

**Forderungen an die Verbesserung des europäischen Rechtsrahmens zur
Erbringung kommunaler Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge**

**Beschluss des Vorstandes der Bundes-SGK
vom 04. Mai 2007**

„Forderungen an die Verbesserung des europäischen Rechtsrahmens zur Erbringung kommunaler Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“

I. Vorbemerkung

Leistungen der Daseinsvorsorge zählen zum Kernbestand des deutschen Rechts- und Gesellschafts-systems. Sie werden traditionell von den Städten, Gemeinden und Kreisen erbracht. Dabei gibt es keinen feststehenden Katalog. Zu Leistungen der Daseinsvorsorge – im europäischen Sprachgebrauch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – zählen sowohl wirtschaftliche wie nichtwirtschaftliche Dienstleistungen. Für einige Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gibt es sektorale Regelungen der Europäischen Union. Allen ist gemeinsam, dass sie am Gemeinwohl orientiert sind. Sowohl die Allgemeinheit als auch der Staat haben also an ihrer Erbringung ein gesteigertes Interesse, das hinsichtlich des Staates auch in eine Pflicht münden kann, die Leistungserbringung zu gewährleisten. In Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge spricht man deshalb von Gemeinwohlverpflichtungen.

Die Kommunen sind insbesondere bei der Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die als wirtschaftlich gelten können, zunehmend mit Problemen konfrontiert. Nach dem EU-Vertrag unterliegt ihre Bereitstellung und organisatorische Abwicklung grundsätzlich den Vorschriften des Binnenmarkts, des Wettbewerbsrechts sowie der Beihilfenkontrolle, sofern sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Wann dies allerdings im Einzelnen der Fall ist, sagt der Gemeinschaftsvertrag nicht. Erbringung und organisatorische Abwicklung dieser Dienstleistungen sind nicht im Einzelnen geregelt. Daher war es in der Vergangenheit weitgehend der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorbehalten, auf der Grundlage von Einzelfällen die Voraussetzungen des EU-Vertrages für die Kommunen zu konkretisieren. Dies ist mit erheblichen Rechtsunsicherheiten für die kommunalen Entscheidungsträger verbunden. Vor Ort stellen sich die Fragen: Muss die Erbringung einer Dienstleistung ausgeschrieben werden oder nicht? Ist eine Zahlung für die Erbringung einer solchen Leistung eine Beihilfe oder nicht und wenn ja, muss diese genehmigt werden?

II. Welche Herausforderungen gibt es für die kommunale Daseinsvorsorge?

Aus kommunaler Sicht gibt es eine zentrale Fragestellung, an der sich letztlich der Erfolg sämtlicher europäischer Regelungen für die Erbringung kommunaler Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge messen lassen muss. Wie gelingt es, die traditionell in den Mitgliedsstaaten der EU bestehende Praxis zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in die Strukturen des europäischen Binnenmarktes zu integrieren und vorhandene Konflikte auszugleichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mitgliedsstaaten langjährig gewachsene, unterschiedliche Traditionen haben. Diese Traditionen lassen sich nur sehr unterschiedlich mit dem Binnenmarktmodell des EU-Vertrages vereinbaren, welches in besonderer Weise dem Wettbewerb verpflichtet ist. Wettbewerb an sich ist allerdings kein Selbstzweck! Er muss sich immer an konkreten Verbesserungen für die Adressaten der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge messen lassen. Daneben muss das europäische Wettbewerbsmodell auch die nationalen Rechtsrahmen der Mitgliedsstaaten beachten. Diese sind keinesfalls immer dann aufgehoben, wenn es um die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes geht. In den Mitgliedstaaten bestehen besondere Pflichten zur Erbringung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit. Diese sind in Deutschland durch die kommunale Selbstverwaltung und andere Gesetze, die die Organisation der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge betreffen, rechtlich abgesichert.

Aus dem Spannungsverhältnis zwischen den vorhandenen Verpflichtungen der kommunalen Daseinsvorsorge in Deutschland und dem europäischen Wettbewerbs- und Binnenmarktregelungen resultiert bei vielen Kommunen als Aufgabenträgern Rechtsunsicherheit. Um hier zu Klarstellungen und vermehrter Rechtssicherheit zu gelangen, fordert die Bundes-SGK dazu auf, folgende Punkte bei einer Verbesserung des europäischen Rechtsrahmens zur Erbringung von kommunalen Dienstleistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge zu berücksichtigen.

1. Liberalisierung mit Augenmaß

Die Liberalisierung einzelner Sektoren der Daseinsvorsorge muss immer eine Einzelfallentscheidung bleiben, wie auch die Erfahrungen mit den bereits liberalisierten Sektoren, wie z.B. Strom, Gas oder Telekommunikation, zeigen. Die Gemeinwohlverpflichtungen in den einzelnen Sektoren sind zu unterschiedlich, um ein Gemeinschaftskonzept als einheitliche Regelungsgrundlage zu entwickeln. Deshalb plädiert die Bundes-SGK für einen sektoralen gegenüber einem querschnittsorientierten Ansatz. Darüber hinaus sind auch die Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten oft zu groß, um selbst eine sektorale einheitliche europäische Regelung in einem Gemeinschaftskonzept zu suchen. So ist z.B. im Bereich der Wasserversorgung und der Abwasserentsorgung eine Liberalisierung auch wegen der großen Unterschiede in der Organisation dieser Aufgaben in den einzelnen Mitgliedsstaaten abzulehnen. Darüber hinaus erfordern die naturräumlichen Unterschiede hinsichtlich des Managements der Ressource Wasser allein aus ökologischer Sicht unterschiedliche Organisationsmodelle zur Sicherung dieser zentralen Aufgabe der Daseinsvorsorge.

2. Kommunen müssen Dienstleistungen selbst erbringen dürfen

Die Kommunen haben ein Recht auf Eigenerbringung von Dienstleistungen. Dies hat die EU-Kommission in ihren Mitteilungen zur Daseinsvorsorge genauso wie das Europäische Parlament in seinen Entschlüssen immer wieder betont. Städte, Gemeinden und Kreise können bei Wahrung bestimmter Voraussetzungen Leistungen der Daseinsvorsorge selbst oder durch eigene Unternehmen und ohne Ausschreibung bereitstellen. Zu verweisen ist auf die vom EuGH in der Rechtssache Altmark Trans aufgestellten Kriterien (Örtlichkeitsprinzip, Betrauung durch ein demokratisch legitimiertes Gremium) und auf das in 2005 veröffentlichte Monti-Paket der EU-Kommission.

Sowohl im Vergabe- als auch im Beihilferecht gilt es allerdings, mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge zu schaffen.

3. Klare Abgrenzungskriterien im Beihilfebereich schaffen

Im Beihilfebereich sind Regelungen erforderlich, die mehr Rechtsklarheit bei der Feststellung der Binnenmarktrelevanz (Welche Dienstleistungen beeinträchtigen den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten, bzw. welche nicht?) und der Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen schaffen.

Abgrenzung von binnenmarktrelevanten und nichtbinnenmarktrelevanten Dienstleistungen

Um mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Anwendungsreichweite der europäischen Wettbewerbsvorschriften zu erhalten, sollten u.a. folgende abstrakte Kriterien zur Beurteilung der Binnenmarktrelevanz der betreffenden Dienstleistungen gelten:

Eine Nichtbeeinträchtigung des Binnenmarktes sollte angenommen werden, wenn

- die wahrzunehmende Tätigkeit sich auf die Befriedigung öffentlicher Interessen der örtlichen Gemeinschaft richtet und insoweit eine lokale Aufgabe darstellt,
- die Tätigkeit auf die Örtlichkeit beschränkt ist,
- die Tätigkeit mehrheitlich den Bewohnern der Örtlichkeit zugute kommt,
- der spezifische Aufgabenbereich klar umschrieben ist.

Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen

Welche Dienstleistungen als wirtschaftlich und welche als nichtwirtschaftlich anzusehen sind, unterliegt dem gesellschaftlichen Wandel. Deshalb kann kein endgültiges Verzeichnis sämtlicher Dienstleistungen, die als nichtwirtschaftlich anzusehen sind, aufgestellt werden. Vor dem Hintergrund entsprechender EuGH-Urteile gelten hoheitliche Tätigkeiten, wie z.B. die Aufgabe der Wahrung der Inneren Sicherheit, die Justizverwaltung oder die Pflege diplomatischer Beziehungen, wie sie von der EU-Kommission in ihrer Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge aus dem Jahr 2000 genannt wurden, als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten.

Weitere Dienstleistungen auf dem sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Gebiet könnten ebenfalls als nichtwirtschaftlich angesehen werden, wenn u.a. folgende Kriterien zutreffen würden:

- Die Wahrnehmung der Aufgabe wird überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert und
- es besteht keine Gewinnerzielungsabsicht. Dieses liegt dann vor, wenn eine Gewinnentnahme, unverhältnismäßig hohe Vergütungen, der Einsatz von Überschüssen für andere öffentliche Zwecke ausgeschlossen werden können und davon auszugehen ist, dass die Dienstleistung auch im Falle fehlender unternehmerischer Rentabilität erbracht wird.

Um diesen abstrakten Kriterien die notwendige rechtliche Verbindlichkeit zu geben, sollten sie, vergleichbar mit dem so genannten Monti-Paket von 2005, als Inhalt einer Entscheidung der EU-Kommission zur Anwendung von Artikel 86 Absatz 3 festgehalten werden. Dabei wäre das Europäische Parlament in angemessener Weise an der Entscheidung zu beteiligen.

4. Vergaberecht muss Gestaltungsspielräume ermöglichen

Die europäischen Vergaberichtlinien müssen geändert werden, weil hier nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen. Dies betrifft insbesondere die Frage, wann bei der Organisation und Durchführung von Leistungen der Daseinsvorsorge die Regelungen des Vergaberechts Anwendung finden. Deshalb fordert die Bundes-SGK gemeinsam mit den kommunalen Spitzenverbänden seit langem eine europäische Regelung zur Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht, daneben aber auch Klarstellungen zu den Bereichen Inhouse-Vergabe und institutionelle Öffentlich-Private Partnerschaften. Zudem sprechen wir uns dagegen aus, Dienstleistungskonzessionen einem ausdrücklichen Vergabeverfahren zu unterwerfen.

Im Vergaberecht müssen die europäischen Wettbewerbs- und Binnenmarktregelungen die bestehenden Organisationsfreiheiten der Kommunen bei der Erbringung von Gemeinwohlverpflichtungen berücksichtigen. Organisationsentscheidungen der Kommunen, die zu effizienteren und kostengünstigeren Strukturen im Interesse der Bürger führen, dürfen nicht durch eine zu extensive Auslegung des Vergaberechts behindert werden. Insbesondere darf es keinen faktischen Zwang zur Privatisierung infolge überzogener Ausschreibungspflichten geben. Gerade die interkommunale Zusammenarbeit als rein verwaltungsinterne Aufgabenübertragung ist ein effizienter und bürgernahe Weg zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Sie stellt als verwaltungsinterne Aufgabenübertragung keine Beschaffung auf dem Markt dar. Daher muss eine Klarstellung innerhalb der europäischen Vergaberichtlinien dahingehend erfolgen, dass die interkommunale Zusammenarbeit insgesamt vom europäischen Vergaberecht freizustellen ist.

Im Rahmen ihrer Organisationshoheit muss es einer Kommune auch unter Geltung des europäischen Vergaberechts möglich sein, in Umsetzung der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung Auftragsvergaben an eine privat-rechtlich organisierte Eigengesellschaft ohne vorherige Ausschreibung zu tätigen (Inhouse-Geschäft). Weil der EuGH in seiner Rechtsprechung den EU-Vertrag so ausgelegt hat, dass der „Inhouse-Begriff“ nur auf rein kommunale Unternehmen angewandt werden kann und dadurch gemischtwirtschaftliche Unternehmen und institutionelle Öffentlich-Private Partnerschaften entgegen bisher üblicher Praxis von Inhouse-Geschäften ausgeschlossen werden, ist eine Änderung in den Vergaberichtlinien der EU vorzunehmen.

Dass eine solche Änderung nicht durch den EU-Vertrag ausgeschlossen ist, machen schon die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl im Verfahren gegen die Stadt Halle (Rechtssache C-26/03) vom 23. September 2004 deutlich.

Dieser Argumentation folgend sollte die Zurechnung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zur öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb eines öffentlichen Auftraggebers von der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen gemischtwirtschaftlichem Unternehmen und öffentlichem (Mit)Eigentümer abhängig gemacht werden. Erforderlich ist insoweit eine umfassende Kontrollmöglichkeit des öffentlichen Miteigentümers, die sich nicht nur auf strategische Unternehmensentscheidungen beschränkt, sondern auch Einzelentscheidungen der Geschäftsführung mit umfassen muss.

Damit würden hinreichend deutlich gemischtwirtschaftliche Unternehmen unter weitestgehender Kontrolle des öffentlichen (Mit)Eigentümers von solchen Partnerschaften unterschieden, in denen die öffentliche Hand die konkrete Unternehmensführung dem privaten Partner überlässt und sich in erster Linie auf eine Kapitalbeteiligung beschränkt.

Eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung auf Basis der geltenden Vergaberichtlinien birgt hingegen die Gefahr in sich, dass das wegen der Beteiligung privaten Know-Hows und Kapitals sinnvolle Instrument einer institutionellen Öffentlich-Privaten Partnerschaft aufgrund der vergaberrechtlichen Folgen künftig weniger als bisher genutzt werden wird.

5. Bürgernaher Festlegung von Gemeinwohlverpflichtungen vertrauen

Das von der Politik immer wieder geforderte hohe Qualitätsniveau von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge ist ein wichtiges Ziel. Dasselbe gilt für den Zugang breiter Bevölkerungsschichten zu den Dienstleistungen der Daseinsvorsorge sowie für deren Erschwinglichkeit. Dazu aber bedarf es keiner Regelungen im Rahmen des europäischen Wettbewerbs- und Binnenmarktmodells. Zugang, Qualität und Erschwinglichkeit von Leistungen der Daseinsvorsorge müssen im Rechts- und Gesellschaftssystem der einzelnen Mitgliedsstaaten verhandelt werden. Hier bestehen ganz unterschiedliche Traditionen und Ausprägungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten. In Deutschland gehören dazu beispielsweise das grundgesetzlich verbürgte Sozialstaatsprinzip, der Gleichbehandlungsgrundsatz, aber auch die kommunale Selbstverwaltung.

Dies wird von der europäischen Ebene auch anerkannt. Die Definition von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse liegt bei den Mitgliedsstaaten bzw. den zuständigen Gebietskörperschaften. Dazu gehört auch die Ausformung von Gemeinwohlverpflichtungen. Dafür gibt es einen guten Grund. Vor Ort kann am besten entschieden werden, welche konkreten Verpflichtungen im Interesse der Bürger erforderlich sind. Es kann immer nur eine Frage des Einzelfalls vor Ort sein, welches Ziel vorrangig verfolgt werden soll. Dazu gehört auch, dass die zuständige Behörde – d. h. in Deutschland in zahlreichen Fällen die Kommune – die Qualität von Leistungen der Daseinsvorsorge definiert und das Qualitätsniveau überwacht. Die Bürgerinnen und Bürger nehmen darauf durch ihre Teilnahme an den politischen Prozessen vor Ort entscheidenden Einfluss.