

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