

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). Konsequenz 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