)	Die Grundannahmen	238
bb)	Die Trennung von „Staat und Gesellschaft“	240
2)	Stellungnahme: „Wirtschaftsverfassung“ als Rahmenordnung	241
a)	Der EG-Vertrag als „Verfassung“	241
b)	Die europäische „Wirtschaftsverfassung“	243
aa)	Die Terminologie	243
bb)	Der Text des EG-Vertrags	245
cc)	Die Offenheit der Rechtsprechung	247
c)	Die Wirtschaftsverfassung als offene Rahmenordnung	248
IV)	Privatwirkung und die Funktionsgerechtigkeit privatautonomem Verhalten	253
1)	„Private governance“ und Gemeinschaftsrechtsordnung	254
2)	Funktionsgerechtigkeit als Telos des Binnenmarktes und die Einbeziehung Privater	255
a)	Der Binnenmarkt und die Marktfinalität der Grundfreiheiten	256
b)	Die Ausweitung des „Anwendungsbereichs des Vertrages“	258
c)	Die Reduzierung der Reichweite der Ausnahmebestimmungen	260
aa)	Die Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Grundfreiheiten	260
bb)	Das Keck-Urteil als Bestätigung der auf Funktionalität hin orientierten Normstruktur	261
cc)	Art. 86 EG als Ausnahmenorm	263
d)	Funktionsgerechtigkeit als Ergebnis	263
V)	Ergebnis zu Teil 3 und Ausblick	265
1)	Eine „objektive Wertordnung“ des Gemeinschaftsrechts?	265
2)	Die Neubestimmung des Öffentlichen	267
	Vierter Teil	271
I)	Zusammenfassung in Thesen	271
II)	Summary	274
III)	Resume	276
		278
IV)	Resumen	280
	Literaturverzeichnis	300
	Rechtsprechungsverzeichnis	