

Diskussionspapier

„Öffentliche Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsrecht“

**Beschluss des Vorstandes der Bundes-SGK
vom 24. November 2000**

Öffentliche Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsrecht

1. Vorbemerkung

Die Diskussion über die Frage des Verhältnisses von europäischem Wettbewerbsrecht und der Öffentlichen Daseinsvorsorge steht in engem Zusammenhang mit der Befürchtung, dass bewährte Strukturen und Institutionen der öffentlichen Daseinsvorsorge in Gefahr geraten, weil sie seitens der EU-Kommission dem europäischen Wettbewerbs- und Beihilferecht unterworfen werden.

Schnell werden in dieser Diskussion unterschiedliche Sachverhalte miteinander vermengt. Aspekte der Liberalisierung einzelner Märkte für bestimmte bisher nur in Gebietsmonopolen dargebotenen Güter werden direkt mit Fragen der Privatisierung öffentlicher Unternehmen verknüpft, die Perspektive des öffentlichen Unternehmen mit dem des öffentlichen Aufgabenträgers verwechselt. Es bestehen zudem Verunsicherungen bei den Kommunen und den kommunalen Unternehmen in mehrerlei Hinsicht. So ist beispielsweise nicht eindeutig geklärt, welche Aufgaben mit Gemeinwohlverpflichtungen belegt sind und welche Aufgaben künftig in Märkten unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden müssen. Daraus resultieren Planungs- und Investitionsunsicherheit und diffuse Ängste gegenüber der EU.

Vor diesem Hintergrund will dieses Papier verdeutlichen, dass es vor allem im national-staatlichen Rahmen begrifflicher Klarstellungen bedarf, was als öffentliche Daseinsvorsorge angesehen wird und wie der Rahmen für die Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen so ausgestaltet wird, dass er mit dem europäischen Recht vereinbar ist.

2. Rahmenbedingungen der EU

Durch die Hinzufügung des Artikel 16 in den EG-Vertrag in der Fassung des Amsterdamer Vertrages von 1997 wurde der hohe Stellenwert der Daseinsvorsorge in der EU besonders hervorgehoben. Diese Festlegung hebt die Wirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts für „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ allerdings nicht auf.

Die EU-Kommission hat am 20. September 2000 eine Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa herausgegeben, welche die entsprechende Mitteilung aus dem Jahr 1996 aktualisiert. Von besonderem Interesse für die kommunale Seite sind die beiden Abschnitte, die auf Ziel und Zweck von Leistungen der Daseinsvorsorge und die Leistungen der Daseinsvorsorge im Verhältnis zum Binnenmarkt eingehen.

In dieser neuen Mitteilung wird einleitend betont, dass Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Binnenmarkt und gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik keineswegs miteinander unvereinbar sind, sondern sich bei der Verfolgung der grundlegenden Ziele des Vertrags ergänzen. *„Diese drei Elemente müssen so zusammenwirken, dass sowohl der einzelne Bürger als auch die Gesellschaft insgesamt davon profitiert.“* Die EU-Kommission hebt somit in ihrer Mitteilung ausdrücklich hervor, dass die Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf Qualität und Preis den Bedürfnissen der Nutzer und der Bürger im Ganzen entsprechen muss. Als Nutzer sieht die Kommission sowohl den Verbraucher als auch Unternehmen. Zugleich vertritt sie die Auffassung, dass gemeinwohlorientierte Dienstleistungen *„einen wichtigen Beitrag zur allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie und zum wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“* leisten.

Die EU-Kommission skizziert zudem Anliegen und Grundsätze, welche die Nutzer von gemeinwohlorientierten Leistungen an die Erbringung stellen könnten:

- „- *ein hohes Umweltschutzniveau;*
- *spezielle Bedürfnisse bestimmter Bevölkerungsgruppen (etwa von Behinderten und Beziehern niedriger Einkommen);*
- *eine flächendeckende Grundversorgung, d.h. Zugang zu wesentlichen Diensten auch in abgelegenen und unzugänglichen Gegenden;*
- *eindeutige Festlegung von Mindestanforderungen an die Qualität, das Gesundheitsschutzniveau und die materielle Sicherheit der Leistungen;*
- *vollständige Transparenz in Bezug auf Entgelte, Vertragsbedingungen, freie Wahl des Anbieters, Finanzierung der Anbieter usw.;*
- *freie Wahl der Leistung und gegebenenfalls des Anbieters sowie wirksamer Wettbewerb zwischen Anbietern;*
- *Schaffung von unabhängigen Regulierungsinstanzen, wo dies gerechtfertigt erscheint, sowie von Rechtsmitteln in Form von Beschwerdeverfahren und Streitschlichtungsmechanismen;“*
- *mögliche Einbeziehung der Leistungsempfänger bei der Definition der Leistungen und der Zahlungsweise.*

Ausdrücklich betont die Kommission, dass die Erbringung der Leistungen auf unterschiedlichen Wegen erfolgen kann, wobei folgende Kriterien nach Auffassung der Kommission bei der Entscheidung über die Aufgabenerfüllung berücksichtigt werden könnten:

- „- *die technischen und wirtschaftlichen Merkmale der fraglichen Dienstleistung;*
- *die Anforderungen der Nutzer;*
- *die kulturellen und historischen Eigenheiten des betreffenden Mitgliedsstaats.“*

Die EU-Kommission stellt fest, dass die Erbringung von Leistungen, insbesondere in den Bereichen, wo der Markt diese Leistungen nicht oder nur unzureichend erbringt, mit Gemeinwohlverpflichtungen versehen werden kann. Diese Gemeinwohlverpflichtungen können mit der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte oder der Bereitstellung besonderer Finanzierungsmechanismen einhergehen, wobei diese für alle Leistungsanbieter gelten oder auf einzelne beschränkt werden können. Dabei unterscheidet die Kommission zwischen verschiedenen Optionen. Soweit nur einem oder einer begrenzten Zahl von Anbietern Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden, ist es nach Auffassung der Kommission unter Umständen geboten, dass alle einschlägigen Anbieter an der Finanzierung der mit der Erbringung des gemeinwohlorientierten Dienstes verbundenen Nettomehrkosten beteiligt werden, und zwar z.B. über eine zusätzliche Abgabe oder einen Fonds für öffentliche Dienste. Sollte bei bestimmten Leistungen nur ein Anbieter in Frage kommen, kann der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Die Erteilung solcher Rechte soll jedoch im Rahmen eines fairen Wettbewerbs, beispielsweise über die Ausschreibung von Konzessionen, und unter Beachtung der Minimierung der Belastung der öffentlichen Haushalte erfolgen. Sollte keine der ersten beiden Optionen zu einer befriedigenden Leistungserbringung führen können, soll der Staat einzelne Anbieter oder eine kleine Gruppe von Anbietern mit der Aufgabenerfüllung betrauen können, wobei wiederum besondere oder ausschließliche Rechte und eine angemessene Finanzierung neu gewährt oder verlängert werden können.

Die EU-Kommission betont weiterhin folgende drei Grundsätze, die der Anwendung des Artikels 86 EG-Vertrag zugrunde liegen:

Neutralität

Die Kommission stellt heraus, dass entsprechend Artikel 295 EG-Vertrag die Unternehmensorganisation – privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich – nicht von der Kommission vorgegeben werde, jedoch die Vorschriften des Vertrags und insbesondere die wettbewerbs- und die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen ungeachtet des Status eines Unternehmens beachtet werden müssen.

Gestaltungsfreiheit

Die EU-Kommission betont, „*dass für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedsstaaten zuständig sind. Diese Definition darf nur einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen werden.*“ Dabei soll der Versorgungsauftrag in jedem Fall klar definiert werden.

Verhältnismäßigkeit

Die EU-Kommission verdeutlicht zudem, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Mittel, die zur Erbringung der Leistungen aufgewandt werden, keine unnötigen Handelshemmnisse erzeugen dürfen. „*Die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse müssen leistungsfähig sein und die damit betrauten Unternehmen müssen in der Lage sein, den besonderen Aufwand und die zusätzlichen Nettokosten auf sich zu nehmen, die mit der Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgabe verbunden sind.*“

Daneben steht die Frage nach der Zulässigkeit von Beihilfen. Bei der öffentlichen Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge geht die EU-Kommission davon aus, dass sie in dem Moment als möglicherweise den Wettbewerb verzerrende und damit unzulässige Beihilfe gelten, wenn der Finanzierungsanteil denjenigen des für die Aufgabe Erforderlichen überschreitet. Ausnahmen hiervon bietet lediglich der Art. 87 des EG-Vertrages, in dem definiert wird, wann solche Beihilfen als sogenannte „Bereichsausnahme“ oder „Ermessensausnahme“ gelten und mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Soweit diese Ausnahmen nicht zutreffen, kann trotzdem eine Beihilfe nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zulässig sein, wenn der Ausgleich nicht über die mit der anvertrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht. Hierfür müsse es ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren geben.

Die EU-Kommission unterscheidet zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten und betont die Beachtung der Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten. Die Kommission stellt klar, dass die Wettbewerbsregeln und Binnenmarktvorschriften ausschließlich auf wirtschaftliche Tätigkeiten Anwendung finden. Diese Vorschriften, so die Kommission, finden in aller Regel „*grundsätzlich keine Anwendung auf nichtwirtschaftliche Tätigkeiten und berühren daher auch nicht Leistungen der Daseinsvorsorge, die keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen*“. Die Kommission konkretisiert diese Abgrenzung für folgende Bereiche:

- Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit,
- Justizverwaltung,
- Pflege auswärtiger Beziehungen und andere hoheitliche Aufgaben,
- nationale Bildungssysteme,
- Pflichtmitgliedschaft in Grundversorgungssystemen der sozialen Sicherheit.

Darüber hinaus wird festgestellt, dass „*diverse nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrteinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen*“ nicht diesen Vorschriften unterliegen. Soweit diese Einrichtungen jedoch wirtschaftliche Tätigkeiten aufnehmen, sind die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften anzuwenden. Auch hebt die Kommission darauf ab, dass das Wettbewerbsrecht ferner nur dann gilt, wenn der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird, wobei auch hier Ausnahmen zulässig sind, z.B. im Bereich der Kulturförderung. Des weiteren erfolgt eine Abgrenzung zum Kartellrecht und ein Hinweis zu sogenannten Bagatellfällen.

Abschließend betont die Kommission die Notwendigkeit der Weiterentwicklung und Konkretisierung der ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarien, insbesondere auch im Hinblick auf neue technische Gegebenheiten und veränderte Marktbedingungen.

3. Erwartungen an die EU, den Bund und die Länder

3.1 EU

Die neue Mitteilung der EU-Kommission ist im Grundsatz zu begrüßen, weil sie mehrere Anliegen, die auch in dem zwischen Bund und Ländern abgestimmten Papier zur Daseinsvorsorge und Wettbewerbsrecht vom 31. Mai 2000 niedergelegten Positionen enthalten sind, aufnimmt und notwendige Konkretisierungen vornimmt. Die Kommission erkennt grundsätzlich die Ausnahme der Anwendung von Wettbewerbs- und Beihilferegeln im Interesse der Funktionsfähigkeit von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse an. Zudem betont die Kommission die Bedeutung der öffentlichen Daseinsvorsorge bzw. der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für das europäische Gesellschaftsmodell.

Die neue Mitteilung der EU-Kommission ist somit ein Schritt in die richtige Richtung.

Trotz der Präzisierung und Systematisierung der Anwendungsgrundsätze verbleiben Unsicherheiten im Hinblick auf die Frage, welche Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge den wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zuzuordnen sind. Aus der Sicht der Bundes-SGK sind deshalb – wie auch die EU-Kommission von sich aus feststellt – weitere Präzisierungen und Konkretisierungen in Form von weiteren Mitteilungen, Leitfäden und Gruppenfreistellungsverordnungen notwendig, um die Rechtssicherheit zu erhöhen. Auch ist für bestimmte Sektoren der Daseinsvorsorge festzulegen, in welcher Form und ob überhaupt die Wettbewerbs- und Beihilfevorschriften zur Anwendung kommen sollen. Dabei sind sowohl eine gleichwertige Berücksichtigung der Aspekte des Gemeinwohls und des Wettbewerbs als auch eine klarere Trennung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten erforderlich. Hierzu gehört auch das Recht der Mitgliedsstaaten, die Erforderlichkeit der Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Daseinsvorsorge in ihrer Reichweite und Struktur zu bestimmen.

3.2 Bund

Aus Sicht der Bundes-SGK ist es in der Bundesrepublik dringend erforderlich, eine Neubestimmung des Begriffs der öffentlichen Daseinsvorsorge vorzunehmen, um einerseits in weiteren Verhandlungen auf EU-Ebene Klarstellungen zu erreichen und andererseits einen Handlungsrahmen für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen in der Bundesrepublik zu erhalten.

Dabei ist unbestritten, dass der Begriff der öffentlichen Daseinsvorsorge immer ein dynamischer sein wird und die öffentliche Daseinsvorsorge nicht letztendlich eindeutig für alle Zukunft definiert werden kann. Es entspringt den spezifischen historischen und regionalen Bedingungen, welche Aufgaben als öffentliche Daseinsvorsorge jeweils angesehen werden sollten. Nach Auffassung der Bundes-SGK gehören dazu grundsätzlich:

- die Gewährleistung eines gleichwertigen, diskriminierungsfreien und kostengünstigen Zugangs zu wichtigen Dienstleistungen und Gütern,
- die Sicherstellung eines flächendeckend in ausreichendem Umfang und in ausreichender Qualität vorhandenen sowie dauerhaften und verlässlichen Angebots an wichtigen Dienstleistungen und Gütern,
- die Gewährleistung einer Infrastrukturausstattung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Lebens und der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft sowie
- die Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen für die künftigen Generationen.

Die kommunale Selbstverwaltung in Deutschland hat, im Unterschied zu anderen Mitgliedsstaaten der EU, eine lange und bewährte Tradition, die zum einen ein hohes Niveau an Infrastrukturausstattung und Versorgung der Bürger mit Leistungen sicherstellt und zum anderen die Einbeziehung der Bürger bei der Aufgabenerfüllung fördert. Daher geht auch die Verfassung vom Grundsatz der örtlichen Selbstverwaltung aus, wonach alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln sind. Die Kommunen sind letztendlich für die Daseinsvorsorge zuständig, wie dies auch in den jeweiligen Gemeindeordnungen der Bundesländer spezifiziert wird, wobei dort auch geregelt ist, dass nicht jede Leistungserbringung durch die Kommunen selbst zu erfolgen hat. In welcher konkreten Form und durch wen die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge erbracht werden, sollte Entscheidung der jeweiligen Aufgabenträger sein.

Die Bundes-SGK plädiert in diesem Zusammenhang dafür, dass im Sinne des Subsidiaritätsprinzips und unter Beachtung der historisch gewachsenen Strukturen möglichst viele der Aufgaben im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung zu erbringen sind. Es ist Aufgabe von Bund und Ländern, im Rahmen ihrer Rechtssetzungskompetenzen unter Beteiligung der Kommunen zu definieren, welche Aufgaben zeitgemäß zur öffentlichen Daseinsvorsorge zu rechnen sind. Im Rahmen einer solchen Neubestimmung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland ist zu klären, in welchen Bereichen ein öffentliches Interesse besteht, bestimmte Aufgaben mit Gemeinwohlverpflichtungen zu verknüpfen. Grundsätzlich sagt dieses noch nichts darüber aus, wer die Aufgabe dann in welcher Form erfüllen sollte. Entscheidend ist, dass die Erbringung der mit einer Gemeinwohlverpflichtung versehenen Dienstleistung effizient und kostengünstig für die Bürgerinnen und Bürger erfolgt.

Die Bundes-SGK hat für die Sektoren „Abfallwirtschaft“, „ÖPNV“ und „Wasserwirtschaft“ bereits Positionen entwickelt und in entsprechenden Beschlüssen des Vorstandes der Bundes-SGK dargelegt, welche Bereiche in diesen Sektoren als wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche anzusehen sind und unter welchen Bedingungen und in welcher Form die Aufgabenerfüllung künftig ausgestaltet werden sollte.

3.3 Länder

Parallel zu einer nationalstaatlichen Klärung des Grundverständnisses von öffentlicher Daseinsvorsorge ist das Spannungsverhältnis zwischen europäischen und nationalen Rahmenbedingungen aufzulösen. Die Gemeindeordnungen der Länder und die darin enthaltenen Bestimmungen, insbesondere zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, verschärfen dieses Spannungsverhältnis zusätzlich. Das EU-Prinzip der Neutralität der Rechtsform für die Aufgabenerfüllung, das isoliert betrachtet von der Bundes-SGK positiv bewertet wird, steht im Widerspruch zu manchen Festlegungen in den Gemeindeordnungen. Dies betrifft nicht nur die in einigen Gemeindeordnungen getroffenen Abgrenzungen zur wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Betätigung sondern auch die einseitige Festlegung auf die vorrangige Leistungserbringung durch Private und das strikte Festhalten am Territorialprinzip.

Die Bundes-SGK spricht sich daher dafür aus, dass auf der Grundlage einer nationalstaatlichen Definition dessen, was unter öffentlicher Daseinsvorsorge bei Berücksichtigung der Kriterien wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten zu verstehen ist, die Gemeindeordnungen dahingehend weiterentwickelt werden, dass tatsächlich die Kommunen über die Art der Leistungserbringung entscheiden können und für kommunale Unternehmen faire Wettbewerbsbedingungen gelten. Insbesondere ist das Territorialprinzip in den Bereichen aufzuheben, wo bereits die kommunalen Unternehmen im Wettbewerb stehen und die Wettbewerbsvorschriften der EU gelten.

4. Aufgabenerfüllung im Wettbewerb

Unter Wettbewerb wird einerseits der Wettbewerb entsprechend der EU-Binnenmarktregeln verstanden. Dabei muss jeweils nationalstaatlich umgesetzt werden, wie dieser Wettbewerb gestaltet werden soll. Der Bereich der Energieversorgung zeigt auf, dass die entsprechende EU-Binnenmarktrichtlinie von den EU-Mitgliedsstaaten unterschiedlich umgesetzt und der Übergang von Monopolstrukturen zu Wettbewerbsstrukturen jeweils anders gestaltet worden ist.

Zum anderen gibt es auch Wettbewerb in den sogenannten hoheitlichen bzw. nichtwirtschaftlichen Sektoren der öffentlichen Daseinsvorsorge. Dabei kann es sich sowohl um einen Ausschreibungswettbewerb als auch um einen „best-practice-Wettbewerb“ bis hin zum Bench-Marking zwischen Kommunen handeln. Die Ausgestaltung dieses Wettbewerbes sollte jedoch entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip ausschließlich den EU-Mitgliedsstaaten und in diesen wiederum weitestgehend den Kommunen überlassen sein. Diese sollten darüber entscheiden, in welcher konkreten Form und durch wen die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge erbracht werden.

Damit dieses möglich ist, sind die Länder aufgefordert, die Rahmenbedingungen des jeweiligen Gemeindefirtschaftsrechts dahingehend zu ändern, dass kommunalen Unternehmen im Wettbewerb keine benachteiligenden Beschränkungen auferlegt werden.

Die politisch vielfach kontrovers diskutierte Frage, ob öffentliche Unternehmen überhaupt den Daseinsvorsorgeauftrag erfüllen sollten, oder ob eine Erfüllung der Aufgaben durch private Unternehmen eine bessere Lösung darstellt, muss der jeweilige Aufgabenträger im Einzelfall entscheiden. Dazu ist es erforderlich, dass die Kommunen die (Qualitäts-)Standards für öffentliche Leistungen eindeutig definieren und auch festlegen, welche Leistungen besonderer Mittel bedürfen und wie hoch diese Mittel sein sollen.

5. Öffentliche Unternehmen auf dem Weg in den Wettbewerb

Unabhängig von einer Klärung der skizzierten offenen Fragen zur Bestimmung jener Bereiche der Daseinsvorsorge, die als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich angesehen werden sollen, werden sich die öffentlichen Unternehmen in vielen Bereichen mit zunehmendem Wettbewerb konfrontiert sehen. Entsprechend muss es Aufgabe der Kommunen sein, ihre kommunalen Unternehmen für den Wettbewerb fit zu machen und in den entstehenden Märkten zu positionieren. Die kommunalen Unternehmen sollten ihre Angebote weiter qualitativ verbessern und ihre Wirtschaftlichkeit erhöhen. Zudem sollten Zusammenschlüsse und Kooperationen mit anderen öffentlichen und/oder privaten Unternehmen dann angestrebt werden, wenn ihre Wettbewerbsfähigkeit nachhaltig gestärkt wird.

Die Bundes-SGK bekennt sich zu dem politischen Ziel, den Bürgerinnen und Bürgern eine möglichst hohe Dienstleistungsqualität kostengünstig anzubieten. Hierzu kann im Einzelfall ein besseres Ergebnis durch einen privaten Betreiber oder eine gemischtwirtschaftliche Lösung zu finden sein, als ein Beibehalten rein öffentlicher Trägerstrukturen. Weder die Ansicht, Private könnten alles besser, noch die Haltung, öffentlich sei gut und es könne alles beim Alten bleiben, sind zukunftsweisend.