

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