

DASEINSVORSORGE IM ALPENRAUM - ZWISCHEN SOZIALSTAAT UND WETTBEWERBSSTAAT

KLAUS-DIETER BORCHARDT, EUROPÄISCHE KOMMISSION

Symposium „Leben und Wirtschaft im Alpenraum“

zum Jubiläum „30 Jahre Arge Alp“

am 11. Oktober 2002 in Telfs/Tirol

I. Lokale Daseinsvorsorge zwischen Sozialstaat und Wettbewerbsprinzip

Das Thema der Daseinsvorsorge und die Einwirkungen des EG-Wettbewerbsprinzips wird gegenwärtig auf Gemeinschaftsebene intensiv diskutiert. Dabei geht es vor allem auch darum, im Bereich der Daseinsvorsorge neu über einen angemessenen Interessenausgleich zwischen der nationalen (kommunalen) Gestaltungsfreiheit der Daseinsvorsorge einerseits und dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsprinzip nachzudenken.

Das Spannungsverhältnis zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb erklärt sich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht daraus, dass einerseits die Zuständigkeit zur Gestaltung der Wirtschaftspolitik, zu der auch die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge unter Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr gehört, bei den Mitgliedstaaten verblieben ist, andererseits die Gemeinschaft einen Gemeinsamen Markt mit freiem Wettbewerb anstrebt.

Der EG-Vertrag musste vor diesem Hintergrund Regelungen treffen, die dieses Spannungsverhältnis zwischen der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Gestaltung ihrer Wirtschaftspolitik einerseits und ihrer Bindung an die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes und der ihm zugrunde liegenden Wettbewerbsordnung andererseits in vertretbare Bahnen lenkt. Dies geschah im Wesentlichen durch drei Regelungen:

1. Gemäß Artikel 295 EGV lässt der EG-Vertrag die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt und eröffnet den Mitgliedstaaten somit das Recht, frei von Einflüssen des Gemeinschaftsrechts zu entscheiden, sich mit öffentlichen Unternehmen am Wirtschaftsverkehr zu beteiligen. Das Gemeinschaftsrecht kann folglich nicht zur Unterstützung der zum Teil geäußerten These bemüht werden, wonach die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand schon im Grundsatz unzulässig sein soll (BDI), da damit letztlich die Existenz der öffentlichen Unternehmen schlechthin in Frage gestellt wird. Die wirtschaftspolitische Ausrichtung des EG-Vertrages auf den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb lässt es umgekehrt allerdings auch nicht zu, in der Entscheidung für die eigentumspolitische Neutralität des EG-Vertrages selbst die Lösung des Spannungsverhältnisses im Sinne einer Freistellung der Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr von den Wettbewerbsregeln zu sehen. Die eigentumspolitische Neutralität bleibt in ihrer Wirkung vielmehr auf die bloße Eigentumszuordnung beschränkt; weitergehende Aussagen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung der Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen lassen sich dieser Garantie nicht entnehmen.
2. Eine erste konkrete Aussage über die wettbewerbsrechtliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand enthält Art. 86 Abs. 1 EGV, wonach die öffentliche Hand und die öffentlichen Unternehmen bei der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer auch grundsätzlich den Bindungen des

Gemeinschaftsrechts, und hier insbesondere den Regeln über den freien Wettbewerb und der Beihilfenaufsicht unterliegen. Gleichzeitig wird damit aber auch klargestellt, dass jede nicht wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand den Bindungen an das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht entzogen ist.

3. Sofern die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand an die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags gekoppelt ist und als eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ angesehen werden kann, sieht schließlich Art. 86 Abs. 2 EGV eine Freistellung von den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages vor, wenn die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern sollte und der Handelsverkehr nicht in einer Weise beeinträchtigt wird, die dem Gemeinschaftsinteresse zuwider läuft.

Obwohl dieser Ansatz zur Lösung des Spannungsverhältnisses stark wettbewerbsorientiert war, hat er bis in die 90iger Jahre, konkret bis zur Verwirklichung des Binnenmarktes, kaum zu größeren Verwerfungen zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht und der Staatswirtschaft in den Mitgliedstaaten geführt. Dies lag allerdings nicht so sehr daran, dass mit den getroffenen Regelungen ein von allen Seiten akzeptierter Interessenausgleich hergestellt worden wäre, als vielmehr an der Tatsache, dass bis zur Verwirklichung des Binnenmarktes wichtige Dienstleistungsbereiche, die der Daseinsvorsorge zugerechnet werden (Elektrizität, Gas, Verkehr oder Telekommunikation), nicht liberalisiert und damit der Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts nicht zugänglich waren, und andere der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags verpflichtete Dienstleistungen nur in Ausnahmefällen einer wettbewerbs- und beihilferechtlichen Überprüfung durch die Kommission unterstellt wurden. Öffentliche Unternehmen konnten sich so, von gemeinschaftsrechtlichen Interventionen weitgehend verschont, in diesen Märkten einrichten.

Diese Situation änderte sich jedoch mit der Verwirklichung des Binnenmarktes und der damit einhergehenden Aufbrechung der früheren Dienstleistungsmonopole schlagartig. Öffentliche Unternehmen spürten plötzlich die Konkurrenz anderer, privater Anbieter oder erweiterten selbst ihre auf das Gemeinwohl verpflichteten Aktivitäten um weitere wettbewerbsorientierte Tätigkeiten. Die Folge davon war, dass die öffentlichen Unternehmen auch als Erbringer gemeinwohlorientierter Leistungen in immer stärkerem Maße die gemeinschaftsrechtlichen Bindungen des Wettbewerbs- und hier vor allem des Beihilfenrechts zu spüren bekamen. Die teilweise mit großem Säbelrasseln vorgetragene Forderung der öffentlichen Hand geht seitdem dahin, das Wettbewerbsprinzip möglichst zurück zu drängen, da bei verstärktem Wettbewerb das öffentliche Sachziel von Renditedenken überlagert und dadurch die Erfüllung des öffentlichen Auftrags in Frage gestellt wird.

Parallel dazu vollzog sich auf der Ebene der Gemeinschaft ein gewisser Umdenkungsprozess. Die Leistungen der Daseinsvorsorge werden nicht mehr allein unter Wettbewerbsgesichtspunkten betrachtet, sondern als wesentlicher Beitrag zur wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Integration der Gemeinschaft wahrgenommen. Konkreten Ausdruck hat dieser Ansatz in der mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführten Regelung des Art. 16 EGV erfahren, die ein allgemeines Bekenntnis zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ablegt und diese aus der rein staatlichen Betrachtung herausnimmt und in eine gemeinschaftsrechtliche Bestands- und Entwicklungsgarantie erhebt. Das Verhältnis dieser gemeinschaftsrechtlichen Bestands- und Entwicklungsgarantie zu den Wettbewerbsregeln wird in Art. 16 EGV allerdings durch eine Rückverweisung auf Art. 86 Abs. 2 EGV und die Beihilferegelungen geregelt, so dass diese Regelungen nach wie vor den Maßstab für die Lösung des Spannungsverhältnisses vorgeben. Gleichwohl ist das Bekenntnis des Art. 16 EGV bei Anwendung der Wettbewerbsregeln in die Betrachtung einzubeziehen. Art. 16 EGV rückt die gemeinwohlorientierte Leistung selbst in den Vordergrund und verlangt insoweit eine Qualitätsgarantie zu angemessenen Preisen sowie eine Garantie der flächendeckenden und kontinuierlichen

Versorgung der Unionsbürger. Die Fragen durch wen und mit welchen Mitteln diese Leistungen erbracht werden sollen, tritt dabei in den Hintergrund.

Aufgrund der Neuausrichtung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Binnenmarkt liegt es deshalb nahe, über neue Ansätze zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs nachzudenken. Die Arbeiten hierzu sind – wie gesagt - in vollem Gange.

II. Lösungsansätze für einen angemessenen Interessenausgleich

Neue Regelungsansätze sehe ich insbesondere bei

1. der mitgliedstaatlichen Regelungszuständigkeit für die Bestimmung der Leistungen der Daseinsvorsorge und der Missbrauchsaufsicht durch die Kommission
2. der Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten
3. der Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels
4. der Auswahl der Leistungserbringer
5. der Finanzierung der Leistung, und schließlich
6. bei der Anwendung der Transparenz-Richtlinie.

1. Mitgliedstaatliche Regelungszuständigkeit und Missbrauchsaufsicht durch die Kommission

Es ist auf Gemeinschaftsebene völlig unbestritten, dass Art. 86 Abs. 2 EGV den Mitgliedstaaten das Recht einräumt, öffentliche wie private Unternehmen als Instrumente der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik einzusetzen, um auf diese Weise eigene Ziele staatlicher Politik zu verfolgen und dabei u.a. Daseinsvorsorge für die Bevölkerung zu organisieren und zu gewährleisten.

Gleichwohl ist diese, den Mitgliedstaaten eingeräumte Gestaltungsfreiheit nicht grenzenlos. Sie muss vielmehr im Zusammenhang mit dem Ausnahmeharakter der Regelung des Art. 86 Abs. 2 EGV gesehen werden, der juristisch gesprochen eine restriktive und strikte Auslegung dieser Regelung verlangt und praktisch gesprochen die Wahrnehmung der nationalen Gestaltungsfreiheit unter weitgehender Beachtung des Wettbewerbs- und Binnenmarktprinzips verlangt. Die Prüfung der Beachtung des Wettbewerbs- und Binnenmarktprinzips obliegt nach der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung der Kommission. Angesichts der den Mitgliedstaaten zustehenden vorrangigen Kompetenzgarantie muss sich der Umfang dieser Prüfung jedoch auf eine Missbrauchskontrolle beschränken. Hier sind nun konkrete Maßstäbe zu entwickeln, die diese Missbrauchskontrolle präzisieren und damit für die Mitgliedstaaten vorhersehbar machen. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei der konkreten Ausgestaltung des gemeinwirtschaftlichen Auftrags im Übertragungsakt zu, die der Kommission überhaupt erst eine Missbrauchskontrolle ermöglicht.

- a) Zunächst muss der gemeinwirtschaftliche Auftrag im Übertragungsakt präzise definiert werden. Dabei sind vor allem die besonderen Merkmale herauszustellen, die die zur Erfüllung des gemeinwirtschaftlichen Auftrags erforderlichen Dienstleistungen von anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten unterscheiden.

Orientierungspunkte hierfür kann eine bereits beachtliche Rechtsprechung des EuGH liefern.

- b) Einer eindeutigen Festlegung bedürfen daneben auch die dem beauftragten Unternehmen aufgegebenen Gemeinwohlverpflichtungen. Hierunter fallen allgemein gesprochen alle Verpflichtungen, die ein Unternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde. Konkret gehören zu diesen Verpflichtungen etwa: die Zugangsbedingungen der Nutzer in wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Hinsicht; die Universalität der Leistung; die Kontinuität der Leistung; die Qualität der Leistung oder die Sicherheit und Gesundheit der Nutzer.
- c) Die von der öffentlichen Hand gegebenenfalls für die Erfüllung dieser Gemeinwohlverpflichtungen geleisteten Ausgleichszahlungen müssen im Hinblick auf ihre Natur, ihre Höhe und etwaige Revisionsklauseln präzisiert werden. Soweit der genaue Betrag der Ausgleichszahlung nicht bestimmt werden kann, sind die Berechnungsmodalitäten und die Kontrollmechanismen zur Vermeidung von Überkompensationen anzugeben.
- d) Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Leistung darf nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des gemeinwirtschaftlichen Auftrags erforderliche Maß hinausgehen. Deshalb sind die von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbaren Dienstleistungen, die nicht einem allgemeinen Grundbedürfnis, sondern speziellen Bedürfnissen einzelner Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, grundsätzlich auszuklammern. Beispiel: Basispostdienstleistungen, die in der Sammlung, Beförderung und Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität bestehen (= Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse) und (zusätzliche) Leistungen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet, wie die Abholung beim Absender, eine schnellere oder zuverlässigere Verteilung oder auch die Möglichkeit, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern (= trennbare Leistungen, die nicht mehr vom Grundbedürfnis gedeckt sind). Eine Ausnahme kann nur dann gelten, wenn die Herausnahme dieser Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Leistungserbringer übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Frage stellen. Beispiel: Notfallrettungsdienste und nicht durch Notfall veranlasste Krankentransporte.

2. Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten

Eine besondere Bedeutung kommt der Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten zu, da die nicht wirtschaftlichen Leistungen von vornherein der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung entzogen sind.

Bei diesen Begriffen handelt es sich um gemeinschaftsrechtliche Begriffe, die in allen Mitgliedstaaten einheitlich gelten und folglich nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehen.

Auch wenn eine präzise und abschließende Abgrenzung beider Tätigkeitsbereiche nicht möglich sein dürfte, können gleichwohl Beurteilungskriterien für diese Abgrenzung herausgearbeitet und anhand von typischen Beispielen erläutert werden. Hier nur zwei Beispiele:

- a) Eindeutig den nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten zuzuordnen sind diejenigen Tätigkeiten, die unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Z.B. Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit; Justizverwaltung; Pflege der auswärtigen Beziehungen). Entscheidet sich der Staat jedoch dafür, die Ausübung dieser hoheitlichen Aufgaben Privaten zu übertragen, wird die Tätigkeit zu einer wirtschaftlichen (z.B. Erbauung und Betreiben eines Gefängnisses durch eine private Gesellschaft unter Kontrolle des Staates).
- b) Eine zweite Kategorie nicht wirtschaftlicher Tätigkeiten könnten diejenigen Tätigkeiten bilden, die im Gemeininteresse liegen, keine Gewinne abwerfen und von Einrichtungen erbracht werden, die keine Güter- oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten. Bei Erfüllung dieser Bedingungen kann von der Vermutung ausgegangen werden, dass diese Tätigkeiten grundsätzlich nicht von marktwirtschaftlich handelnden Unternehmen erbracht werden. In jedem Einzelfall ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob diese Vermutung anhand der tatsächlich am Markt bestehenden Situation widerlegt wird. Davon ist etwa auszugehen, wenn die fragliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Unternehmen erbracht wird. Ein anschauliches Beispiel für diese Abgrenzung liefern die Dienstleistungen im Rahmen von Versorgungssystemen der sozialen Sicherheit. Während die Grundversorgungssysteme, die auf dem Prinzip der Solidarität und der Pflichtmitgliedschaft beruhen, als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten betrachtet werden, treten die auf dem Beitrags- und Leistungsprinzip beruhenden freiwilligen Versorgungssysteme in Konkurrenz mit den auf dem Markt angebotenen Lebensversicherungen, mit der Folge, dass die mit diesen Systemen verbundenen Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten einzustufen sind.
3. Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

Im Bereich des Kartellrechts (Art. 81 und Art. 82 EGV) ist es bereits gelungen, über das Merkmal der „Spürbarkeit“ der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sowie der Nichtverfolgung sog. „Bagatellfälle“ einen gewissen Freiraum insbesondere für lokale Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu schaffen.

Ganz anders sieht es im Bereich der staatlichen Beihilfen aus. Hier genügt bereits eine potentielle Wettbewerbsbeschränkung oder Handelsbehinderung und auch die Spürbarkeit spielt keine entscheidende Rolle. So kommt es im Wesentlichen allein darauf an, ob durch die staatliche Zuwendung die Position des begünstigten Unternehmens gegenüber dessen Konkurrenten im innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr gestärkt wird, wovon bereits ausgegangen wird, wenn eine potentielle Konkurrenzsituation zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten besteht, ohne dass es auf die aktive Teilnahme am innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr ankäme.

Die Anwendung dieser in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze ist vor allem dann problematisch, wenn es sich um relativ geringe Zuwendungen handelt, die zudem noch an kleine oder mittelständische Unternehmen fließen, die nur auf lokaler Ebene tätig werden. Die Rechtsprechung stellt hierzu fest, dass ein verhältnismäßig geringer Beihilfebetrag oder die relativ geringe Größe eines begünstigten Unternehmens für sich genommen eine etwaige Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels nicht ausschließt. Gleichwohl sollte dies nicht bedeuten, dass Art. 87 EGV in allen Fällen und unter allen Umständen zur Anwendung kommt. Es kann nicht das Interesse der Gemeinschaft sein, jede lokale Wettbewerbsbeeinträchtigung nach den Regeln des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrecht zu beurteilen. Dies sollte vielmehr Aufgabe der jeweils zuständigen

nationalen Ordnungsbehörden sein. Es ist deshalb nach Wegen zu suchen, die eine sinnvolle Abgrenzung der Verantwortungsbereiche gewährleisten.

Einen ersten Weg hat die Kommission mit der Verordnung Nr. 69/2001 über de-minimis-Beihilfen eingeschlagen, in der davon ausgegangen wird, dass keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt, wenn der Beihilfebetrag über einen Zeitraum von 3 Jahren nicht mehr als 100.000 Euro beträgt. Für den Bereich der gemeinwohlorientierten Leistungen wäre zu überlegen, ob eine gezielte Anhebung des Schwellenwerts für lokale Dienstleistungen in Betracht kommt.

Darüber hinaus sollte die Kommission die Bedingungen festlegen, unter denen vor allem die zahlreichen lokal erbrachten Dienstleistungen mangels Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits aus dem Tatbestand der Beihilfenkontrolle auszunehmen sind. Ausgangspunkt hierfür könnte die Struktur des betreffenden Dienstleistungsmarktes sein, die z.B. anhand der Kriterien

- der räumlichen Ausdehnung,
- des Bestehens oder Nichtbestehens lebhaften Wettbewerbs und
- der Zahl der auf dem Markt tätigen Unternehmen

bestimmt werden könnte.

4. Auswahl der Leistungserbringer

Das Gemeinschaftsrecht trifft keine ausdrückliche Festlegung darüber, durch wen die gemeinwohlorientierten Leistungen erbracht werden sollen. Vielmehr ist es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden, ob eine gemeinwohlorientierte Leistung direkt oder indirekt über andere öffentliche Einrichtungen erbracht oder einen Privaten anvertraut werden soll.

In diesem Zusammenhang ist allerdings daran zu erinnern, dass die Mittel, die zur Erfüllung des Versorgungsauftrags eingesetzt werden, keine unnötigen Handelshemmnisse erzeugen dürfen und konkret sicher zu stellen ist, dass Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung der ihnen zustehenden Entscheidungsfreiheit verfahrensrechtlichen Bindungen unterliegen, die dem Schutz des Wettbewerbs und der Binnenmarktfreiheiten dienen.

In der Rs. „Télaustria“ im Jahre 2000 hat der EuGH aus diesen Grundregeln des EG-Vertrages und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot die Verpflichtung zur Transparenz abgeleitet, wonach die öffentliche Hand zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabe unparteiisch durchgeführt wurde.

In der Praxis bedeutet dies konkret, dass zunächst ermittelt werden muss, ob die vom Staat definierte gemeinwohlorientierte Leistung auf dem Markt bereits verfügbar oder jedenfalls über den Markt erreichbar ist. Ist dies der Fall, sollte die gemeinwohlorientierte Leistung grundsätzlich dem Wettbewerb in Gestalt der Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungs- oder Bietverfahrens geöffnet werden. Damit wird nicht nur dem Wettbewerbsanliegen des EG-Vertrages Rechnung getragen, sondern auch der vom EuGH.

Diese grundsätzlich bestehende Ausschreibungspflicht besteht jedoch nicht absolut, sondern kann ihrerseits über Art. 86 Abs. 2 EGV ausgesetzt werden. Eine solche Aussetzung kommt vor allem in folgenden drei Fällen in Betracht:

- a) Aufgrund der konkreten Ausgestaltung des öffentlichen Auftrags oder der konkreten Situation auf dem betreffenden Dienstleistungsmarkt ist ein Ausschreibungs- oder Bietverfahren aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen; dies ist etwa der Fall, wenn die Gemeinwohlverpflichtungen allen in einem bestimmten liberalisierten Markt operierenden Unternehmen auferlegt werden oder der betreffende Dienstleistungsmarkt monopolistisch oder oligopolistisch organisiert ist.
- b) Die vom Staat definierte gemeinwohlorientierte Leistung kann nicht über den Markt erbracht werden; dies ist beim klassischen „Marktversagen“ gegeben, d.h. der Markt ist nicht in der Lage, die sozial erwünschten Ergebnisse vollständig zu erzielen.
- c) Die vom Staat definierte gemeinwohlorientierte Leistung kann nur mit unverhältnismäßigem Aufwand über den Markt erbracht werden; hiervon kann ausgegangen werden, wenn die Kosten für die Durchführung von Ausschreibungs- oder Bietverfahren in keinem angemessenen Verhältnis zu den aus dem eröffneten Wettbewerb erzielten Gewinnen stehen.

Die für die Auswahl der Leistungserbringer geltenden Regeln sollten auf Gemeinschaftsebene festgeschrieben und deren Anwendungsbedingungen präzisiert werden. Es sollte deutlich gemacht werden, wann ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist, wann eine Direktvergabe möglich ist, oder wann auf andere Verfahren, wie etwa einen Qualitätsvergleich, zurückgegriffen werden kann. Die für die Durchführung von Ausschreibungs- oder Bietverfahren allgemein anwendbaren Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit müssen den spezifischen Bedürfnissen der gemeinwohlorientierten Leistungen angepasst werden.

5. Kompensation der Mehrkosten

Als Grundsatz gilt, dass es den Mitgliedstaaten unter Wettbewerbs- und Beihilfengesichtspunkten unbenommen ist, die aufgrund der Bindung an eine Gemeinwohlverpflichtung entstehenden Mehrkosten auszugleichen, vorausgesetzt dieser Ausgleich ist erforderlich, um dem betreffenden Unternehmen die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Drei Gesichtspunkte bedürfen in diesem Zusammenhang der näheren Klärung: die Erforderlichkeit der Kompensation, die Feststellung der Mehrkosten und die Rechtsfolgen bei Gewährung eines angemessenen Ausgleichs.

a) Erforderlichkeit des Ausgleichs

Die Erforderlichkeit des Ausgleichs richtet sich danach, ob die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen nur bei staatlicher Ausgleichszahlung möglich ist. Dies ist vor allem dann nicht der Fall, wenn mit der staatlichen Finanzierung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags andere Unternehmen von Kosten befreit werden, die eigentlich von ihnen zu tragen sind. Beispiel: der Staat finanziert die Entsorgung von Schlachtabfällen im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, obwohl aufgrund des Verursacherprinzips die Kosten dieser Entsorgung von den Schlachthöfen zu tragen wären.

b) Feststellung der Mehrkosten

Die Feststellung der ausgleichsfähigen Mehrkosten bereitet keine Schwierigkeiten in den Fällen, in denen der öffentliche Auftrag im Rahmen eines

fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungs- oder Bietverfahrens vergeben wurde. In diesem Fall besteht eine Vermutung dafür, dass die Ausgleichszahlung auf das erforderliche und notwendige Ausmaß beschränkt ist.

Im Falle der Direktvergabe muss die Feststellung der Mehrkosten auf der Grundlage eines Kosten/Einnahme Vergleichs erfolgen, wobei die Anforderungen an die Kostenberechnung bereits im Übertragungsakt niedergelegt sein müssen. Auf die Effizienz des betreffenden Unternehmens kommt es nicht an, da diese Beurteilung grundsätzlich nicht in der Zuständigkeit der Kommission fällt, sondern Sache der Mitgliedstaaten ist. Im Hinblick auf die integrationspolitische Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hat der Europäische Rat die Kommission allerdings zur Prüfung aufgefordert, ob die bereits in den durch Sekundärrecht liberalisierten Bereichen der Daseinsvorsorge eingeführte Evaluierung auf alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgedehnt werden soll.

c) Rechtsfolgen bei Gewährung eines angemessenen Ausgleichs

Die Rechtsfolgen bei Gewährung eines angemessenen Ausgleichs sind seit dem Urteil des EuGH vom 22. November 2001 in der Rs. „Ferring“ wieder in die Diskussion geraten. Mit diesem Urteil stellt sich der EuGH gegen eine etablierte Rechtsprechung, wonach jede Maßnahme, gleich welcher Form, die Belastungen verringert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, eine Beihilfe darstellt und Ausgleichszahlungen für Mehrkosten bei Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV zu berücksichtigen sind. Der EuGH geht in seinem „Ferring“-Urteil davon aus, dass die aus staatliche Mitteln finanzierte Unterstützung der mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen bereits begrifflich keine Beihilfe vorliegt, wenn dadurch lediglich zusätzliche Lasten ausgeglichen werden, die dem Dienstleistungserbringer vom Staat aus Gründen der Daseinsvorsorge auferlegt wurden.

Diese Rechtsprechung wiederum ist zunächst von Generalanwalt Léger in der Rs. „Altmark Trans“ heftig kritisiert und abgelehnt worden und nur kurze Zeit später von Generalanwalt Jacobs in der Sache „GEMO“ dahingehend eingegrenzt worden, dass nur dann eine Beihilfe begrifflich ausgeschlossen sein soll, wenn die staatliche Zuwendung eindeutig eine der Höhe nach angemessene Gegenleistung für eine klar definierte Gemeinwohlverpflichtung darstellt, was unzweideutig aus dem Übertragungsakt hervorgehen muss. Der EuGH hat sich dieser beiden neuen Rechtssachen in Vollbesetzung angenommen und wird somit Gelegenheit haben, das von einer Kammer in der Rs. „Ferring“ gefällte Urteil zu überprüfen.

Die Folgen der Einordnung sind keineswegs nur rechtstheoretischer Natur, sondern haben in zweifacher Weise grundsätzliche praktische Bedeutung.

a) Wird eine angemessene Ausgleichszahlung bereits begrifflich nicht als Beihilfe gewertet, entfällt die Notifizierungspflicht dieser Maßnahmen und die Kommission ist auf eine ex post Kontrolle beschränkt, die sie aufgrund von Beschwerden oder von Amts wegen vornehmen kann. Die Kommission trägt in diesem Fall die Beweislast dafür, dass keine angemessene, sondern eine überhöhte Ausgleichszahlung vorliegt. Nur soweit eine Überkompensation erfolgt, ist der Beihilfentatbestand erfüllt, so dass für diesen Teil die Notifizierungspflicht gilt und eine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt oder eine Freistellung nach Art. 86 Abs. 2 EGV zu prüfen wäre.

b) Wird eine angemessene Ausgleichszahlung hingegen als Beihilfe gewertet, besteht in jedem Fall eine Notifizierungspflicht und die Kommission hat die Vereinbarkeit

mit dem Gemeinsamen Markt oder eine Freistellung nach Art. 86 Abs. 2 EGV zu prüfen. Erst im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV stellt sich folglich die Frage der Angemessenheit der Ausgleichszahlung. Die Beweislast dafür, dass eine angemessene Ausgleichszahlung vorliegt, liegt in diesem Fall bei den Mitgliedstaaten.

6. Transparenz der finanziellen Beziehungen

Eng verbunden mit der Frage der angemessenen Kompensation ist das Problem der Quersubventionierung. Die Mitgliedstaaten müssen die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen treffen, um zu vermeiden, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Wirklichkeit dazu verwendet werden, wirtschaftliche Tätigkeiten ohne Gemeinwohlauftrag zu unterstützen.

Die Bedingungen, denen diese Sicherheitsvorkehrungen entsprechen müssen, sind im Einzelnen in der Transparenzrichtlinie niedergelegt, wo insbesondere eine getrennte Buchführung für den Fall vorgesehen wird, dass ein Unternehmen neben der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse auch wettbewerbsorientierten Geschäften nachgeht.

III. Mögliche Rechtsformen der Umsetzung des Interessenausgleichs

Die dargestellten Ansätze inhaltlicher Klarstellungen können mit ganz unterschiedlichen Rechtsinstrumenten umgesetzt werden, die von einer Änderung des EG-Vertrages über den Erlass spezifischer die Daseinsvorsorge betreffender Sekundärrechtsakte (Richtlinien oder Verordnungen) bis hin zu Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen auf der Rechtsanwendungsebene reichen.

1. Änderungen und Ergänzungen des EG-Vertrages

Eine Änderung des EG-Vertrages im Sinne der Einführung einer Bereichsausnahme bzw. einer generelle Freistellung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von den Wettbewerbsregeln ist abzulehnen. Eine solche Änderung würde nicht nur hinter der bei Gründung der EG getroffenen Entscheidung zugunsten eines Interessenausgleichs zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb zurückbleiben, sondern auch eine erhebliche Schwächung des Binnenmarktes insgesamt bedeuten, da derartige Bereichsausnahmen nationale Freiräume schaffen, die den Binnenmarkt unterlaufen und eine gemeinschaftsweite Entwicklung bereits im Ansatz unterbinden.

Zum Zwecke der Herstellung von mehr Rechtssicherheit wird teilweise auch eine punktuelle Ergänzung der gegenwärtigen Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages gefordert. Dabei geht es vor allem um die – auch diesem Juristentag zur Beschlussfassung vorgelegte Forderung –, in Artikel 87 Abs. 1 EGV klar zu stellen, dass eine angemessene Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unter Ausschluss jedweder Überkompensation keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt.

Zunächst ist anzumerken, dass einer solchen Klarstellung eine eigenständige Bedeutung nur für den Fall zukommt, dass der EuGH seine mit der Rechtsprechung in der Rs. „Ferring“ vorgenommene authentische Auslegung des Begriffs der „Begünstigung“ als eines der Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe aufgibt oder in ihrer

Wirkung entscheidend beschränkt, da anderenfalls die gewünschte Klarstellung bereits durch die Rechtsprechung gesichert ist, die integraler Bestandteil des Gemeinschaftsrechts ist und von den Gemeinschaftsorganen bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu beachten ist.

Falls mit dieser vertraglichen Klarstellung einer möglichen Rechtsprechungsänderung begegnet werden soll, bleibt das grundsätzliche Problem, dass solche tatbestandlichen Präzisierungen auf Vertragsebene nicht geeignet sind, die angestrebte Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu vermitteln. Auf vertraglicher Ebene können die notwendigen Differenzierungen und die erforderliche Flexibilität nicht mit hinreichender Präzision festgelegt werden, so dass der praktische Nutzen einer solchen Ergänzung erheblich reduziert ist. Im vorliegenden Zusammenhang bleibt auch bei einer Vertragsergänzung völlig unklar, wann und unter welchen Bedingungen von einer angemessenen Finanzierung ausgegangen werden kann, so dass die Mitgliedstaaten und die von diesen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen weiter in der Unsicherheit bleiben, ob nicht bei einer Überprüfung durch die Kommission Elemente der Überkompensation festgestellt würden mit der Folge der Rückforderung dieser Beihilfen. Um diese Unsicherheit zu beseitigen, müssten zusätzlich zur Vertragsergänzung weitere materielle Regeln für die Ermittlung einer angemessenen Finanzierung festgelegt werden. Erst mit diesen Regeln würde die angestrebte Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hergestellt werden. Berücksichtigt man, dass im Rahmen der Festlegung dieser Regeln grundsätzlich auch die Möglichkeit besteht, für den Fall der Einhaltung der im Einzelnen für die angemessene Finanzierung vorzusehenden Voraussetzungen und Bedingungen eine Befreiung von der Notifizierungspflicht vorzusehen, kann auch auf dieser sekundärrechtlichen Ebene der durch eine Vertragsergänzung angestrebte Nutzen in ähnlicher Weise erzielt werden, ohne dass die Vertragsregelungen durch Detailregeln überfrachtet werden müssen.

2. Erlass von spezifischen Sekundärrechtsakten

Auf sekundärrechtlicher Ebene stehen grundsätzlich zwei Wege zur Verbesserung der Rechtssicherheit zur Verfügung: zum einen ein Globalansatz in Form des Erlasses einer die gesamte gemeinschaftsrechtliche Problematik der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse abdeckende Rahmen-Richtlinie; zum anderen ein auf das Wettbewerbsrecht beschränkter Ansatz, der darin besteht, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Sektoren von der Anwendung der Wettbewerbsregeln freizustellen.

- a) Globalansatz: Erlass einer Rahmen-Richtlinie über Leistungen der Daseinsvorsorge
- In einer allgemeinen Rahmen-Richtlinie über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse könnte versucht werden, das Spannungsverhältnis zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und europäischem Wettbewerb mit einem globalen Ansatz zu lösen, der sämtliche mit der Erbringung dieser Dienstleistungen zusammenhängenden binnenmarkt- und wettbewerbsrechtlichen Fragen erfasst.
- Vorteil dieses Globalansatzes wäre ohne Zweifel, dass in einem Rechtsakt alle grundsätzlichen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusammenhängende Fragen geregelt werden, was allerdings nicht ausschließt, dass sich in einzelnen Sektoren zusätzliche Detailregelungen als erforderlich erweisen können. Der entscheidende Punkt dürfte allerdings sein, dass mit diesem Globalansatz die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „unionspolitisch aufgeladen“ werden, was sich vor allem in der Regelung der Gemeinwohlverpflichtungen und dem Evaluierungsprozess manifestieren würde. Ob dies beim gegenwärtigen Stand

der politischen Diskussion tatsächlich gewollt ist, bleibt abzuwarten. In jedem Fall hat der Europäische Rat von Barcelona im März 2002 der Kommission den Auftrag erteilt, in diese Richtung Überlegungen anzustellen. Die Kommission wird diesem Auftrag nachkommen und in einem ersten Schritt in einem Grünbuch die wesentlichen in einer solchen Rahmen-Richtlinie zu regelnden Fragen darlegen und zur Diskussion stellen. Erst auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Diskussion ist dann zu entscheiden, ob dieser Globalansatz mit der Schaffung einer Rahmen-Richtlinie konkret umgesetzt werden soll.

b) Freistellungs-Verordnungen und Leitlinien im Wettbewerbsbereich

- **Freistellungsverordnungen**

Stellt diese Finanzierung keine Beihilfe dar, bedarf es keiner Regelung auf Sekundärrechtsebene, da zwar in diesem Fall eine Klarstellung darüber zu erfolgen hat, wie eine angemessene Finanzierung berechnet und ermittelt wird, aber keine Freistellung von den Wettbewerbsregeln erforderlich ist. Sind hingegen in der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Beihilfeelemente enthalten, kommt eine Freistellung auf sekundärrechtlicher Ebene in Betracht. In (sektorspezifischen) Freistellungs-Verordnungen könnte die Kommission (nach entsprechender vorheriger Ermächtigung durch den Rat) die Bedingungen und Voraussetzungen konkret festgelegt, unter denen die Finanzierung der konkreten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist und von der Notifizierungspflicht befreit ist. Dabei erlaubt eine solche Verordnung ein flexibles Vorgehen, da für sensible Bereiche oder für bestimmte Formen von Finanzierungen die Notifizierung aufrecht erhalten bleiben kann. Freistellungs-Verordnungen wären insbesondere in der Lage, die Rechtslage bei der Erbringung lokaler und sozialer Dienstleistungen zu klären.
- **Leitlinien auf der Rechtsanwendungsebene**

Es besteht schließlich die Möglichkeit, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf der Ebene der Rechtsanwendung zu gewährleisten. In Leitlinien legt die Kommission im Einzelnen die Kriterien fest, die sie bei der Anwendung der Beihilfavorschriften leiten. Bei Leitlinien tritt eine Selbstbindung der Kommission in dem Sinne ein, dass die Kommission im Einzelfall nicht von diesen Kriterien abweichen kann. Stellt die Kommission im Einzelfall fest, dass bestimmte Kriterien nicht interessengerecht sind, müssen zunächst die Leitlinien selbst geändert werden, bevor die Änderung praktische Wirkungen im Einzelfall entfalten kann. Parallel dazu wird die Kommission ihre Entscheidungspraxis im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse transparenter gestalten. Im Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik wird speziell ein Abschnitt über Daseinsvorsorge aufgenommen, in dem die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf konkrete Einzelfälle dargestellt wird. Darüber hinaus wird die Kommission die Fälle der Daseinsvorsorge auch im Beihilfenregister besonders kenntlich machen, um so den Zugang zu Beispielen der Anwendungspraxis zu erleichtern.
- **Anmeldung von Beihilfenprogrammen**

Auch die Mitgliedstaaten selbst können schließlich einen Beitrag dazu leisten, den administrativen Druck, dem sie aufgrund der Notifizierungspflicht unterliegen, entscheidend zu mindern. Dazu müssten sie die staatlichen Finanzierungen von Dienstleistungen von allgemeinem

wirtschaftlichen Interesse in Beihilfeprogrammen zusammenfassen, die die jeweiligen Bedingungen der Finanzierung unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Einzelnen festlegen. Derartige Programme sind etwa vorstellbar für die Bereiche der lokalen und sozialen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Werden diese Programme von der Kommission genehmigt, können unter diesem Programm gewährte individuelle Beihilfen ohne weitere Kontrolle durch die Kommission unmittelbar an den Begünstigten ausgezahlt werden.

IV. Schlussbemerkung

Ich denke, dass die Ausführungen gezeigt haben, dass es eine ganze Reihe von diskussionswürdigen Regelungsansätzen gibt. Beteiligen Sie sich an dieser Diskussion aktiv; bringen Sie Ihre besonderen Anliegen in Wien und in Brüssel vor.

Eines sollte jedoch in dieser Diskussion stets beachtet werden: Es sollte immer nur um die DASEINSVORSORGE gehen und nicht um die VORSORGE DES DASEINS bestimmter kommunaler oder öffentlicher Unternehmen.