

### 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