

verlangen, die betreffende Maßnahme zurückzunehmen bzw. zu adaptieren, (ii) Kompensationsverhandlungen fordern, oder andernfalls ein WTO-Streitbeilegungsverfahren anstrengen.

Darüber hinaus gibt es im Rahmen des Verhandlungsprozesses im Zusammenhang mit Artikel VI.4 GATS („innerstaatliche Regulierung“) Bestrebungen, so genannte „Disziplinen“ zu entwickeln. Damit sind verbindliche Richtlinien eines bestimmten Inhalts gemeint. Solche Richtlinien sollen gewährleisten, dass bestimmte nationale Regelungen zur Erreichung definierter politischer Ziele keine „unnötigen Hemmnisse für den Handel mit Dienstleistungen darstellen“ (Beispiele: Qualifikationserfordernisse- und verfahren, technische Normen, Lizenzerteilungen). Zulassungsverfahren etwa sollen „nicht an sich die Erbringung der Dienstleistung beschränken“ (Art VI.4.c GATS).

Insbesondere sollen die Disziplinen einer Notwendigkeitsprüfung unterliegen. Diese soll sicherstellen, dass regulatorische Maßnahmen „nicht belastender sind als nötig, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten“. Konkret soll der einzelne Staat prüfen, ob die betreffenden Maßnahmen jene sind, die den Handel am wenigsten beeinträchtigen. Im Rahmen der zuständigen WTO-Arbeitsgruppe werden zur Zeit exemplarisch Maßnahmen der Mitgliedstaaten diskutiert, die in den Anwendungsbereich des Artikels VI.4 GATS fallen könnten; die aktuelle Diskussion bezieht sich u.a. auf

- Ladenöffnungszeiten,
- Raumordnungsvorschriften und Bauordnungen,
- verpflichtende Mitgliedschaften zu Berufsvereinigungen.

Ein gewisses Maß an internationaler Harmonisierung erscheint in den genannten Bereichen zwar überlegenswert. Dennoch bringen die Normierungen, die derzeit im Zusammenhang mit Artikel VI.4 GATS ausgearbeitet werden, zugleich die Gefahr einer Deregulierung mit sich, die unter qualitativen Gesichtspunkten problematisch ist. Hier können sensible Bereiche wie Bildung, Gesundheit, soziale Dienste, Natur- bzw. Kulturgüterschutz genannt werden. Zudem würde der unmittelbare Handlungsspielraum einzel[national]staatlicher Regulierung eingeengt: die künftigen Disziplinen könnten wie ein Korsett auf die Politik der Einzelstaaten wirken. Dringen die Bestrebungen zur Einrichtung von Artikel-VI.4-Disziplinen durch, wird in Zukunft jeder Mitgliedstaat der WTO einschlägige politische Maßnahmen auf deren WTO-Kompatibilität prüfen müssen, es sei denn, er riskiert ökonomische Sanktionen durch Schiedsgerichtsverfahren.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden: Im GATS sind nahezu exemplarisch wesentliche Prinzipien neoliberaler Politik verankert. Dazu zählen (i) die eingebaute Dynamik zur Ausweitung globaler Liberalisierung, (ii) das „lock-in“ bereits erreichter Liberalisierungen in Form einer völkerrechtlich verbindlichen Verpflichtung, sowie (iii) eine Begrenzung nationalstaatlicher Handlungsspielräume, insb. durch die Prinzipien der Meistbegünstigung, des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, sowie der die innerstaatliche Regulierung beschränkenden „Disziplinen“. Das GATS-Abkommen enthält zwar keinen formalen Mechanismus, der die Staaten zur Liberalisierung zwingt, begünstigt diese aber außerordentlich.

3.2 Liberalisierungsbestrebungen auf EU-Ebene

3.2.1 Einleitung

Die treibende Kraft hinter den zentralen Projekten der europäischen Integration der letzten zwei Dekaden – Binnenmarkt und Währungsunion – ist zweifellos die Europäische Kommission. Diese nimmt im europäischen Institutionengefüge eine besondere Rolle ein. Einerseits agiert sie als staatlicher Think-Tank, indem sie neue Ideen formuliert, daraus Politikvorschläge ableitet und diese in den europäischen Politikprozess einbringt. Sie interagiert dabei in der Regel mit speziellen Wissensgemeinschaften, Experten, öffentlichen und spezifischen privaten Akteuren (Wallace 1996:148ff.). Dieses Initiativmonopol in der europäischen Politikformulierung wird ergänzt durch die in den Verträgen normierten exekutiven Aufgaben (v.a. Außenwirtschafts-, Agrar-, Struktur-, Wettbewerbspolitik), und die ihr zukommenden Kontrollfunktionen als „Wächterin der Verträge“ gegenüber den Mitgliedsstaaten. Vor dem Vertrag von Maastricht war diese, die Gewaltentrennung missachtende, außerordentliche Machtfülle der Kommission keiner nennenswerten demokratischen Kontrolle durch das europäische Parlament unterzogen. Politische Verantwortlichkeit bestand nur gegenüber dem Rat und damit mittelbar gegenüber den Regierungen der Mitgliedsstaaten.

Diese institutionelle Konfiguration prädestinierte die Kommission geradezu als zentralen Transmissionsriemen für die Durchsetzung eines europaweiten gesellschaftlichen Restrukturierungsprojekts. Mitte der 1980er Jahre nahm dieses mit dem Binnenmarktprojekt und der Währungsunion konkrete Formen an. Diese von transnationalen Unternehmenskreisen wie dem *European Roundtable of Industrialists* (van Apeldoorn 2000) konzipierten und politisch betriebenen Projekte sollten ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre zum harten Kern der europäischen Politik werden. Nach der Stagnation des europäischen Integrationsprozesses in den 1970er Jahren erwies sich die Kommission als besonders empfänglich für das Lobbying europaweit vernetzter Industrie- und Finanzkapitalien. Als zentrale Proponentin dieser Projekte vermochte sie sich eine neue *raison d'être* zuzulegen (Bieling/Deppe 1996).

In gewisser Hinsicht neu hinzugekommen ist in den 1990er Jahren, dass die mit der ökonomischen Integration einhergehende Liberalisierung des Wirtschaftslebens nach und nach auch auf Bereiche ausgedehnt wurde, die lange Zeit als nicht „marktförmig“ organisierbar wahrgenommen worden waren. Diese expansive Dynamik ist allerdings im (neo-)liberalen Grundgeist des Binnenmarktprojekts angelegt. Es war absehbar, dass in einer weiteren Stufe auch jene Bereiche, die im fordistischen Modell staatlich oder gemeinwirtschaftlich organisiert wurden, sich einem zunehmenden Liberalisierungsdruck ausgesetzt sehen würden. Dieser Druck kommt im europäischen Fall maßgeblich von der supranationalen Ebene. Einflüsse der internationalen Ebene dürfen allerdings nicht außer Acht gelassen werden. Wie oben schon ausgeführt, ist die zentrale Organisation dafür die WTO. In ideologischer und konzeptueller Hinsicht kommt der OECD eine besondere Rolle zu. Hier wird in vielen Bereichen ein *agenda-setting* betrieben, d.h. es werden Entwicklungen vorgegeben, die dann auf der supra- (EU) bzw. nationalen Ebene nachvollzogen werden (müssen). Während im Rahmen der WTO der Schwerpunkt auf der Durchsetzung internationaler Regulierungen liegt, ist die Rolle der OECD die eines „ideologisch-politischen Über-Ichs“. Dieses tritt als Zensor im Hinblick auf die Qualität der Wirtschaftspolitik der Mitgliedsstaaten auf. Als Think-Tank nimmt es über Konzepte und Reformstrategien maßgeblichen Einfluss auf die Politikformulierung der Mitgliedsstaaten, nicht zuletzt in bezug auf den öffentlichen Sektor.

Die durch die EU vorangetriebene Liberalisierungs- und Privatisierungspolitik erstreckt sich auf folgende Bereiche des öffentlichen Gemeinwesens (Zeuner 1998):

1. das Staatskapital. Dies sind Unternehmen, die sich teilweise oder vollständig im öffentlichen Eigentum befinden und deren Tätigkeit erwerbswirtschaftlich ausgerichtet ist, d.h. sich auf Gütermärkte mit privaten Konkurrenzangeboten erstreckt;

2. den traditionellen Bereich der öffentlichen Infrastrukturleistungen, im EU-Jargon „Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ (Telekommunikation, Energie, Wasserver- und -entsorgung, Personen- und Güterschienenverkehr u.a.) genannt. Dieser hatte im Wohlfahrtsstaat üblicherweise einen staatlicherseits regulierten monopolartigen Charakter und firmierte daher als sog. „geschützter Sektor“;
3. den Kernbereich des Staatsapparates selbst. Dies sind die hoheitlichen Funktionen (öffentliche Sicherheit, Meldewesen, Kontrolltätigkeiten u.a.).

Feststellbar ist also eine weitreichende Restrukturierung des gesamten öffentlichen Sektors, sowohl in seinen wirtschaftlichen als auch hoheitlichen Funktionen. Der Prozess vollzieht sich dabei in einander überlappenden Phasen. Zuerst wurde das Staatskapital privatisiert. Diese Entwicklung ist weitgehend abgeschlossen. Aus einer hegemonietheoretischen Perspektive besonders bedeutend ist, dass diese Entwicklung heute von einem breiten *mainstream* an liberalen, konservativen aber auch sozialdemokratischen Kräften getragen wird.

Die Liberalisierung und daraus partiell folgende Privatisierung der öffentlichen Infrastrukturerbringung erfolgt sektorweise im wesentlichen seit den 1990er Jahren. Sie geht allerdings langsamer und politisch konfliktiver vor sich. Auch impliziert sie eine neue diskursive Qualität, da sich das Feld der hegemonialen Auseinandersetzung verschiebt. Es wird damit nämlich die Anwendung privatkapitalistischer Logik auf Bereiche übertragen, die bislang zumindest partiell durch andere Rationalitäten in bezug auf gesellschaftliche Funktion und Organisation gekennzeichnet waren. Daher liegt das Schwergewicht unserer Ausführungen im folgenden auf diesem Bereich.

Die Restrukturierung des hoheitlichen Bereichs äußert sich schließlich einerseits in den Tendenzen zur Ausgliederung von hoheitlichen Aufgaben, z.B. im Sicherheitsbereich (private Wachdienste, Gefängnisse) oder in der Verkehrsüberwachung. Zum anderen gibt es Prozesse der Verwaltungsmodernisierung. Mit dem Ziel, die Verwaltung transparenter, effizienter und „kundenorientierter“ zu machen, finden betriebswirtschaftliche Instrumente und Methoden des *New Public Management* vermehrte Anwendung. Etwas überspitzt formuliert könnte man sagen, der Kernbereich des Staates wird damit nach dem Bilde des privaten Unternehmens rekonstruiert.

Die z.T. komplexe juristische Dimension dieser Materie soll uns hier nur insoweit interessieren, als sie für das Verständnis der politisch-strategischen Dimension der Entwicklung in diesem Bereich nötig ist. Zusammenfassend findet die Liberalisierungspolitik der EU auf folgenden rechtlichen Ebenen statt: Die *horizontale Ebene* umfasst maßgebliche Rechtsbereiche, die sämtliche Sektoren der Daseinsvorsorge betreffen (Pkt. 3.2.4). Auf der *vertikalen Ebene* erfolgt die schrittweise Liberalisierung einzelner öffentlicher Dienstleistungen durch spezifische Regulierung (Pkt. 3.2.5). Beide Ebenen zusammen wirken als ein Spannungsfeld, auf dem zum einen die politischen und rechtlichen Auseinandersetzungen stattfinden, das aber zum anderen das Terrain in Richtung mehr Liberalisierung vorstrukturiert. Diese Dynamik hin zur Öffnung der Märkte erschließt sich in einem gewissen Sinne bereits aus der *Grundkonzeption des EG-Vertrages*, auf die wir nach einem Exkurs zu den begrifflichen Grundlagen der Diskussion um öffentliche Dienstleistungen in Europa zunächst (Pkt. 3.2.3) eingehen wollen.

3.2.2 Exkurs: Begriffliche Grundlagen zum Diskurs um „öffentliche Dienstleistungen“ auf europäischer Ebene

Ein erster Blick auf die derzeit terminologisch sehr breit geführte Debatte zeigt, dass es eine bunte Vielfalt an Begriffen für eine ganze Reihe von Dienstleistungen gibt, deren Bereitstellung bislang

primär Aufgabe des öffentlichen Sektors war: „Soziale Infrastruktur“, „Leistungen in allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse“, „öffentliche Dienstleistungen“ bzw. im Französischen: „services publics“, „gemeinwohlorientierte Leistungen“, „Daseinsvorsorge“ etc. Vielfältig wie die Terminologie sind sowohl die Inhalte (also die konkreten Leistungen) als auch die Vorstellungen darüber, in welcher Form diese Leistungen erbracht werden sollen.

Beide Punkte haben eine ökonomische Dimension – also die Klärung der Frage, ob es effizient ist, bestimmte Leistungen am Markt zu erbringen – als vor allem auch eine politische Komponente – Wer soll darüber entscheiden, welche Dienstleistungen produziert werden; der Markt oder eine näher zu bestimmende Öffentlichkeit?

Über die Haltung zu beiden Fragen gibt die gewählte Begrifflichkeit Auskunft: Während der Terminus „öffentliche Dienstleistungen“ nahelegt, dass für die Erstellung und Verwaltung der Leistungen eine – wie immer zu definierende – Öffentlichkeit verantwortlich ist, wird dieser Aspekt mit dem Begriff „Leistungen in allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse“³ bewusst vermieden. Die Idee der öffentlichen Leistungserbringung ist einem bestimmten Verständnis über die Aufgaben des Staates verpflichtet, das bereits in der Einleitung dargelegt wurde: Der moderne Sozial- und Wohlfahrtsstaat nimmt Verteilungs- und Allokationsfunktionen wahr. Wie dieser Wohlfahrtsstaat ausgeprägt ist, stellt sich in Europa unterschiedlich dar: Esping-Andersen hat in diesem Zusammenhang die bekannte Unterscheidung in den liberalen, den sozialdemokratischen und den konservativen Wohlfahrtsstaat getroffen (vgl. dazu Esping-Andersen 1990 und 1999). Aber auch innerhalb dieser Modelle bestimmen unterschiedliche Traditionen die Haltung der BürgerInnen (also der Öffentlichkeit) gegenüber dem „Staat“. So gehören zwar Deutschland, Österreich und Frankreich gemäß Andersen den „konservativen Wohlfahrtsstaaten“ an, trotzdem unterscheiden sie sich in einigen Ausformungen deutlich voneinander: Während in Deutschland und Österreich der Wohlfahrtsstaat von katholischen Traditionen beeinflusst war, ist Frankreichs Sozialpolitik durch ein republikanisches, antiklerikales Verständnis geprägt. Dies spiegelt sich auch in den Konzepten wieder, die hinter den zitierten Begriffen stehen: „Service public“ ist vor dem Hintergrund des französischen Verständnis von „öffentlichem Dienst“ zu sehen. Gemäß einer aufgeklärten Geisteshaltung hat der/die BürgerIn ein Anrecht auf öffentliche Leistungen und der Staat eine Verpflichtung, diese zu erbringen, wenn das Volk es will.

Im Gegensatz dazu steht der in der deutschsprachigen Debatte häufig verwendete Begriff „Daseinsvorsorge“. In diesem Zusammenhang muss auch angemerkt werden, dass Sprache immer auch historisch geprägt ist: So ist der geschichtliche Ursprung des Wort „Daseinsvorsorge“ problematisch, resultiert er doch aus der Nazizeit. Neben diesem Aspekt gilt es aber vor allem auch die konkrete Konzeption von Wohlfahrtsstaat die dem Begriff der Daseinsvorsorge zugrunde liegt, zu hinterfragen, entspringt diese doch deutlich der deutschen Tradition des wilhelminischen Wohlfahrtsstaates. Der Begriff wurde 1938 von einem deutschen Juristen namens Ernst Forsthoff geprägt. In seinem Werk „Verwaltung als Leistungsträger“ definierte Forsthoff Daseinsvorsorge als „alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmbar Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu setzen“ (Bei 2003, S. 3). Forsthoff hatte auch in der Nachkriegszeit als konservativer Kritiker des modernen Sozialstaats Einfluss auf die Diskussionen seiner Zeit, wodurch die von ihm geprägten Begriffe verbreitet und aus ihrem historischen Kontext gelöst wurden (vgl. dazu Bei 2003). In seinem Verständnis ist es der paternalistische Staat, der bestimmt, was warum für seine BürgerInnen gut und nützlich sei. Damit steht er konzeptuell in Gegensatz zu dem zuvor zitierten aufgeklärten Verhältnis zwischen Staat und BürgerIn, wie dies in der französischen Tradition der Fall ist.

³ Ein Begriff den insb. die EU-Kommission verwendet, siehe Europäische Kommission 2003

Diesen wohlfahrtsstaatlich geprägten Termini steht der Begriff „Leistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gegenüber“. Das „allgemeine wirtschaftliche“ ist eben nicht das „öffentliche“ Interesse. Diese Begriffsabgrenzung muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass der Ausdruck „Leistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ vornehmlich auf EU-Ebene verwendet wird: In der Europäischen Union, die sich als Wirtschaftsgemeinschaft definiert ist die marktmässige Produktion von Waren und Dienstleistungen der „Normalfall“, dem die öffentliche Leistungserbringung als Ausnahme (bei Marktversagen) gegenübersteht.

Die Begriffe stehen also auch für verschiedene Traditionen des modernen Staates und für unterschiedliche Herangehensweisen an die Frage, warum und in welcher Form bestimmte öffentliche Leistungen erbracht werden sollen. Mit der Liberalisierung dieser Dienstleistungen werden zum einen die zentralen Aufgaben des Wohlfahrtsstaates unterminiert, nämlich für Versorgungs- und Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen. Zum anderen wird jede Form öffentlicher Einmischung in die Frage, welche Leistungen von allgemeinem Interesse sind, unterbunden. Es geht in dieser Debatte also sowohl um sozial- als auch um demokratiepolitische Fragen. Vor diesem Hintergrund verläuft die Diskussion um die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen und die Festlegung, worum es sich dabei handelt, im Kern entlang der Frage welche Rolle und Aufgabe der Staat wahrnehmen soll und in welcher Form dabei die Betroffenen mit einbezogen werden.

3.2.3 Die marktwirtschaftliche Grundintention des EG-Vertrages

Wenngleich sich die Gemeinschaft ihrem Aufgabenkatalog (Artikel 2 EGV) zu Folge auch der Erreichung zentraler beschäftigungs-, sozial- und umweltpolitischer Ziele verpflichtet sieht, so wird als Mittel dazu in erster Linie die „Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion“ festgeschrieben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es im Lauf der Entwicklung des Gemeinschaftsrechtes zu einer gewissen Verselbständigung nicht-marktwirtschaftlicher Politiken wie etwa auf dem Gebiet der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern gekommen ist. Im Zentrum stehen nach wie vor marktwirtschaftlich ausgerichtete Politikbereiche. Deren hohe Bedeutung kommt nicht zuletzt in ihrer vorrangigen Reihung im Rahmen der näheren Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft (Artikel 3 EGV)⁴ zum Ausdruck sowie in der Festlegung einer koordinierten Wirtschaftspolitik, die „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ ebenso explizit verpflichtet ist wie die einheitliche Geld- und Wechselkurspolitik (Artikel 4 EGV).

Die im Gemeinschaftsrecht angelegte Schwerkraft des Marktes konfliktiert naturgemäß mit der gesamten Palette an gemeinwohlorientierten europäischen und einzelstaatlichen Tätigkeitsfeldern, welche marktwirtschaftliche Fehlsteuerungen kompensieren bzw. korrigieren sollen. Diesem Konflikt trägt im Bereich der Daseinsvorsorge nunmehr ausdrücklich Artikel 16 EGV Rechnung. Er wurde erst kürzlich – vor allem auf Betreiben Frankreichs – mit dem Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag eingefügt. Der Artikel erweitert die Aufgabenfelder der Gemeinschaft insoweit, als er speziell auf den Stellenwert des „Service Public“ hinweist. Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten haben deshalb im Rahmen ihrer Zuständigkeiten dafür Sorge zu tragen, dass „die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Der normative Gehalt dieser Vorschrift wird im Diskurs um die Daseinsvorsorge jedoch vielfach überschätzt. Unbestritten wird die Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen nunmehr

⁴ Nach Art 3 EGV umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft zuvorderst a) das Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen, b) eine gemeinsame Handelspolitik und c) einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist.

stärker belichtet. Allerdings brachte das bislang keinen Richtungsschwenk bei den maßgeblichen Entscheidungsträgern mit sich. So ist es bezeichnend, dass die Kommission – welche selbst für die Einfügung einer derartigen Bestimmung ins Primärrecht eingetreten ist (Europäische Kommission 1996: S. 3) – bei Vorschlägen für Rechtsakte zur Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen sich neuerdings auch explizit auf Artikel 16 EGV beruft⁵. Damit erfährt diese Bestimmung – wohl entgegen der ursprünglichen Intention der betreibenden Mitgliedstaaten – gleichsam eine affirmative Wendung. Im Ergebnis eignet sich diese Vorschrift deshalb ebenso wenig wie Artikel 36⁶ der Charta der Grundrechte der EU als Belegstelle für einen grundlegenden Ideologiewandel im europaweiten Ringen um die öffentlichen Dienstleistungen, sondern bestenfalls als „speaking-corner“ für die Fürsprecher und Gegner der staatlich erbrachten Daseinsvorsorge. Das belegt Artikel 16 nicht zuletzt auch insoweit, als er nur vorbehaltlich der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen für öffentliche Unternehmen gilt, welche im Zentrum des folgenden Punktes stehen.

Artikel 16 EGV spiegelt die Gespaltenheit der europäischen Staats- und Regierungschefs in ihrer Politikgestaltung wieder: Zwar ist das oberste Ziel die Implementierung der Wettbewerbspolitik, trotzdem gibt es auf der anderen Seite das Bewusstsein, dass bestimmte Leistungen bereitgestellt werden müssen, um ein Mindestmaß an Versorgungssicherheit zu gewährleisten. In den Schlussfolgerungen verschiedener Europäischer Räte wird sogar die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für die soziale Kohäsion hervorgehoben (vgl. Europäischer Rat von Nizza 2000). Infragegestellt wird im Kern nur die Bereitstellung der Leistungen durch die öffentliche Hand. Allerdings wird nicht klar definiert, welche Durchsetzungsmechanismen zur Bereitstellung von Leistungen im öffentlichen Interesse wirken sollen bzw. welche Vorstellung dem zitierten sozialen Zusammenhalt zugrunde liegen und wie dieser mit der realen europäischen Wirtschaftspolitik zusammenpasst. Skeptisch macht in diesem Kontext die Tatsache, dass während Binnenmarkt und in Folge auch die Wirtschafts- und Währungsunion zum zentralen Motor der europäischen Integration geworden sind, sozialpolitische Ziele nicht an erster Stelle der Prioritätenliste der EU stehen. Dies wird u.a. durch einen Blick auf die steigende Arbeitslosigkeit und Armutsgefährdung in den europäischen Mitgliedstaaten deutlich. Trotzdem oszilliert die Union in ihrer Rhetorik zwischen dem Wunsch der „wettbewerbsfähigste und dynamischste Wirtschaftsraum der Welt zu werden“ (Schlussfolgerungen des Europäischen Rates 2000) und dem Wunsch, gleichzeitig auch so etwas wie ein „europäisches Sozialmodell“ zu verankern⁷.

⁵ So auch im 9. Erwägungsgrund zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2000) 7 endg, ABl. C 365 vom 19.12.2000, S 169

⁶ Danach anerkennt und achtet die Union grundsätzlich den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Ein Rechtsanspruch des Einzelnen wäre daraus jedoch auch unter Voraussetzung der Verbindlichkeit der Charta nicht abzuleiten.

⁷ Auch im Rahmen einer Neugestaltung des EU-Vertrages (Konvent) ist die Hoffnung aufgetreten, dass eine europäische Verfassung Klarheit bezüglich des Ziels einer europäischen Sozialunion herstellen könnte. Dieser Hoffnung wurde zum Teil durch die Aufnahme des Begriffs der „sozialen Marktwirtschaft“ als auch der Bereitstellung „effizienter und hochwertiger Sozialdienste und Leistungen der Daseinsvorsorge“ in die allgemeinen Zielbestimmungen Rechnung getragen. Skeptisch stimmen in Zusammenhang mit der EU-Verfassung allerdings die bisherigen Ergebnisse der letzten Vertragsrevisionen, war doch die Aufnahme des Sozialprotokolls im Zuge des Maastricht-Vertrages von der Realität der Konvergenzkriterien überschattet, oder die Einführung des Beschäftigungstitels im Amsterdam-Vertrag von der Implementierung des Stabilitäts- und Wachstumspakts. „Die wiederholten Vertragsrevisionen und Kompetenzübertragungen haben die supranationale Ebene zwar unverkennbar aufgewertet, ohne jedoch progressiven – d.h. demokratisch und sozial orientierten – Strategiekonzeptionen neuen Raum zu verschaffen. Das Gegenteil ist der Fall. „Im Kern hat sich die EU damit von einem *Stabilisierungsregime*, das die nationalen wohlfahrtsstaatlichen Entwicklungsmodelle absichert, zu einem *Modernisierungsregime* entwickelt, das die nationalen Reorganisationsprozesse nach Maßgabe neoliberaler Deregulierungs- und Flexibilisierungskonzepte zusätzlich vorantreibt.“ (Bieling, 2003: 73).

3.2.4 Die horizontale Liberalisierung: Wettbewerbspolitik und öffentliches Auftragswesen

In den horizontalen Bereich der Liberalisierung fällt vor allem die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft. Hierbei erweist sich gegenwärtig insbesondere die europäische Beihilfenpolitik als in höchstem Maße konfliktiv. Einen weiteren Schwerpunkt bildet das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Denn gerade dieses ist dazu prädestiniert, der öffentlichen Hand einschließlich der Kommunalwirtschaft historisch als selbstverständlich erscheinende politische Gestaltungsfreiräume zu entziehen.

3.2.4.1 Öffentliche Dienstleistungen und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages

Bereits bei der ursprünglichen Ausverhandlung der Römer Verträge bildete die Einbeziehung öffentlicher Unternehmen in das Wettbewerbsregime der EWG einen zentralen Konfliktpunkt innerhalb der Gründungsmitglieder. Im Gegensatz zu den Benelux-Staaten trachteten schon damals vor allem Italien und Frankreich danach, ihren traditionell stark ausgeformten öffentlichen Sektor dem Einfluss des marktorientierten Gemeinschaftsrechtes weitgehend zu entziehen. Letztlich konnte jener Kompromiss mühsam errungen werden, der sich auch noch im heutigen Artikel 86 EG-Vertrag ohne nennenswerte zwischenzeitige Modifizierung wiederfindet.

Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag stellt zunächst relativ unmissverständlich klar, dass auch öffentliche Unternehmen der Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages unterliegen. Diese umfassende rechtliche Gleichbehandlung mit privaten Unternehmen bezieht sich somit unter anderem auf das Kartellverbot (Art 81 EGV), das Verbot einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV) sowie das Verbot staatlicher Beihilfen (Art 87 EGV). Sie setzt schließlich implizit auch voraus, dass öffentliche Unternehmensführung nach den gleichen Maximen wie die private Unternehmensführung organisiert ist. Dass die Gemeinschaft ferner gemäß Artikel 295 EG-Vertrag keinerlei Privatisierung vorschreiben dürfe, ändert daran nichts, zumal diese oft nur den konsequenten Endpunkt einer von der Gemeinschaftspolitik entfachten Liberalisierung darstellt.

Um jedoch die besondere Aufgabe des öffentlichen Sektors zu würdigen, sieht Artikel 86 Absatz 2 eine *mehr oder weniger weitreichende* Ausnahmemöglichkeit vom Gebot der Gleichbehandlung vor. Danach gelten für „Unternehmen“, welche mit sogenannten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrages nicht, soweit zwei weitere Voraussetzungen gegeben sind. Die Anwendung der Bestimmungen des EG-Vertrages würde erstens die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern. Und zweitens dürfe die Entwicklung des Handelsverkehrs „nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“ Diese Bestimmung bildet gleichsam den juristischen Schnittpunkt von Wettbewerbswirtschaft und gemeinwohlorientierter Wirtschaft (Wimmer/Kahl 2001).

Die Unbestimmtheit ihrer einzelnen Tatbestandskriterien lässt jedoch viele Fragen offen: Welche Leistung ist „unternehmerisch“ (und nicht vielmehr ausschließlich sozialen Zwecken gewidmet)? Nach der Judikatur des EuGH sind z.B. Tätigkeiten mit einem ausschließlich sozialen Charakter wie die auf dem Prinzip der Solidarität beruhenden Pflichtversicherungssysteme der sozialen Sicherheit mangels Unternehmenseigenschaft vom Wettbewerbsregime des EGV ausgenommen (vgl. EuGH, Rs C-159/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637). Doch wo liegt die Grenze wirklich, ab der von einer unternehmerischen bzw. wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen ist? Reicht ein potenzieller Anbieter derselben Leistung irgendwo in der EU? Und wann würde der EG-Vertrag denn die Aufgabenerfüllung wirklich verhindern? Oder ab welchem Grad ist jenes Ausmaß einer Marktbeschränkung erreicht, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft? U.s.w. Die damit einhergehende Unsicherheit zur

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

eine autonome gesellschaftliche Sphäre, die Entwicklungen vorgibt, welche dann quasi als Sachzwang politisch nachvollzogen werden (müssen) (vgl. „Die ... Entscheidungen zur schrittweisen Liberalisierung [der Telekommunikation] waren selbst das Ergebnis von Marktentwicklungen und technischen Fortschritten“, ebendort: Rn. 16). Damit wird die genuin politische Konstitution des Marktes verschleiert. Der Staat reguliert den Markt, indem er den Rahmen für autonomes Handeln im Markt vorgibt. Allenfalls greift der Staat korrigierend in den Markt ein. Das Zugeständnis, dass der Markt versagen kann, zieht allerdings sofort die entschuldigende Versicherung nach sich, dass der Markt im allgemeinen das überlegene Organisationsprinzip wirtschaftlicher Tätigkeit sei. Die Idee, dass der Staat die geeignete Institution zur Umsetzung von Aufgaben eines demokratisch formulierten „Allgemeinwohls“ sein könnte, ist einer solcherart teleologischen Version des Liberalismus fremd (vgl dazu die Ausführungen in Lefrançois 2000:52f.). Ebenso immun ist diese Auffassung gegen den Gedanken, dass der Staat selbst in der Lage sein könnte, eine gleichermaßen effiziente Leistungserbringung selbst zu bewerkstelligen, auch wenn zahlreiche theoretische Argumente und empirische Belege dafür vorgebracht wurden (vgl. etwa Rowthorn/Chang 1993, und Winklhofer 2001). *In toto* handelt es sich bei der Mitteilung vor allem um eine diskursive Strategie zur Legitimierung der Liberalisierung des öffentlichen Sektors.

Das von der Kommission zugrundegelegte Modell der Leistungserbringung ist daher ein Wettbewerbsmodell: Entweder (i) wird der Markt vollkommen liberalisiert, (ii) werden den Marktanbietern gewisse Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt, oder (iii) der Staat räumt per Ausschreibung einem Anbieter oder einer begrenzten Zahl von Anbietern für einen gewissen Zeitraum ein Versorgungsmonopol ein, und zwar mit oder ohne Bereitstellung von Finanzmitteln. Die dritte Möglichkeit, auch „kontrollierter Wettbewerb“ genannt, wird speziell für den öffentlichen Personennahverkehr forciert sowie neuerdings offenkundig auch für den Wassersektor ins Auge gefasst.

Schließlich kommt die Kommission auch auf ihre Lesart zur Vereinbarkeit der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge mit den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, also dem Artikel 86 EG-Vertrag, zu sprechen. Sie betont dabei drei Prinzipien, welche seiner Anwendung zu Grunde liegen (ebendort: Rn. 21ff): Dabei handelt es sich um die *Neutralität* hinsichtlich der öffentlich- oder privatrechtlichen Form der Unternehmensorganisation, zweitens die *Gestaltungsfreiheit* der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Frage, was eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist sowie drittens die *Verhältnismäßigkeit*, wonach die für den Versorgungsauftrag eingesetzten Mittel keine unnötigen Handelshemmnisse erzeugen dürfen. Wenngleich die Kommission mit den drei Prinzipien ein wenig Ordnung in die vagen Rechtsbegriffe des Artikel 86 EGV zu bringen vermag, so perpetuiert sie damit gleichzeitig auch die bestehenden Unklarheiten für die Rechtsanwendung. Dies zeigt sich an der Einschränkung der „Gestaltungsfreiheit“ auf „offenkundige Fehler“ der Mitgliedstaaten, ohne dafür wenigstens ein Beispiel zu liefern (ebendort: Rn. 22). Und das ergibt sich ferner aus der neuerlichen multiplen Ambivalenz des Begriffes der „Verhältnismäßigkeit“.

3.2.4.3 Beihilfen und öffentliche Dienstleistungen

Wie sehr eine restriktive Handhabung des europäischen Wettbewerbsrechtes zu einer Aufoktroierung der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nach ausschließlich marktwirtschaftlichen Prinzipien führt, lässt sich besonders drastisch anhand der beihilfenrechtlichen Regelungen vor Augen führen:

Nach dem europäischen Wettbewerbsrecht sind staatliche Beihilfen grundsätzlich ohne vorherige *Genehmigung durch die Kommission* verboten. Das Gemeinschaftsrecht versteht den Begriff der

Beihilfe⁸ dabei äußerst breit. Dazu gehören neben staatlichen Zuschüssen, Verlustabgeltungen, begünstigten Darlehen und Zinszuschüssen, Steuer- und Abgabenbefreiungen, auch Kreditbürgschaften sowie die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen. Nicht zuletzt bemühte sich die Kommission in jüngster Zeit erfolgreich, staatliche Garantien (Gewährträgerhaftung) für kommunale oder regionale Kreditinstitute bzw. Sparkassen als unerlaubte Beihilfe zu interpretieren und damit zu unterbinden.

In Bezug auf die von der Kommission im Einzelfall zu entscheidende Frage, ob eine Beihilfe nun unzulässig, da wettbewerbsverzerrend sei, ist eine restriktive Tendenz erkennbar. Um z.B. zu beurteilen, ob eine staatliche Kapitaleinlage in einem öffentlichen Unternehmen wettbewerbskonform ist oder nicht, wird als Maßstab die langfristige Rentabilität der Investitionen angelegt (Erhart 1996: 725).

Zudem scheint die Kommission auf Basis ihrer exklusiven Genehmigungsbefugnis für staatliche Beihilfen nunmehr auch daran zu gehen, eine Marktöffnung in einzelnen Sektoren der Daseinsvorsorge – namentlich im öffentlichen Personennahverkehr – aktiv zu betreiben; wohlgermerkt ohne dass es dazu erst einer spezifischen sektoriellen Maßnahme bedürfte! Zumal die sektorielle Liberalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs im Wege einer Gemeinschaftsverordnung gegenwärtig ins Stocken geraten ist (vgl. Pkt. 3.2.5), schwebt der Kommission dabei offensichtlich ein beihilfenrechtlicher Kunstgriff vor⁹. Davon ausgehend, dass Dienstleistungen der Daseinsvorsorge *ex natura* massiv subventionsbedürftig sind, könnte die Kommission versuchen, den öffentlichen Zuschuss (die „Beihilfe“) an ein Unternehmen der Daseinsvorsorge zu untersagen, wenn diesem Zuschuss keine öffentliche Ausschreibung vorangegangen ist. Die Ausschreibung würde die Marktconformität des Zuschusses sichern bzw. eine Verzerrung des Wettbewerbs dezidiert ausschließen.

Somit wäre ein Gutteil der derzeitigen Zuschüsse an die Gemeinwirtschaft dem Sanktus der Kommission anheim gestellt. Davon betroffen wären letztlich auch Unterstützungszahlungen an typisch kommunale Einrichtungen wie Verkehrsdienste, Schwimmbäder, Einrichtungen zur Wasserversorgung bzw. Abwässerbeseitigung oder Kindergärten. Ausgenommen wären nur jene Fälle, für die mangels „Spürbarkeit“ von keiner Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ausgegangen wird (sog. *de-minimis*-Beihilfen, deren Ausmaß jedoch 100.000 Euro in drei Jahren nicht übersteigen dürfe¹⁰). Die Kommission würde sich gewiss erst dann für einen Fall zu interessieren beginnen, sofern andere Unternehmen am Zutritt zur betreffenden Branche Interesse bekunden. Allerdings ist diese Einschränkung schon insoweit relativiert, als bereits jetzt in praktisch allen genannten Bereichen, insbesondere in den Bereichen Verkehr und Wasserversorgung, sog. Multi-Utility-Konzerne (z.B. Vivendi, RWE, EON) den europäischen Binnenmarkt für sich erschließen wollen.

Die Reaktion auf diese beihilfenrechtliche Verschärfung war zwischenzeitig beträchtlich. Vor allem die gemeinwirtschaftlich orientierteren Staaten und gemeinwirtschaftliche Interessensverbände erblicken in dieser Tendenz eine Gefährdung ihrer bislang – mangels Konkurrenzangeboten – außer Streit gestandenen Organisations- und Finanzierungsfreiheit für Leistungen der Daseinsvorsorge. Vor

⁸ Gemäß Artikel 87 EGV sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

⁹ Diese Vorgehensweise wurde von den zuständigen Kommissionsbeamten inoffiziell angekündigt. Vgl dazu auch den dezenten Hinweis in Europäische Kommission 2000b: Rn. 26.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABI L 10 vom 13.1.2001.

diesem Hintergrund forderten nahezu sämtliche Europäischen Räte der jüngeren Vergangenheit die Kommission dazu auf, adäquate Arbeiten zur besseren Orientierung der Mitgliedstaaten bei der Finanzierung der Gemeinwirtschaft einzuleiten.

Darauf reagierte zunächst die Generaldirektion Wettbewerb mit einem informellen Diskussionspapier (Generaldirektion Wettbewerb 2002). An diesem sog Non-Paper zeigt sich das Bemühen der federführenden Dienststelle innerhalb der Kommission, das zwischenzeitig angeschlagene Vertrauen der gemeinwirtschaftlich orientierten Mitgliedstaaten wieder zurückzugewinnen. So wird einleitend bekundet, worum es der Kommission denn wirklich gehe: erstens um das wirksame Funktionieren der Dienste, zweitens um eine Hintanhaltung von Störungen auf den für den Wettbewerb geöffneten Märkten sowie drittens um die Vermeidung von Missbräuchen insoweit, als bestimmte Leistungen als gemeinwirtschaftlich eingestuft würden wiewohl sie nicht der Gemeinwirtschaft zuzurechnen seien und keine gemeinwohlorientierten Ziele verfolgen (Generaldirektion Wettbewerb 2002: S. 2).

Andererseits wird an vielen Detailfragen deutlich, dass die Kommission an ihrer rigiden Linie uneingeschränkt festhält. Das betrifft etwa den heiklen Aspekt der Finanzierungsmodalitäten für Infrastruktureinrichtungen. Nach Ansicht der Generaldirektion Wettbewerb sei eine staatliche Bezuschussung von Infrastruktureinrichtungen nur mehr unter einer apodiktischen Bedingung gestattet: wenn die betreffende Infrastruktur „niemals von der freien Wirtschaft bereitgestellt werde“ (Generaldirektion Wettbewerb 2002: Nr. 60). Steht also jetzt die Funktionstätigkeit der Daseinsvorsorge wirklich im Vordergrund oder doch einzig wieder nur die Öffnung der Märkte als Selbstzweck?

Einer weiteren Forderung u.a. des Europäischen Rates ist die Kommission schließlich mit ihrem aktuellen „Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nachgekommen“ (Europäische Kommission 2003b). Das Grünbuch verfolgt zwei Ziele:

Einerseits will es die Rollenaufteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung, Organisation und Finanzierung von öffentlichen Dienstleistungen einer breiten Diskussion zuführen. Bemerkenswerterweise nimmt die Kommission jedoch gerade aus beihilfenrechtlicher Sicht hochsensible juristische Details als gleichsam gegeben vorweg. Das betrifft z.B. die brisante Feststellung, wonach es sich auch bei den sog. „Inhouse-Leistungserbringer“ um Unternehmen handelt, sodass sie den Wettbewerbsbestimmungen des Vertrags unterliegen (ebendort Rn. 80). Konsequenterweise zu Ende gedacht bedeutet diese These wieder, dass auch die Bezuschussung kommunaler Eigenleistungen sehr wohl dem Beihilfenrecht, letztlich also dem Genehmigungsvorbehalt der Kommission unterliegen soll. Dies gelte somit offensichtlich auch für den Fall, dass eine Leistung nach den vergaberechtlichen Grundsätzen gar nicht ausgeschrieben werden müsste.

Das zweite Ziel des Grünbuchs ist es, Wesen und Wert einer „Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen im allgemeinem Interesse“ auszuloten. Diese Richtlinie wird insbesondere von zahlreichen *pressure-groups* der Gemeinwirtschaft sowie dem Europäischen Gewerkschaftsbund gefordert, um die vornehmlich auf Marktöffnung fixierte Sicht der europäischen Politik einem Perspektivenwechsel zu unterziehen. Marktöffnung soll von ihrem Selbstzweck abgelöst werden und nur als eine von mehreren Varianten für eine leistungsstarke Daseinsvorsorge dienen. Von primärer Bedeutung sind nach Ansicht des Europäischen Gewerkschaftsbundes daher der allgemeine Zugang, die Qualität der Dienste, faire Preise, die Qualität der Beschäftigung sowie Sicherheitsaspekte und die soziale Gerechtigkeit (Europäischer Gewerkschaftsbund 2000: Rn 2). Hinter der Forderung nach einer Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen im allgemeinem Interesse steckt gewiss auch taktisches Kalkül. Sie dient als „Window of Opportunity“, um die europäische Öffentlichkeit mehr als bisher mit der

europäischen Liberalisierungspolitik und vor allem ihren Schattenseiten vertraut zu machen. Tatsächlich bergen die gegenwärtigen Auseinandersetzungen mit dem Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ein gewisses Potenzial, einen kritischen Gegendiskurs zur bisherigen ausschließlich auf Marktöffnung ausgerichteten Linie der Kommission zu entfachen.

Eine gewisse Flurbereinigung konnte in rechtlicher Hinsicht unlängst mit dem sog. „Magdeburger Urteil“ erreicht werden (EuGH, Urteil vom 24.7.2003, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, noch nicht in Slg veröffentlicht). In diesem Rechtsstreit ging es um die Erteilung von Linienverkehrskonzessionen im Landkreis Stendal/Deutschland. Ein zuschussbedürftiges Verkehrsunternehmen, die Altmark Trans GmbH, erhielt eine Linienkonzession. Dagegen setzte sich die NVG Altmark GmbH, ein Konkurrenzunternehmen zur Wehr. Es behauptete nämlich nicht zuschussbedürftig zu sein und sohin den Verkehrsbetrieb günstiger erbringen zu können. Vor diesem Hintergrund standen letztlich zwei beihilfenrechtliche Fragen im Raum: Stellt der Zuschuss an die Altmark Trans eine verbotene Beihilfe dar, obwohl er nur dem Defizit ausgleich nach Maßgabe besonderer gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dient? Kann die rein regionale Bedeutung einer Dienstleistung überhaupt dazu führen, dass eine Bezuschussung dieser Leistungen den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen könne?

Entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts (GA Léger, Schlussanträge vom 19.3.2002 sowie vom 14.1.2003 in der Rs C-280/00, *Altmark Trans*, noch nicht in Slg veröffentlicht) hielt der Gerichtshof an seiner jüngeren Judikatur zum Beihilfentatbestand fest (vgl insb EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067). Eine staatliche Maßnahme falle danach zunächst nur dann unter den Beihilfentatbestand (Art 87 EG-Vertrag), wenn sie als Vorteil für das begünstigte Unternehmen angesehen werden könne. Das sei jedoch nicht der Fall, soweit staatliche Maßnahmen als Ausgleich anzusehen seien, der die Gegenleistung für Leistungen bilde, die von den Unternehmen, denen sie zugute komme, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werde (EuGH, *Altmark Trans*: Rn 83 und 87). Dieses Ergebnis wurde zunächst von Vertretern der Gemeinwirtschaft gutgeheißen, reduziert es doch die Macht der Kommission über nahezu jedwede Beihilfe im Einzelnen mitbestimmen zu können.

Allerdings ist nur unter weiteren relativ eng gefassten Voraussetzungen davon auszugehen, dass ein derartiger Ausgleich nicht den Beihilfentatbestand erfülle, und hierin liegt der springende Punkt im „Magdeburger Urteil“. Denn erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens seien die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet werde, zuvor objektiv und transparent aufzustellen. Drittens dürfe der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolge, so sei die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen könne, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen seien (EuGH, *Altmark Trans*: Rn 89ff).

Die Bedeutung dieser Kriterien berührt Finanzierungsfragen öffentlicher (insbesondere kommunaler) Dienstleistungen schlechthin. Wenngleich der Gerichtshof nicht jedwede staatliche Finanzierungsmaßnahme als Beihilfe qualifiziert, so sind die Mitgliedstaaten bei

Finanzierungszuschüssen an die Gemeinwirtschaft von der Notifikationsverpflichtung und dem Genehmigungsvorbehalt der Kommission nur unter eingrenzten Voraussetzungen entlastet. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, obliegt die staatliche Finanzierung grundsätzlich dem Sanktus der Kommission. Zudem hielt der Gerichtshof erwartungsgemäß fest, dass der rein regionale Charakter der betreffenden Dienste (Regionalverkehr) nicht dazu führe, dass dessen Bezuschussung den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen könne (EuGH, *Altmark Trans*: Rn 8)

Es wird der Praxis der Gemeinwirtschaft vermutlich nur in wenigen Fällen leicht fallen, den vier erwähnten Voraussetzungen zu entsprechen. In Summe werden die aufgestellten Kriterien noch für zahlreiche Diskussionen, wissenschaftliche Beiträge und möglicher Weise auch neuerliche Vorabentscheidungsverfahren sorgen. Das betrifft etwa die Frage, bis zu welchem Grad ein Gewinn als angemessen zu qualifizieren ist oder auch, wann ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen denn durchschnittlich gut geführt ist. Besonders brisant bleibt auch die Frage, ob von einer potentiellen Stärkung der Wettbewerbsstellung auch dann auszugehen wäre, wenn ein „Unternehmen“ bezuschusst wird, das nach Maßgabe des Rechts zur öffentlichen Auftragsvergabe eine Leistung „In-House“, letztlich sohin zulässiger Weise außerhalb jedweden Wettbewerbs erbringt (vgl dazu im folgenden Pkt).

3.2.4.4 Öffentliche Auftragsvergabe

Im Bereich der gemeinschaftlichen Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe gehen die ersten Maßnahmen auf die 1970er Jahre zurück. Die Bedeutung dieser Thematik wuchs dann besonders mit der Einführung des Binnenmarktes. Ziel der in den frühen 90er Jahren normierten und gegenwärtig wieder in Änderung begriffenen Vergaberichtlinien ist die Öffnung dieses sich auf 14% des Gemeinschafts-BIP (1990) belaufenden Bereichs für den privaten Sektor. Im Wege eines plurilateralen Übereinkommens, dem sogenannten Agreement On Government Procurement (GPA) im Rahmen der WTO sollen auch AnbieterInnen aus den führenden Industrienationen der Erde an der öffentlichen Auftragsvergabe gleichberechtigt mitpartizipieren können. Deshalb werden öffentliche Körperschaften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu bestimmten Verfahrensarten, in aller Regel Ausschreibungen verpflichtet, die die Transparenz der Vergabe erhöhen sollten. Auch wenn sie die Auflagen in der Praxis immer wieder unterliefen, verringerte sich ihr wirtschaftspolitischer Spielraum beträchtlich.

Als nach wie vor nicht abschließend gelöster Streitfall stellt sich dabei vor allem die Frage dar, inwieweit Vergaben an ausgegliederte Rechtsträger der öffentlichen Hand („In-House“-Dienste) den Vergaberichtlinien unterliegen. Derartige „Aufträge“ stellen ja eigentlich keine Aufträge, sondern bloß „In-Sich-Geschäfte“ dar. Bleiben sie noch zulässig? Der EuGH hat zur Beantwortung dieser Frage bislang eine konziliante Tendenz erkennen lassen, gleichzeitig aber nur allgemeine Prinzipien vor dem Hintergrund idealtypischer Fälle aufgestellt. Ein nicht ausschreibungspflichtiger „In-House“-Dienst sei danach unter zwei Voraussetzungen gegeben: Die auftraggebende Gebietskörperschaft müsse über die fragliche Person einerseits eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen. Und zweitens müsse diese Person ihre Tätigkeiten zugleich im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichten, die ihre Anteile innehaben (EuGH, Rs C107/98, *Teckal Srl/Gemeinde Aviano*, Slg 1999 I-8121, Rn. 50). Doch welcher Verdichtungsgrad an Kontrollmöglichkeiten ist dafür erforderlich? Und wo liegt die Grenze, ab der eine ausgegliederte Einrichtung nicht mehr im Wesentlichen für „ihre“ Gebietskörperschaft tätig ist?

Bemerkenswerter Weise unternahmen es bislang auch die zuständigen Legislativorgane (Rat und Parlament) nicht, diesen Grenzen des Zulässigen klarere Konturen zu geben. Es hängt die Existenz vieler Eigenbetriebe somit letztlich von der mehr oder minder kontingenten Judikatur des EuGH zu

den „In-House“-Vergaben ab. Hat sich nämlich ein kommunaler Eigenbetrieb (z.B. eine Müllabfuhr) in einem Auftragsverfahren der europäischen Konkurrenz zu stellen und wird sein Angebot unterboten, ist seine Existenzgrundlage mit einem Schlag erloschen und kostbares Eigentum der Allgemeinheit entwertet (Es sei denn, die Müllabfuhr bewirbt sich mit Erfolg bei einer anderen Auftragsvergabe im europäischen Binnenmarkt).

Einen weiteren Meilenstein auf dem Weg zu einer umfassenden Unterwerfung des kommunalen öffentlichen Sektors unter die Maximen des freien Wettbewerbs stellt der Vorstoß der Kommission mit dem Titel „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht“ (Europäische Kommission 2000a) dar. Während nämlich neben den erwähnten „In-House“-Dienstleistungen auch die Dienstleistungskonzessionen von den bisherigen Richtlinien im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ausgenommen waren, so unterstreicht die Kommission abermals ihre Absicht, die konzessionierte Dienstleistungserbringung ungeachtet ihrer sektoriellen Begrenzungen (Elektrizität, Gas, Verkehr) durch Ausschreibungsverpflichtungen einer Marktöffnung zuzuführen.

Es ist nicht schwer vorzusehen, dass im Kampf um Konzessionen große transnational tätige Unternehmen kleine regionale oder lokale öffentliche Anbieter früher oder später vom Markt drängen werden, nämlich spätestens zu dem Zeitpunkt, wenn die öffentliche Hand nicht mehr vom Unternehmen verkraftbare Verluste ausgleichen müsste, und die Kommission dies als unerlaubte staatliche Beihilfe untersagen könne. Die langfristig absehbare Situation der Herausbildung hochkonzentrierter Märkte mit wenigen großen transnationalen Anbietern, denen im Verhältnis überwiegend kleine Kommunen gegenüberstehen, dürfte sich kaum günstig auf die Qualität der dann erbrachten Leistungen auswirken. Die diesbezüglichen Probleme der französischen Kommunen mit dem marktbeherrschenden Wasserversorgungsoligopol (Vivendi, Ondeo, Saur) mögen als Anschauungsbeispiel dienen (Le Monde v.7.4.2001, S.12).

3.2.5 Die vertikale Ebene: Liberalisierung durch sektorenspezifische Rechtsakte

In zahlreichen Sektoren der öffentlichen Daseinsvorsorge zielt das Gemeinschaftsrecht daneben auch durch „aktive“ Regulierung auf eine Öffnung der Märkte ab. Im Einzelnen handelt es sich dabei um die Bereiche Telekommunikation, Post, Energie (Strom und Gas), Land-, Luft- und Wasserverkehr sowie Hörfunk und Fernsehen. Als nächstes Feld der Markterschließung setzte die Kommission die Trinkwasserversorgung und Abwässerbeseitigung auf ihre Agenda (Europäische Kommission 2003a: S. 14). Die spezifischen Regulierungsmaßnahmen unterscheiden sich im Hinblick auf ihre Methodik, den Grad der vorgegebenen Marktöffnung und der in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage des EG-Vertrages ganz wesentlich voneinander. Während etwa die vollständige Öffnung der Märkte im Bereich Telekom mit 1.1.1998 erfolgt und für Energie ab 2007 fixiert worden ist, beläuft sich der Grad der Liberalisierung im Postbereich durch eine relativ weitreichende Festlegung sogenannter „reservierter Dienste“ noch auf einen relativ geringen Prozentsatz, dessen allmähliche Ausweitung jedoch insbesondere von der Kommission energisch betrieben wird.

Aus Sicht der kommunalen Daseinsvorsorge ist insbesondere die bereits mehrfach erwähnte und gegenwärtig in Verhandlung begriffene Liberalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs von immenser Bedeutung. Im Gegensatz zu den vorerwähnten Sektoren erachtet die Kommission die Aufrechterhaltung ausschließlicher Rechte in diesem Bereich für unerlässlich. Allerdings soll an Stelle des nicht verwirklichtbaren Wettbewerbes im Markt ein entsprechender sogenannter „kontrollierter Wettbewerb“ um den Markt durch weitreichende Ausschreibungsverpflichtungen erfolgen. Bemerkenswert an diesem Verordnungsvorschlag ist unter anderem, dass der öffentlichen Hand auch die Erbringung der Verkehrsdienste durch Eigenbetriebe bzw. ausgegliederte Rechtsträger im

Einflussbereich der öffentlichen Hand (die sogenannten „In-House“-Dienste) ohne vorhergehendes Vergabeverfahren untersagt werden soll. Diese Vorgehensweise ist sowohl in rechtlicher als auch in politischer Hinsicht höchst umstritten¹¹. Vom allgemeinen Aufbegehren kommunalpolitischer Interessenvertretungen abgesehen konnte sich die Kommission bislang auch bei den zuständigen Legislativorganen¹², dem Europäischen Parlament¹³ und dem Rat¹⁴, nicht durchsetzen.

Gerade die bisherige Ablehnung des Europäischen Parlaments kann auch als Beispiel dafür dienen, zu welchem Ergebnis ein Liberalisierungsvorhaben führen kann, wenn demokratische EntscheidungsträgerInnen ihre Mitsprache geltend machen. Sollte die Kommission dennoch versuchen, ihr Ziel der Liberalisierung des Nahverkehrs über ihre wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen zu verwirklichen, so wäre das zwar einerseits im Lichte der Demokratie höchst bedenklich, entspräche jedoch andererseits dem latenten anti-demokratischen Bias des neoliberalen Politikverständnisses.

4 Öffentliche Dienstleistungen im Prozess der Liberalisierung/Privatisierung - zusammenfassende Überlegungen

Die in diesem einführenden Beitrag dargestellte Entwicklung zeugt von einer profunden gesellschaftlichen Transformation bezüglich der konzeptuellen Grundlagen und wirtschaftlichen Erbringungsformen öffentlicher Dienstleistungen sowie ihrer politisch-rechtlichen Durchsetzung im Feld der institutionalisierten Politik auf europäischer und internationaler Ebene. Dem zugrunde liegt ein umfassender Funktionswandel des Staates, weg vom Wohlfahrtsstaat hin zum Wettbewerbsstaat. Nicht mehr sozialer Ausgleich steht im Mittelpunkt staatlichen Handelns, sondern alle Politikfelder haben sich den Maximen des Standortwettbewerbs, d.h. der Herstellung der politischen und ökonomischen Bedingungen für ein erfolgreiches Bestehen in der internationalen Konkurrenz unterzuordnen.

Zur Absicherung des Wirtschaftsstandortes *qua* Attraktivierung der Rahmenbedingungen gehört zwar auch weiterhin die Erbringung bzw. teilweise sogar der Ausbau öffentlicher Dienstleistungen, allerdings vor allem im Infrastrukturbereich (Verkehr, Telekommunikation, Energie) sowie der Bildung. Dies geschieht ganz explizit mit dem Zweck „den Handel eines Landes [zu] erleichtern“, wie dies schon Adam Smith (1789/1978, S.612) betonte. Abweichend von Smith, der davon ausging, dass die Finanzierung der Infrastruktur mangels privatem Kapital aus öffentlichen Mitteln zu erfolgen habe, hat die sekuläre Bedeutungszunahme des Finanzkapitals und ihre politische Kehrseite der geld- und fiskalpolitischen Austeritätspolitik während der letzten drei Jahrzehnte dazu geführt, dass private Investoren verstärkt in die Finanzierung und den Betrieb öffentlicher Infrastrukturen drängen, während die finanziell restringierten öffentlichen Hände sich daraus immer weiter zurückziehen. Dies setzt freilich voraus, dass die private Bereitstellung dieser Dienste eine – letztendlich von den

¹¹ In rechtlicher Hinsicht wird unter anderem vorgebracht, dass eine derart weitgreifende Regulierung dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag widerspreche; Vgl. das Rechtsgutachten von Ronellenfisch, Der öffentliche Personennahverkehr – Daseinsvorsorgeauftrag im „geordneten“ Wettbewerb, nicht veröffentlicht.

¹² Der betreffende Rechtsakt muss nach dem Verfahren des Artikel 251 EG-Vertrag angenommen werden, wonach das Europäische Parlament in der Gesetzgebung sowohl dem Rat als auch der Kommission gegenüber gleichberechtigt agiert und letztlich nicht überstimmt werden kann.

¹³ Vgl. ABI C 140 E vom 13.6.2002, S 262

¹⁴ Der Rat hat bis dato die erste Lesung noch nicht abgeschlossen. Es zeichnet sich hier aber eine ähnlich ablehnende Haltung wie im Europäischen Parlament ab.