

Frage, ob und inwieweit der Staat bestimmte Tätigkeitsbereiche nun den Funktionsweisen der freien Marktwirtschaft tatsächlich entziehen dürfe, wird insbesondere durch den Umstand vergrößert, dass bei der konkreten Fallprüfung die jeweiligen (Markt-)Gegebenheiten zu berücksichtigen sind. Auf diese Weise hängt im Einzelfall die Erfolgsaussicht einer Relevierung des Service-Public-Vorbehaltes letztlich auch von einem außergewöhnlich kontingenten Phänomen ab – der (mangelnden) Investitionsbereitschaft potentieller Konkurrenten. Mit dem Auftreten von Konkurrenz wird im Sinne des Binnenmarktes eine Tätigkeit rasch zur „unternehmerischen“ und ein „geschützter Bereich“ droht schließlich zur „übermäßigen und dem Interesse der Gemeinschaft zuwider laufenden Wettbewerbsbeschränkung“ erklärt zu werden.

Dazu kommt, dass mit Art. 86 Abs. 3 EGV die Kommission ermächtigt wird, erforderlichenfalls rechtliche Maßnahmen (Richtlinien, Entscheidungen) gegen die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die korrekte Anwendung der genannten Bestimmung zu erlassen. Die Kommission kann in diesem Fall also autonom legislativ tätig werden.

#### 3.2.4.2 Der Standpunkt der Kommission

Nicht zuletzt, um den aufgezeigten Unsicherheiten zu begegnen, publizierte die Kommission in der jüngeren Vergangenheit mehrere vorgeblich primär interpretative, letztlich jedoch vorwiegend dem Markt-Credo verpflichtete „politische Streitschriften“ zum Themenfeld der Daseinsvorsorge. Nach einer ersten Mitteilung im Jahre 1996 verabschiedete die Kommission im Jahre 2000 eine zweite Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (Europäische Kommission 2000b). Diese wurde mit einem Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken zu Leistungen der Daseinsvorsorge (Europäische Kommission 2001b) abermals ergänzt.

Die größte Resonanz erfuhr dabei gewiss die Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 20.9.2000. Mit ihr sollte, so heißt es darin, zwischenzeitlichen Entwicklungen auf den einschlägigen Märkten Rechnung getragen werden, dem Wunsch von Anbietern nach mehr Rechtssicherheit nachgekommen werden und die Kompetenzaufteilung zwischen europäischer, nationaler, regionaler und lokaler Ebene reibungsloser gestaltet werden (Europäische Kommission 2000b: Rn. 6).

Diese Mitteilung bildet in mehrfacher Hinsicht ein klares Präjudiz zugunsten der Anwendung des gängigen Marktliberalisierungsmodells auf den nahezu gesamten Bereich der öffentlichen Dienstleistungen. So ist es dafür typisch, dass im Rahmen der Grundsätze die „Wahlfreiheit“ und der „Wettbewerb“ betont werden und darüber hinaus das Idealbild vollständiger Markttransparenz evoziert wird. Selbst die liberale ökonomische Theorie weist darauf hin, dass dies aufgrund von asymmetrisch verteilter Information und der unterschiedlichen Marktmacht der Marktteilnehmer unrealistisch bleiben muss.

Bemerkenswerter Weise enthalten die sich auf den Staat beziehenden Ausführungen einen recht biegsamen Passus zu „kulturellen und historischen Eigenheiten“ (ebendort: Rn. 13), die der Staat letztlich im Rahmen der Leistungserbringung als Merkmal der „Effizienz“ mitberücksichtigen dürfe. Die Kommission wollte damit offensichtlich der unvermeidlichen Kritik einiger stärker etatistisch ausgerichteter Mitgliedstaaten bzw. deren regionaler und lokaler VertreterInnen a-priori begegnen. Gleichzeitig lässt die Kommission jedoch insgesamt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass für sie der Markt der zentrale Mechanismus zur Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist. Zu diesem Zweck bemüht sie sogar einen Analogieschluss zu den ausschließlich oder überwiegend marktförmig gedeckten Grundbedürfnissen nach Lebensmitteln, Kleidung und Wohnung (ebendort: Rn. 14). Bezeichnend ist ferner die Darstellung des Marktes als