



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Technologie

DOKUMENTATION

“Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt

**Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundes-
ministerium für Wirtschaft und Technologie
vom 12. Januar 2002**

Nr.: 503

Stand: Februar 2002

Herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Referat Öffentlichkeitsarbeit -

ISSN 0342 - 9288 (BMWi-Dokumentation)

www.bmwi.de

Der Umwelt zuliebe gedruckt auf 100% Recyclingpapier

"Daseinsvorsorge" im europäischen Binnenmarkt

Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats
beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
vom 12. Januar 2002

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Anlass des Gutachtens	3
II. Die Praxis der Kommission	8
1. Erscheinungsformen	8
2. Beurteilungskriterien der Kommission	9
III. Kriterien für die Einordnung von Leistungen, die im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbracht werden	11
1. Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln	11
2. Die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag	12
3. „Offenkundige Fehler“	13
4. Wettbewerb im Markt und Wettbewerb um Märkte	14
IV. Beihilfen	17
V. Reziprozität	19
VI. Ergebnisse und Empfehlungen	19

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat sich in mehreren Sitzungen, zuletzt am 12. Januar 2002, mit dem Thema

„Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt

befasst und ist dabei zu der nachfolgenden Stellungnahme gelangt.

I. Anlass des Gutachtens

Der Europäische Rat hat auf seiner Konferenz in Nizza die Kommission und den Ministerrat aufgefordert, den europäischen Rechtsrahmen für die Leistungen der gemeinwirtschaftlich orientierten Dienste als Teil des europäischen Sozialmodells zu überprüfen. Dieser Bereich soll nicht auf die Unternehmen der traditionell staatlich regulierten Versorgungswirtschaft beschränkt sein. Es geht vielmehr um einen neuen, inhaltlich noch unbestimmten Rechtsrahmen für die Legitimation mitgliedstaatlich kontrollierter unternehmerischer Tätigkeiten. Der Europäische Rat hat nämlich erklärt, der Umfang der genannten Dienste dürfe nicht festgeschrieben werden, sondern müsse den raschen Entwicklungen im wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Umfeld Rechnung tragen. Es geht mithin um Zukunftsfragen der Integration.

In den Erklärungen der europäischen Institutionen und in der politischen Diskussion werden die Dienste, die gefördert oder privilegiert werden sollen, verschieden bezeichnet. In den deutschsprachigen Texten wird häufig von „Leistungen der Daseinsvorsorge“ gesprochen. Daneben finden sich Ausdrücke wie „öffentliche Dienste“, „gemeinwohlorientierte Dienste“ oder „gemeinwirtschaftliche Dienste“. Mit ihnen allen verbinden sich jedoch diffuse politische Werturteile, und keiner weist auch nur ein Mindestmaß an begrifflicher Schärfe auf. Es ist deshalb geboten, zwischen der Begrifflichkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts und den in den Mitgliedstaaten potentiell betroffenen Sachverhalten zu unterscheiden. Im Gemeinschaftsrecht gilt die im Mittelpunkt von Reformforderungen stehende Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV für „Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen“ (*services of general economic interest; services d'intérêt économique général*). Die für die Anwendung dieser Vorschrift in Betracht kommenden Sachverhalte werden in den Mitgliedstaaten verschieden bezeichnet, in Frankreich und anderen romanischen Staaten als „*services publics*“, in Deutschland in der schon genannten Weise. Der normative und politische Gehalt, der sich mit diesen Ausdrücken in den Mitgliedstaaten verbindet, ist für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht maßgeblich. Zu den Wirtschaftsbereichen, in denen Unternehmen tätig sind, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, gehören zum Beispiel Wasserwirtschaft, Post und Energie, Hafendienste, Abfallentsorgung, Luftverkehr oder Alterssicherung. Der Beirat bezeichnet in diesem Gutachten die gemeinschaftsrechtlich potentiell erheblichen Sach-

verhalte, wenn er nicht die etwas längliche Formulierung des Art. 86 EGV oder auch des Art. 16 EGV selbst verwendet, als „öffentliche Dienste“. Damit sollen Ausdrücke vermieden werden, die in problematischer Weise auf Sinnstiftung gegen die Disziplin des Wettbewerbs angelegt sind, wie es aus historischen Gründen vor allem für den Begriff der „Daseinsvorsorge“ zutrifft. Klarstellend ist hinzuzufügen, dass „öffentliche Dienste“ zu unterscheiden sind von „öffentlicher Dienst“ als dem Inbegriff aller vom Staat und von öffentlichen Körperschaften Beschäftigten.

Den von einigen Mitgliedstaaten, darunter von der Bundesrepublik, zur Diskussion gestellten Vorschlägen ist gemeinsam, dass sie eine weitgehende Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten für die Organisation und Finanzierung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fordern. Die angestrebte weitgehende Privilegierung staatlicher Monopole und Markteingriffe begründet die Gefahr, dass der offene Binnenmarkt im Namen des „territorialen und sozialen Zusammenhalts“ kurzfristigen protektionistischen Interessen der Mitgliedstaaten untergeordnet wird.

Offenheit des Binnenmarktes und unverfälschter Wettbewerb sind aber die Grundlagen für die Erfolge der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion. Indem das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten die Herrschaft über den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr entzieht, dient es dem gemeinsamen Interesse der Bürger in der Gemeinschaft an der Arbeitsteilung in einem größeren Markt, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit. Die Regierungen der Mitgliedstaaten sind jedoch immer weniger bereit, die daraus folgenden Einschränkungen der nationalen Souveränität hinzunehmen. Beklagt wird insbesondere ein vermeintliches Ungleichgewicht zwischen der Orientierung der Gemeinschaft an den Grundsätzen einer offenen Marktwirtschaft (Art. 4 Abs. 1 EGV) und den unter der Obhut der Staaten zu organisierenden „gemeinwirtschaftlichen Diensten“. Die dazu veranlassten Initiativen sind geeignet, die wirtschaftlichen Errungenschaften der Gemeinschaft zu gefährden und die gemeinschaftsrechtlichen Ordnungsprinzipien in einem zentralen Bereich zur Disposition der Mitgliedstaaten zu stellen.

Die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr war zwar „schrittweise“ zu verwirklichen (Art. 14 EGV). Gleichwohl handelt es sich nicht um eine Entwicklung, der durch den EG-Vertrag oder durch eine politische Entscheidung ein „Schlussstein“ gesetzt ist oder gesetzt werden kann. Zu den fortdauernden Aufgaben der Gemeinschaft (Art. 2 EGV) gehört eine Wirtschaftspolitik, welche die gemeinschaftsrechtlich zwingenden Regeln des Binnenmarkts und des Wettbewerbs beachtet und verwirklicht. Eine „offene Marktwirtschaft“ (Art. 4 Abs. 1 EGV) ist zukunftsfähig, weil sie wie kein anderes Wirtschaftssystem geeignet ist, den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt zu gewährleisten, und das auch unter weltwirtschaftlichen Bedingungen, die sich nationaler Regulierung weitgehend entziehen. Durch mitgliedstaatliche Abschirmung von Monopolpositionen oder anderweitige Privilegierung von Unternehmen mögen sich kurzfristige Vorteile für den Wirtschaftsstandort erzielen lassen. Die Kosten solcher Maßnahmen steigen mit der Intensität der Eingriffe in den Wettbewerb. Sie wirken sich im ganzen Binnenmarkt und damit zu Lasten der Verbraucher in allen Mitgliedstaaten aus.

Der Beirat verkennt nicht, dass es Leistungen gibt, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht oder nur unzulänglich erbracht werden. Wann ein solcher Fall vorliegt, ist aber überhaupt nicht leicht zu bestimmen, und keinesfalls genügt es, einer Leistung übergeordnete politische Werte zuzuschreiben, um sie der Disziplin der Märkte zu entziehen und der Kontrolle der Mitgliedstaaten zu unterstellen. Die im Binnenmarkt durch subjektive Rechte geschützten Handlungsfreiheiten der Bürger gehören ebenso zu

den „gemeinsamen Werten“ der Union (Art. 16 EGV) wie die Ansprüche der Bürger im Bereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Das Gemeinschaftsrecht sieht deshalb vor, solche Dienste so auszugestalten, dass die gebotenen Ausnahmen vom Binnenmarkt und vom Wettbewerb auf das zu diesem Zweck unerlässliche Maß beschränkt bleiben.

Der Beirat hat bereits 1953 davon gesprochen, die Integration Europas zu einem einheitlichen Wirtschaftsgebiet erfordere die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes. Additive Teilintegrationen einzelner Wirtschaftszweige seien damit ebenso unvereinbar wie kartellmäßige oder monopolistische Gebietsaufteilungen. Dieses Ziel ist in einem Prozess, der vom Gemeinsamen Markt zu binnenmarktähnlichen Verhältnissen und schließlich zu einem Wirtschaftsraum ohne Binnengrenzen geführt hat, im wesentlichen verwirklicht worden. Zu den Errungenschaften der gemeinsamen Wirtschaftsordnung gehört, dass es außerhalb der Landwirtschaft und des Verkehrs keine sektorspezifischen Ausnahmen gibt – auch nicht für den öffentlichen Sektor. Die Einordnung von öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten in den Binnenmarkt und das Wettbewerbssystem regelt Art. 86 EGV (Art. 90 alter Fassung). In den Verhandlungen, die zum Vertrag von Rom führten, wurde klar erkannt, mit welchen besonderen Interessenkonflikten zu rechnen ist, wenn die Mitgliedstaaten zugleich hoheitlich und unternehmerisch tätig sind, mithin zugleich Spieler und Schiedsrichter sind. Die Entscheidung über Art und Ausmaß des staatlichen oder gesellschaftlichen Eigentums an Produktionsmitteln gehört zur Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten. Sie wird vom EG-Vertrag nicht in Frage gestellt (Art. 295 EGV). Gleichwohl „gelten“ die Vorschriften des EG-Vertrages und insbesondere die Wettbewerbsregeln auch für öffentliche Unternehmen und für Unternehmen, denen Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Sind diese Unternehmen mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betraut, so kommt die Anwendung der Ausnahmevorschrift in Art. 86 Abs. 2 EGV in Betracht. Das Gemeinschaftsrecht tritt zurück, wenn seine Anwendung dazu führen würde, die Erfüllung der den genannten Unternehmen übertragenen Aufgaben zu verhindern.

Art. 86 Abs. 3 EGV begründet die Zuständigkeit der Kommission, Art. 86 soweit erforderlich durch Entscheidungen oder Richtlinien durchzusetzen. Diese Zuständigkeit ist unabhängig von Rat und Parlament. Sie ist nicht undemokratisch, sondern sie trägt den besonderen Schwierigkeiten Rechnung, das Gemeinschaftsrecht auch gegen die hoheitlichen **und** unternehmerischen Eigeninteressen und gegen den Widerstand der Mitgliedstaaten zu wahren. Mit Billigung des EuGH hat die Kommission auf dieser Grundlage die Liberalisierung der Telekommunikation mit großem Erfolg durchgesetzt.

Mehrere Mitgliedstaaten, darunter Frankreich und die Bundesrepublik, fordern jedoch weitgehende Gestaltungsfreiheiten in den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Es handelt sich um Forderungen, die ähnlich zuerst vom Europäischen Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) erhoben wurden. Obwohl es sich bei Art. 86 Abs. 2 EGV um eine potentiell weitreichende Ausnahme von der Geltung des Gemeinschaftsrechts zugunsten der Mitgliedstaaten und der dort genannten Unternehmen handelt, wird die Vorschrift als Eingriff in die mitgliedstaatlichen Souveränitäten in Frage gestellt. Die politische Diskussion hat sich von der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des

Gemeinschaftsrechts fortschreitend gelöst. Ganz im Vordergrund steht, wenn auch nicht in der Bundesrepublik, die Forderung nach einer Bereichsausnahme für die von den Mitgliedstaaten zu definierenden öffentlichen Dienste.

Die EG-Kommission hat versucht, diese Diskussion zu kanalisieren und dem Pathos der demokratisch legitimierten Souveränität terminologisch Rechnung zu tragen. In einer Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (Amtsblatt C 281 v. 26.9.1996, S. 3) bezeichnet sie die gemeinwohlorientierten Dienste als Ausdruck der „gemeinsamen Werte der Union“. Um den Forderungen nach Wiederherstellung der staatlichen Souveränität in diesen Bereichen zu begegnen, schlug die Kommission einen Kompromiss vor. Er führte im Vertrag von Maastricht zu dem neuen Art. 16 EGV. Die Vorschrift lautet:

„Unbeschadet der Artt. 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Über die Bedeutung dieser Vorschrift, die in den Teil des Vertrages aufgenommen wurde, der die Grundsätze der Integration festlegt, herrscht Streit. Teilweise wird in der Vorschrift bereits die Verwirklichung einer Bereichsausnahme gesehen. Dem steht jedoch der Wortlaut entgegen, wonach Art. 86 EGV und das grundsätzliche Verbot der Beihilfen in Art. 87 EGV unberührt bleiben.

In der Charta der Grundrechte der Europäischen Union werden die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Kapitel „Solidarität“ behandelt. Art. 36 lautet:

„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

Auf diesem Hintergrund schließt die Bundesregierung die Möglichkeit aus, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Gemeinschaftsebene zu regeln und fordert Autonomie in der Entscheidung über diese Dienste, ohne jedoch eine Änderung des EG-Vertrages zu verlangen (Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland zu den Arbeiten der EU-Kommission gemäß Ziffer E 45 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Nizza, Brüssel 20. September 2001). Die Beihilfeaufsicht der Kommission soll auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt sein. Die Maßstäbe für die Bestimmung eines Missbrauchs sollen den zuständigen staatlichen Stellen weitgehend freie Hand lassen.

Die französische Regierung hat im Anschluss an Art. 16 EGV ein umfassendes Konzept für die **nationale** Ausgestaltung der öffentlichen Dienste entwickelt (Memorandum Frankreichs zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten, Brüssel 20. September 2001). Teil dieses Konzeptes ist die Evaluierung der öffentlichen Dienste. Die EG-Kommission soll die Aufgabe haben, die nationalen Evaluierungsverfahren in den Mitgliedstaaten zu koordinieren. Im EG-Vertrag könne auch eine europäische „Beobachtungsstelle“ eingerichtet werden, die dem Austausch von Informationen dienen soll.

Der Versuch, dem Anspruch auf bestimmte öffentliche Dienste im Namen der „gemeinsamen Werte“ grundrechtsähnlichen Charakter zu verleihen, ist geeignet, den für die Gemeinschaft maßgeblichen Konflikt zu verdecken. Die weitgehende Freistellung der öffentlichen Dienste nach Art. 86 Abs. 2 EGV greift in die gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten subjektiven Rechte der Bürger auf ungehinderte Teilnahme am grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr zugunsten nationaler Interessen ein. Wenn man den gemeinwohlorientierten Diensten, wie es vorgeschlagen wird, die Gesamtheit der mittel- und langfristigen Ziele der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik zuordnet, dann handelt es sich um den Versuch, ein Gegengewicht gegen Marktöffnung und Wettbewerb zu normieren. Im Kern geht es in dieser Diskussion um den alten Gegensatz von Politik und Markt. Er äußert sich in der Gemeinschaft als Gegensatz von staatlicher Souveränität und vorrangiger Geltung des Gemeinschaftsrechts. Es wäre aber mit dem Grundgedanken der Gemeinschaft und den für Binnenmarkt- und Wettbewerbssystem geltenden Rechtsgrundsätzen unvereinbar, die Entscheidungen über Einrichtung und Ausgestaltung der öffentlichen Dienste allein den Regierungen der Mitgliedstaaten zu überlassen.

Der Vorschlag, der Kommission lediglich die Koordination der nationalen Evaluierungsverfahren zu übertragen und ihr die Kompetenzen nach Art. 86 Abs. 3 EGV zu entziehen, fügt sich in eine allgemeine Entwicklung zu verstärkter intergouvernementaler Zusammenarbeit ein. In Frage gestellt wird die Rolle der Kommission als einer gegenüber den Mitgliedstaaten selbständigen und unabhängigen Instanz zur Wahrung des Gemeinschaftsinteresses. Diese Kompetenz ist aber gerade bei Art. 86 EGV unerlässlich, weil anders das Eigeninteresse der Mitgliedstaaten, einzeln oder im Zusammenwirken, an den eigenen Monopolen und privilegierten Unternehmen der wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts entgegensteht. Dieser Befund wird nicht zuletzt durch die seit dem Vertrag von Maastricht geführte Diskussion über die Privilegierung der Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, bestätigt.

Die Frage der Zuständigkeit für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erweist sich als Teil der umfassenderen Diskussion über die zukünftige Verfassung Europas. Ohne auf diese Diskussion einzugehen, hält der Beirat die Bewahrung der im EG-Vertrag normierten Kompetenz der unabhängigen EG-Kommission zur Anwendung von Art. 86 EGV für unerlässlich, um auch hier das Gemeinschaftsrecht zur Geltung zu bringen.

II. Die Praxis der Kommission

Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte, des Gerichts 1. Instanz und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, soll Art. 86 Abs. 2 EGV als Ausnahmevorschrift den Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung tragen, bestimmte Unternehmen, insbesondere die des öffentlichen Sektors, als Instrumente ihrer Wirtschafts- und Finanzpolitik einzusetzen. Dieses Interesse muss jedoch unter der Aufsicht der Kommission mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Einheit des Binnenmarktes in Einklang gebracht werden. Auf Anforderung des europäischen Rates hat die EG-Kommission wiederholt die Prinzipien zusammengefasst, nach denen sie die Aufsicht über die öffentlichen Sektoren ausübt bzw. ausüben wird (Mitteilungen der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Brüssel 11.9.1996 [Mitteilung I]; ABl. C 17/4 v. 19.1.2001 [Mitteilung II]; Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, Brüssel 16.10.2001 [Mitteilung III]). In ihren Mitteilungen unterscheidet die Kommission zwischen den organisatorischen Erscheinungsformen der öffentlichen Dienste und den Grundsätzen für ihre Beurteilung.

1. Erscheinungsformen

Die Kommission hat die in der Kommissionspraxis und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aufgetretenen Erscheinungsformen der öffentlichen Dienste systematisiert. Ihnen ist gemeinsam, dass die Unternehmen zur Erbringung dieser Leistungen nach mitgliedstaatlichem Recht auch dann verpflichtet sein sollen, wenn es für sie nach der Marktlage nicht lohnend wäre. Die Kommission setzt voraus, dass alle im folgenden genannten Tatbestände im Grundsatz nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein können. Sie prüft nicht, ob zwischen diesen Tatbeständen nach der Intensität des Eingriffes in Binnenmarkt und Wettbewerb zu unterscheiden ist. Im einzelnen unterscheidet die Kommission die folgenden Tatbestände :

a. Offene Wettbewerbsmärkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen zu besonderen Dienstleistungen verpflichtet sind

Diese können für die besonderen Leistungen entschädigt werden. Als Mittel der Entschädigung kommt in Betracht ein Fonds, zu dem die anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen beitragen müssen, oder Subventionen aus dem Staatshaushalt. Die Finanzierung muss auf die Nettokosten der besonderen Leistungen begrenzt sein.

b. Durch ausschließliche Rechte geschlossene Märkte mit Wettbewerb um das Monopol

Die Monopolstellung wird ausgeschrieben, so dass über die Vergabe der Konzession auf der Grundlage konkurrierender Angebote entschieden werden kann. Eine Alleinstellung kann notwendig sein, weil auf dem betroffenen Markt nur ein Unternehmen existenzfähig ist (natürliches Monopol). Wird darüber nach einer Ausschreibung entschieden, so nimmt die Kommission an, dass es sich um eine grundsätzlich gemeinschaftskonforme Lösung handelt. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Beihilfevorschriften.

c. Durch ausschließliche Rechte geschlossene Märkte ohne Restwettbewerb

Hier entscheidet der Mitgliedstaat, wie die öffentliche Aufgabe zu finanzieren ist. Das geschieht in der Regel durch die vom Wettbewerb nicht begrenzte Preispolitik des Monopolisten. Eine Grenze folgt aus dem Verbot des Missbrauchs beherrschender Stellungen.

2. Beurteilungskriterien der Kommission

Die Kommission hebt zunächst hervor, dass Art. 86 Abs. 2 EGV nur anwendbar ist, wenn es sich um wirtschaftliche Aktivitäten handelt. Dies folgt schon daraus, dass Gegenstand der Regelung die Tätigkeiten der dort genannten Unternehmen oder die darauf bezüglichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind. Die Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, ob es sich um wirtschaftliche Aktivitäten handelt, stimmen mit der Abgrenzung des Unternehmensbegriffs für die Anwendung der Wettbewerbsregeln überein. Für die Beurteilung der öffentlichen Dienste nennt die Kommission die im folgenden zu erläuternden Prinzipien der Neutralität, der Gestaltungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit.

a. Das Prinzip der Neutralität verweist auf die Gleichstellung des privaten und öffentlichen Eigentums an Unternehmen. Es folgt aus Art. 295 EGV, wonach der Vertrag die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt. Die wichtige Rechtsfolge besteht darin, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet werden können, öffentliche Unternehmen zu privatisieren. Vom Eigentum an Sachen und Rechten zu unterscheiden sind jedoch „ausschließliche und besondere Rechte“, die durch staatlichen Hoheitsakt begründet werden. Der zugrundeliegende Hoheitsakt muss an den Maßstäben des Gemeinschaftsrechts gemessen werden, die für staatliche Eingriffe in den Binnenmarkt gelten. Für das Verhalten der privilegierten Unternehmen gelten die Wettbewerbsregeln (Art. 81, 82 EGV), werden die Unternehmen durch den Staat finanziert, so gelten dafür die Vorschriften über Beihilfen (Art. 87 EGV).

b. Das Prinzip der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten für die Definition der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entspricht einer gewandelten neuen Rechtsprechung des EuGH. Die Kommission will diese mitgliedstaatlichen Entscheidungen nur einer Kontrolle auf „offenkundige Fehler“ unterwerfen. Auch diese Prüfung setzt jedoch eine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit voraus. Und der Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 EGV lässt keinen Zweifel daran, dass im Grundsatz alle Vorschriften des Vertrages auch für die dort genannten Unternehmen und für die Mitgliedstaaten gelten.

Falls die Gemeinschaftsorgane darauf verzichten, den öffentlichen Diensten einen spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Inhalt zu geben, folgt daraus eine weitreichende Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten über Markt- und Unternehmensstrukturen. Daraus ergeben sich nach der Praxis der Kommission zwei gesondert zu behandelnde Fragestellungen. Einmal ist zu prüfen, welche ökonomischen Kriterien zur Verfügung stehen, um öffentliche Dienste im Anschluss an das zu bewältigende Marktversagen in möglicher Übereinstimmung mit den Zwecken von Binnenmarkt- und Wettbewerbssystem abzugrenzen. Zu prüfen ist ferner, welche Politik für einen Mitgliedstaat zweckmäßig ist, wenn in anderen Mitgliedstaaten monopolistische Strukturen aufrechterhalten, nur teilweise geöffnet oder neu geschaffen werden. Die Kommission sieht in der Wahl unterschiedlicher Mittel für ein und

dieselbe Leistung bei unterschiedlichen Rahmenbedingungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sogar ein „Effizienzmerkmal“. (Mitteilung II Nr. 13).

c. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. Sein Inhalt hängt von dem zu schützenden Rechtsgut und der dadurch definierten Zweck-Mittel-Relation ab. Für die Ausnahme in Art. 86 Abs. 2 EGV ist zu prüfen, ob die Geltung des Gemeinschaftsrechts die Erfüllung der besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Dazu gehört einmal die Prüfung, ob die staatlichen Maßnahmen zur Verwirklichung des staatlichen Zweckes geeignet und erforderlich sind. Davon zu unterscheiden ist jedoch der für Ausnahmen von Verkehrsfreiheiten und Wettbewerb geltende weitere Grundsatz, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen nur gerechtfertigt sind, soweit keine den Wettbewerb und den Binnenmarkt weniger einschränkende Mittel zur Erreichung des Zweckes in Betracht kommen.

Zu unterscheiden sind in der Rechtsprechung des EuGH insbesondere die Freiheitsphären, in die eingegriffen wird. Den Regelfall bilden in der Praxis der Gemeinschaftsorgane Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen durch Gemeinschaftsrecht, z.B. im Rahmen der landwirtschaftlichen Marktordnungen. Ein anderes Schutzgut ist jedoch betroffen, wenn es um die subjektiven Rechte der Gemeinschaftsbürger auf Beachtung der Verkehrsfreiheiten und der Wettbewerbsregeln geht. Hier geht der Eingriff vom mitgliedstaatlichen Recht aus. Zu prüfen ist, ob die den Dienstleistungsunternehmen übertragenen Aufgaben auch ohne Verstoß gegen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln oder mit weniger einschränkenden Mitteln erfüllt werden könnten. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip führt jedoch zu einem ganz anderen Ergebnis, wenn lediglich geprüft wird, ob die Einschränkungen bei gegebener mitgliedstaatlicher Normierung der Aufgabe weiter gehen, als es zu deren Erfüllung notwendig ist. In der Rechtsprechung und in der Praxis der Kommission zu Art. 86 Abs. 2 EGV steht aber diese Prüfung im Vordergrund. Eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung wird häufig schon dann angenommen, wenn das Gemeinschaftsrecht die mitgliedstaatliche Regulierung undurchführbar macht. Bei dieser Betrachtung werden ausschließliche oder besondere Rechte mit einer Bestandsgarantie versehen. In dem Memorandum Frankreich heißt es dazu:

„Im übrigen setzt die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben allgemein zur Sicherstellung der Finanzierung voraus, dass den mit diesen Aufgaben betrauten Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte übertragen werden.“

Rügt die Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren ausschließliche Rechte, wie sie es bei den Energiemonopolen in Frankreich, Italien und Holland getan hat, so trifft die Kommission die Beweislast, ob die betrauten Unternehmen bei alternativen Lösungen in der Lage wären,

„die im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen sie betraut sind, unter Beachtung aller Verpflichtungen und Beschränkungen zu erfüllen, die ihnen auferlegt sind und deren Legitimität und Legitimation die Kommission nicht bestreitet.“ (EuGH 23.10.1997, Sammlung der Entscheidungen 1997 I, 5819, Rn. 100)

Zu den privilegierten Aufgaben gehört bei Stromversorgungsunternehmen die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer im gesamten Konzessionsgebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen (Rn. 53).

Ob das Gemeinschaftsrecht die Erfüllung der einem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben „verhindert“, hängt nicht zuletzt von der Finanzierung ab. Im Falle von Versorgungsmonopolen nimmt der EuGH an, dass dem betrauten Unternehmen die Erfüllung seiner Aufgabe zu „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“ ermöglicht werden müsse. Die Grenze liegt nicht erst bei der Existenzgefährdung. Gehört zu der Gemeinwohlaufgabe die flächendeckende Versorgung mit Tarifeinheit im Raum, so kann damit auch die sogenannte Quersubventionierung innerhalb eines Versorgungsunternehmens gerechtfertigt werden.

III. Kriterien für die Einordnung von Leistungen, die im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbracht werden

1. Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln

Die Grundfreiheiten, die den Binnenmarkt konstituieren, entziehen den Mitgliedstaaten die Befugnis, in den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr aus wirtschaftlichen Gründen einzugreifen. Außer den vertraglichen gelten ungeschriebene Ausnahmen nur bei nichtdiskriminierenden Maßnahmen, überdies nur soweit sie aus zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden können und keine weitergehenden Beschränkungen enthalten, als es ihr Zweck erfordert (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Zu den zwingenden Erfordernissen werden gerechnet u. a. die wirksame steuerliche Kontrolle, der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz. Im Binnenmarkt sollen die Unternehmen instandgesetzt werden, ungehindert an dem durch offene Märkte möglichen Wettbewerb teilzunehmen. Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen und Kartellverbot sollen verhindern, dass die Unternehmen den möglichen Wettbewerb beschränken. Folgerichtig ist es den Mitgliedstaaten untersagt, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte verleihen, dem EG-Vertrag und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten (Art. 86 Abs. 1 EGV). Nur so ist gewährleistet, dass die Mitgliedstaaten gehindert sind, mit Hilfe öffentlicher Unternehmen oder durch die Begründung besonderer oder ausschließlicher Rechte den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr im nationalen Eigeninteresse unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Der Binnenmarkt stünde zur Disposition der Mitgliedstaaten, wenn es ihnen gestattet wäre, mit Hilfe privilegierter Unternehmen die Zwecke zu verfolgen und die Wirkungen zu erzielen, die ihnen untersagt sind, wenn sie mit Hilfe wirtschaftsbezogener Regulierungen verfolgt werden.

Eine nach der Rechtsprechung eng auszulegende Ausnahme von diesen Grundsätzen enthält Art. 86 Abs. 2 EGV. Nur unter den dort genannten Voraussetzungen können die Mitgliedstaaten bestimmte Unternehmen als Instrumente ihrer Wirtschafts- oder Finanzpolitik benutzen. Auch diese Befugnis steht unter dem Vorbehalt, dass sie nur im Einklang mit der „Einheit des Marktes“ ausgeübt werden darf. Mit diesem von den Europäischen Gerichten in ständiger Rechtsprechung betonten Grundsatz wäre es unvereinbar, die öffentlichen Sektoren der Geltung des Gemeinschaftsrechts so weitgehend zu entziehen, wie es von einigen Mitgliedstaaten gefordert wird. Daraus folgen aber auch Grenzen für die von der Kommission betonte „Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten“.

2. Die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

In der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte hat sich die Funktion von Art. 86 Abs. 2 EGV verfahrensrechtlich und materiellrechtlich verändert. Während die Rechtsprechung die Vorschrift ursprünglich als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auslegte, nimmt sie jetzt an, dass es sich um eine Legalausnahme handelt. Diese Veränderung folgt aus den Zuständigkeitsregeln, die für die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV (früher Art. 90 Abs. 2) gelten. Zunächst nahm der EuGH an, Art. 86 Abs. 2 EGV könne nur von der EG-Kommission unter den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 3 EGV angewendet werden. Der unbestimmte, wirtschaftspolitische Ermessen voraussetzende Inhalt der Vorschrift stehe ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit vor den mitgliedstaatlichen Gerichten entgegen. Im Jahre 1989 entschied der EuGH, bei Untätigkeit der Kommission seien die mitgliedstaatlichen Gerichte berufen, die Ausnahme in eigener Zuständigkeit anzuwenden. Diese Rechtsprechung beeinflusste mittelbar die materiellrechtliche Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV. Maßgebliches Gewicht erhielten jetzt die Kriterien, die der Anwendung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte zugänglich sind. Dazu gehört die Prüfung, ob die Unternehmen durch Hoheitsakt mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, welche Pflichten im einzelnen nach mitgliedstaatlichem Recht zur Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe gehören, ob sie eindeutig und transparent normiert sind und ob die Anwendung des Gemeinschaftsrechts der Erfüllung der so definierten besonderen Aufgabe entgegensteht. Die Prüfung, ob es sich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, wird im Ergebnis an das mitgliedstaatliche Recht verwiesen. Diese Voraussetzung ist immer schon dann erfüllt, wenn die Unternehmen verpflichtet sein sollen, ihre Leistungen auch dann zu erbringen, wenn es für sie nach Marktlage nicht lohnend wäre. Weitere Kriterien, die es gestatten, den Inhalt des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses gemeinschaftsrechtlich näher zu bestimmen und so eine gleichmäßige Anwendung der Ausnahmenvorschrift in den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, konnten sich in der Rechtsprechung nicht durchsetzen.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts muss derjenige, der sich auf eine Ausnahmenvorschrift beruft, vortragen und beweisen, dass ihre Voraussetzungen vorliegen. Im Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV lässt es die Rechtsprechung bei Art. 86 Abs. 2 EGV häufig genügen, wenn der Nachweis geführt wird, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit der mitgliedstaatlichen Regulierung unvereinbar ist. Die weitere Prüfung, ob sich der Zweck der mitgliedstaatlichen Regulierung auch bei einer Binnenmarkt und Wettbewerb weniger beeinträchtigenden Regelung erreichen ließe, findet dagegen selten statt. Eine Erklärung für diesen Stand der

Rechtsprechung folgt daraus, dass sich der EuGH im Vorlageverfahren nur zu den Fragen äußert, die ihm von den mitgliedstaatlichen Gerichten gestellt werden.

In einem Vertragsverletzungsverfahren hat die Kommission die Rechtmäßigkeit der nationalen Einfuhr- und Ausfuhrmonopole in der Energiewirtschaft in Frankreich, den Niederlanden und in Italien angegriffen. Die betroffenen Mitgliedstaaten nahmen demgegenüber die Ausnahmevorschrift von Art. 86 Abs. 2 EGV in Anspruch. Nach diesen Urteilen genügen die Mitgliedstaaten ihrer Beweislast, wenn sie dartun, dass die Unwirksamkeit der Ausschließlichkeitsrechte mit der mitgliedstaatlichen Ordnung der Energiemärkte unvereinbar sein würde. Es sei dann Sache der Kommission, zu beweisen, dass die Zwecke der mitgliedstaatlichen Politik auf andere, Binnenmarkt und Wettbewerb weniger beeinträchtigende Weise erreicht werden könnten. Die Kommission hat von dieser Aufforderung des EuGH keinen Gebrauch gemacht. Auf diesem Hintergrund ist die Feststellung der Kommission zu sehen, dass den Mitgliedstaaten in der Definition der gemeinwirtschaftlichen Dienste weitgehende Gestaltungsfreiheit zur Verfügung stehe.

3. „Offenkundige Fehler“

Die Kommission will ihre Zuständigkeit auf die Kontrolle „offenkundiger Fehler“ beschränken (Mitteilung II Nr. 22), den Mitgliedstaaten im übrigen aber freie Hand lassen, ob ausschließliche Rechte notwendig sind, um die besonderen Aufgaben zu erfüllen, und wie diese Aufgaben zu erfüllen sind. Die Rechtsprechung des EuGH begründet Zweifel, ob die Kommission damit ihr gemeinschaftsrechtliches Mandat zutreffend auslegt. Die Rechtsprechung hat zwar entschieden, dass die unmittelbare Anwendung der Verkehrsfreiheiten auf ausschließliche Rechte ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen der Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegen. Aber sie hat gleichzeitig und nachdrücklich auf das in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV enthaltene Mandat der Kommission hingewiesen, das Interesse der Gemeinschaft an einem nicht beeinträchtigten Handelsverkehr zur Geltung zu bringen. Unberührt bleibt auch die Pflicht und die Möglichkeit der Kommission, die Instrumente des Art. 86 Abs. 3 EGV zu verwenden, um zu gewährleisten, dass nationale Regulierungen keine weitergehenden Eingriffe in Binnenmarkt und Wettbewerb zur Folge haben, als es für die Verwirklichung ihres Zweckes unerlässlich ist.

Jedenfalls darf im Gemeinschaftsinteresse die Zuständigkeit der Kommission nicht in Frage gestellt werden, die Entscheidungen der Mitgliedstaaten über gemeinwirtschaftliche Dienste auf „offenkundige Fehler“ zu überprüfen. Diese Missbrauchsgeneigten Fälle verweisen auf die fortbestehende Notwendigkeit, den Inhalt der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemeinschaftsrechtlich abzugrenzen. Ein erster Anhaltspunkt folgt aus dem Gegensatz von allgemeinen und individuellen Interessen. Die gesetzliche Verpflichtung von Unternehmen, bestimmte Dienstleistungen zu erbringen, ist für sich allein keine Garantie, dass damit „allgemeine Interessen“ wahrgenommen werden. Mit Hilfe öffentlich-rechtlich privilegierter Unternehmen können vielmehr auch organisatorische Individualinteressen wahrgenommen werden. Ein Beispiel bietet ein gesetzliches Monopol für Dienstleistungen in einem Hafen, die technisch oder kommerziell überholt sind, deshalb auch nicht mehr erbracht werden, aber immer noch gebührenpflichtig sind. Ein weiteres Beispiel folgt aus der Geltung eines ausschließlichen Rechts für Tätigkeiten, die das Monopolunternehmen nicht erbringen kann oder nicht erbringen will. So galt das Arbeitsvermittlungsmonopol der Deutschen Bundesanstalt für

Arbeit für die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft, obwohl die Bundesanstalt auf diesen Märkten niemals tätig wurde. Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse liegt schließlich dann nicht vor, wenn die Erfahrung zeigt, dass die Leistungen, die einem Unternehmen vorbehalten sind, auf anderen, geographisch getrennten Märkten in gleicher Qualität im Wettbewerb erbracht werden. Ein wichtiges Beispiel sind die Telekommunikationsendgeräte, die in mehreren Mitgliedstaaten durch das Fernmeldemonopol gerechtfertigt werden sollten.

Ein allgemein wichtiges und relevantes Kriterium für die Auslegung des Inhalts der Dienstleistungen, an denen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, ist ihr Bezug auf den unmittelbaren Schutz von Verbraucherinteressen. Sie sind allgemein relevant, wenn es sich um Leistungen handelt, die sich auf dem Markt durchgesetzt haben, für die es keine Substitute gibt und bei denen ein Konsumverzicht unzumutbar ist. Das trifft hauptsächlich für die Leistungen der Versorgungswirtschaft zu (Wasser, Elektrizität, Gas), wo steigende Skalenerträge zu Monopolen und einer flächendeckenden Versorgung geführt haben. Hier ist die Gewährleistung einer dauernden Versorgung zu erschwinglichen Preisen insbesondere beim Übergang zum Wettbewerb gerechtfertigt.

4. Wettbewerb im Markt und Wettbewerb um Märkte

Die skizzierte Rechtsentwicklung, mehr noch die politische Entwicklung, verweisen auf die Bedeutung, die einem konsistenten, von der Kommission zu entwickelnden Konzept für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zukommt. Die von der Kommission gleichberechtigt dargestellten Organisationsformen für öffentliche Dienste führen zu verschiedenen schweren Eingriffen in Binnenmarkt und Wettbewerb. Es ist deshalb geboten, sie im Hinblick auf den geringsten Eingriff in den Wettbewerb zu gewichten.

a) Das Universaldienstmodell ist von der Kommission als Begleiterscheinung zur Liberalisierung der Telekommunikation im Übergang vom Monopol zum Wettbewerb entwickelt worden. Die Aufhebung des Monopols, der damit verbundene Zugang neuer Unternehmen zum Markt und die vom Wettbewerb oder von der Regulierung erzwungene Kostenorientierung der Tarife können dazu führen, dass Teilmärkte mit verschiedenen Preisniveaus entstehen, weil im Wettbewerb die mit dem geringsten Aufwand erreichbaren Märkte vorrangig erschlossen werden. Der Universaldienst soll sicherstellen, dass gleichwohl alle Nutzer ständigen Zugang zu den etablierten Dienstleistungen haben. Er wird definiert als ein Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität, das allen Nutzern und Verbrauchern gemessen an den landesspezifischen Bedingungen zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht (Mitteilung II Nr. 39). Ist der Universaldienst zu erschwinglichen Preisen nicht kostendeckend möglich, so sind ein oder mehrere Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrauen. Für die Betrauung schlägt die Kommission ein effizientes, objektives und transparentes Zuweisungsverfahren vor. Dazu können öffentliche Ausschreibungen und Versteigerungen gehören, um zu gewährleisten, dass der Universaldienst auf kostengünstige Weise erbracht wird, und um die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen zu ermitteln (Vorschlag Nutzerrechte-Richtlinie vom 12.7.2000, KOM 2000, 392, Rn. 10 der Erwägungsgründe). Dieses Konzept ist zwar durch eine Richtlinie entwickelt worden, es bietet nach der Überzeugung des Beirats jedoch eine Grundlage auch für die

Auslegung des zentralen Begriffs der „Dienstleistungen vom allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Art. 86 Abs. 2 EGV.

b) Begründet ein Staat besondere oder ausschließliche Rechte, so soll der Wettbewerb im Markt durch einen Wettbewerb um den Markt ersetzt werden. Im Wege der Ausschreibung wird ermittelt, welches Unternehmen in der Lage ist, den Gemeinwohlauftrag am günstigsten zu erfüllen. In einer Mitteilung vom 29.4.2000 (ABl. 2000 Nr. C 121/2) zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht hat die Kommission die für die Vergabe von Konzessionen geltenden Grundsätze im Anschluss an das Allgemeine Vergaberecht zusammengefasst. Diese Grundsätze sollen auch für die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV gelten. Das Vergabeverfahren soll den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, insbesondere der Gleichberechtigung von öffentlichen und privaten Unternehmen, dem Grundsatz der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordere, Wettbewerb und finanzielle Ausgewogenheit in Einklang zu bringen. Die Laufzeit der Konzession sei daher so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt werde, wie es erforderlich sei, um die Amortisierung der Investition und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Hierbei sei jedoch das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär beizubehalten (ebenda, Tz. 3.1.1). Auf diese Weise kann den Unterschieden Rechnung getragen werden, die aus der Art des eingesetzten Kapitals folgen. Handelt es sich um Leistungen, die mit mobilem Kapital erbracht werden, das am Ende des Vertrages leicht anderweit einzusetzen ist, so kann die Vertragsdauer vergleichsweise kurz sein. Entsprechend wirksamer ist der Wettbewerbsdruck. Sind für die zu erbringenden Leistungen feste, nicht rückholbare Investitionen notwendig („sunk costs“), so muss die Vertragsdauer notwendig länger und die ergänzende Regulierung strenger sein. In Betracht kommt ferner, Anlageinvestitionen und Betrieb zu trennen. Der Staat stellt in diesem Fall die Anlage zur Verfügung, vergibt aber den Betrieb an ein im Wege der Ausschreibung ermitteltes Unternehmen.

Bei bestehenden, ohne Ausschreibung begründeten besonderen ausschließlichen Rechten beschränkt sich die Aufsicht der Kommission auf die angemessene Finanzierung des Gemeinwohlauftrags.

Der Wettbewerb um den Markt oder um die günstigste Finanzierung einer Gemeinwohlaufgabe ist ein nur unvollkommener Ersatz für den Wettbewerb im Markt. Art und Qualität der Leistung werden vom Staat vorgegeben und nicht aufgrund von Angebot und Nachfrage ermittelt. Anhand des Vergabeverfahrens lässt sich nicht entscheiden, ob der Handelsverkehr in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft an offenen Märkten und Wettbewerb zuwiderläuft. Die Frage, ob eine Leistung besser über den Markt oder mit den Wettbewerb geringer beeinträchtigenden Mitteln erbracht werden kann, lässt sich nur in Auseinandersetzung mit der Eigenart der zu erbringenden Leistung, der Struktur der Märkte und den Zielen mitgliedstaatlicher Regulierung beantworten. Es ist die Aufgabe der Kommission, anhand des auf den Binnenmarkt bezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzips zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse der Gemeinschaft an gemeinwohlorientierten Leistungen über den Markt, durch Universaldienste von Unternehmen in Wettbewerbsmärkten oder nur von Unternehmen erbracht werden können, denen ausschließliche oder besondere Rechte aufgrund einer Ausschreibung eingeräumt werden.

Diese vom Gemeinschaftsrecht geforderte Prüfung ist besonders wichtig, weil sie auf der Ebene der Mitgliedstaaten in der Regel nicht durchgeführt wird. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Eigeninteresse der öffentlichen Hände sich bei eigenwirtschaftlicher Tätigkeit häufig an den dadurch erzielbaren zusätzlichen Finanzmitteln, den Möglichkeiten politischer Patronage, der Erhaltung oder Schaffung an sich nicht wettbewerbsfähiger Arbeitsplätze, ganz allgemein an dem industriepolitisch motivierten Einfluss auf ökonomische Entwicklungen orientiert. Daraus erklärt sich nicht zuletzt die bevorzugte Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge durch Quersubvention. Zu diesem Zweck werden ausschließliche Rechte für gewinnbringende Leistungen mit der Verpflichtung zur Bedienung defizitärer Märkte verbunden. Diese Bündelvergabe ist besonders häufig im kommunalen Querverbund anzutreffen, z. B. bei der Verbindung von Stromversorgung und Nahverkehr. Der entsprechende Zusammenhang besteht, wenn Monopole aufrechterhalten werden, z. B. für Briefpost, um dadurch defizitäre Leistungen eines Universaldienstes zu finanzieren. Das Monopol verhindert den Zugang von Wettbewerbern zum Markt. Ohne Wettbewerb fehlt es aber an den Informationen, die notwendig sind, um Leistungen und Kosten der für notwendig gehaltenen, unter Wettbewerbsbedingungen nicht erbrachten Universaldienstleistungen zu ermitteln.

IV. Beihilfen

Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte hat zu einem neuen, besonders umstrittenen Anwendungsfall von Art. 86 Abs. 2 geführt. Er folgt daraus, dass die finanziellen staatlichen Leistungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, als Beihilfen im Sinne von Art. 87 EGV zu qualifizieren sind (EuG 27.2.1997, Sammlung 1997 II, 299 – *FFSA*; bestätigt EuGH 25.3.1998, Sammlung 1998 I, 1303; übereinstimmend im Ergebnis EuGH 22.11.2001, Rechtssache 253/00 – „*ACOSS*“). Nach der zitierten Rechtsprechung liegt eine gerechtfertigte Beihilfe vor, wenn sie nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgaben entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Die Beurteilung der Erforderlichkeit der Beihilfe setzt eine globale Bewertung der wirtschaftlichen Bedingungen voraus, unter denen das betreffende Unternehmen seine Tätigkeiten auf dem ihm vorbehaltenen Sektor ausübt; dabei sind Vorteile, die es unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offenstehen, nicht zu berücksichtigen, das heißt, sie müssen nicht zur Finanzierung des öffentlichen Auftrags eingesetzt werden (EuG, Rn. 178). Andererseits sind Quersubventionen zugunsten von Wettbewerbsbereichen unzulässig.

Ob der finanzielle Ausgleich den Wert der im allgemeinen Interesse erbrachten Zusatzleistung übersteigt, wird auf der Grundlage der Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen kontrolliert (ABl. L 195 v. 29.7.1980, S. 35 in der Fassung der Richtlinie 2000/52 EG v. 26.7.2000, ABl. L 193 v. 29.7.2000, S. 75).

Die genannte Rechtsprechung führt zu einem potentiell sehr weiten, im einzelnen jedoch ungewissen Anwendungsbereich der Beihilfenvorschriften. Das wiegt umso schwerer, als Beihilfen oberhalb bestimmter Schwellenwerte bei der Kommission zu notifizieren sind. Andernfalls dürfen Beihilfen nicht gewährt werden.

Die Bundesregierung weist in ihrer Stellungnahme zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Nizza vom 20.9.2001 darauf hin, dass sie nur zu der wettbewerbs- und beihilferechtlichen Frage, nicht aber zu den Fragen der Marktöffnung im Monopolbereich Stellung nehmen wolle. Sie fordert verbindliche Maßstäbe, um die im Sinne des EG-Vertrages „wirtschaftlichen“ von den „nicht-wirtschaftlichen“ Tätigkeiten verlässlich abgrenzen zu können. Dabei sei insbesondere zu erläutern, welche Bedeutung den Kriterien der Gewinnerzielungsabsicht zukomme.

Nach der ständigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte liegt eine unternehmerische und damit eine wirtschaftliche Tätigkeit bei jeder Teilnahme am Wirtschaftsverkehr vor. Auf die Organisation und die Absicht der Gewinnerzielung kommt es nicht an. Dieser Grundsatz ist für das europäische Recht schon deshalb unerlässlich, weil Wettbewerbsbeziehungen, auch grenzüberschreitende

Wettbewerbsbeziehungen, unabhängig davon entstehen können, ob die beteiligten Unternehmen mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln. Auch Zweckbindungen der betrauten Träger, etwa das Verbot der Gewinnentnahme, können die Entstehung von Wettbewerbsbeziehungen nicht verhindern. Im Gegenteil sind Wettbewerbskonflikte auf den Märkten besonders häufig und hart, auf denen private und öffentliche oder gemeinnützige Unternehmen konkurrieren. Zu berücksichtigen ist ferner, dass über den Charakter staatlicher Beihilfen nicht ihr Zweck, sondern ihre Wirkung entscheidet. Da die Verhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten ganz verschieden sind, ist es kaum möglich, jedenfalls nicht zu empfehlen, eine Liste der Tätigkeiten zu erstellen, die mangels wirtschaftlichen Charakters von der Beihilfenkontrolle nicht erfasst werden sollen. Im Grundsatz ist eine wirtschaftliche Tätigkeit nur ausgeschlossen, soweit es sich um staatliche Tätigkeiten handelt, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 45 EGV).

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung lässt sich bei staatlichen Kompensationsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht ausschließen, dass sie den Wettbewerb verfälschen. Die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit mit anderen Marktteilnehmern durch staatliche Leistungen ist vielmehr ein wichtiger Fall der Wettbewerbsverfälschung.

Das Prinzip der Gestaltungsfreiheit ist entgegen der Auffassung der Bundesregierung nicht geeignet, die Möglichkeit auszuschließen, Leistungen der Daseinsvorsorge auf europäischer Ebene zu regeln. Wenn die Kommission (Mitteilung II, Nr. 64) diese Möglichkeit erwägt, dann trägt sie damit der von allen Seiten betonten Bedeutung dieser Leistungen für das „europäische Modell“ Rechnung. Es kann schwerlich der Sinn der „allgemeinen Werte“ in Art. 16 EGV sein, Entwicklungen in Richtung auf europäische Lösungen zu versperren. Das bereits verwirklichte Modell der Universaldienste in der Telekommunikation ist ein Beispiel für europäische Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Die Forderung, in Ausschreibungsfällen von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abzusehen, ist wegen des bereits hervorgehobenen Unterschieds von Wettbewerb im Markt und Wettbewerb um den Markt mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Das Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von Konzessionen schließt eine wettbewerbswidrige Beihilfepraxis nicht aus.

Der Vorschlag, die Beihilfenvorschriften unangewendet zu lassen, soweit eine spezielle gemeinschaftsrechtliche Regelung für die Marktöffnung gilt, ist mit dem Vorrang des primären vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht unvereinbar.

Die Bundesregierung erkennt zwar den Grundsatz an, dass die Anwendung der Beihilfenvorschriften geboten ist, um die Zufuhr staatlicher Mittel auf den Betrag zu begrenzen, der dem Ausgleich der Mehrkosten dient, die einem betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der übertragenen Aufgabe entstehen. Das soll aber dann nicht gelten, wenn dem betrauten Unternehmen dadurch kein Marktvorteil gegenüber einem potentiellen oder tatsächlichen Erbringer vergleichbarer Leistungen auf dem geographisch relevanten Markt entsteht. Eine solche Feststellung ist jedoch im Verhältnis zu einem potentiellen Wettbewerber faktisch ausgeschlossen. Haben die staatlichen Leistungen, welche die

Mehrkosten überwiegen, keine Wettbewerbswirkung, dann handelt es sich um betriebliche Ineffizienz. Sie sollte offengelegt und beseitigt, nicht aber privilegiert werden.

V. Reziprozität

Im traditionellen internationalen Wettbewerbsrecht ist das Prinzip der Gegenseitigkeit (Reziprozität) ein Mittel, um Vertragspartner zur Erfüllung ihrer Pflichten zu nötigen. Gemeint ist die Befugnis von Staaten, ihre vertraglichen Pflichten nicht zu erfüllen, solange ein Partner seinerseits vertragswidrig handelt. Reicht die Aussicht auf den Verlust von Handelsvorteilen oder auf kompensierende Gegenmaßnahmen nicht aus, vertragsgemäßes Handeln herbeizuführen, so bleibt es bei der gegenseitigen, an sich mißbilligten Beschränkung des Handelsverkehrs bzw. der Niederlassungsfreiheit. Ein solches Verfahren ist jedoch mit den Grundsätzen des Binnenmarktes unvereinbar. Verstößt ein Mitgliedstaat gegen die Regeln des Binnenmarktes, so berechtigt dies andere Mitgliedstaaten nicht, ihrerseits die Grundfreiheiten einzuschränken. Die Rechtsordnung des Binnenmarktes verdrängt die Sanktion von Vertragsverstößen im Wege abwehrender Selbsthilfen. Die staatbezogene Gegenseitigkeit ist insbesondere mit den subjektiven Rechten der Bürger auf ungehinderte Teilnahme am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr und mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit unvereinbar. Das gilt auch dann, wenn der primäre Rechtsverstoß von dem Mitgliedstaat ausgeht, dessen Bürger von den Freiheitsrechten des Vertrages gegenüber einem anderen Mitgliedstaat Gebrauch machen.

Gleichwohl gewinnt die Interessenlage, die im internationalen Wirtschaftsverkehre zur Reziprozität führt, im Binnenmarkt faktische und politische Bedeutung, wenn Staatsmonopole für bestimmte Leistungen in einzelnen Mitgliedstaaten aufrecht erhalten werden, während andere Mitgliedstaaten diese Märkte öffnen. Aus der Ungleichheit der Entwicklung können einzelne Wettbewerbsnachteile in den Mitgliedstaaten mit offenen Märkten entstehen. Auch hier müssen jedoch die Vorteile, die beim Verbraucher durch eine rasche Marktöffnung entstehen, in Betracht gezogen werden. Die Abhilfe sollte darin bestehen, die Marktöffnung auf Gemeinschaftsebene durchzusetzen.

VI. Ergebnisse und Empfehlungen

1. Der Beirat empfiehlt, jeder Änderung des EG-Vertrages entgegenzutreten, die dazu führen würde, die Begründung, die Organisation, die Finanzierung oder das Marktverhalten von Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, der Geltung des Gemeinschaftsrechts und der Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane weitgehend zu entziehen. Das Gleiche gilt für Richtlinien oder Verordnungen, die zu diesem Ergebnis führen würden.

2. Die Kompetenz der EG-Kommission, das Gemeinschaftsrecht auf öffentliche Unternehmen, auf Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten und auf Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, nach Art. 86 Abs. 3 EGV in eigener Zuständigkeit

anzuwenden, sollte erhalten bleiben und ihre Ausübung von der Bundesregierung politisch unterstützt werden.

3. Die EG-Kommission sollte sich in der Ausübung ihrer Kompetenzen nicht auf die Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV beschränken, ob der Handelsverkehr in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Die grundsätzliche Bindung der Unternehmen des Art. 86 Abs. 2 EGV an Binnenmarkt und Wettbewerbssystem fordert vielmehr eine Praxis, die Art. 86 Abs. 2 EGV in allen Mitgliedstaaten gleichmäßig und mit gleicher Wirksamkeit anwendet.

4. Übergreifender Maßstab für die Ausübung der Gemeinschaftskompetenzen sollte das an den Normen des Binnenmarktes und des Wettbewerbssystems orientierte Verhältnismäßigkeitsprinzip sein. Die Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht zugunsten von Unternehmen, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, sind nur gerechtfertigt, wenn und soweit die Verstöße gegen Binnenmarkt und Wettbewerbssystem nicht weiter gehen, als es für die Zwecke der mitgliedstaatlichen Regulierung unerlässlich ist.

5. Es besteht ein dringendes öffentliches Interesse, die in der Telekommunikation mit großem Erfolg betriebene Gemeinschaftspolitik zur Auflösung von Staatsmonopolen auf anderen Märkten mit gleicher Entschlossenheit und Wirksamkeit fortzusetzen.

6. Das für die Telekommunikation entwickelte Modell des Universaldienstes beim Übergang vom Monopol zum Wettbewerb eignet sich als Orientierung für eine gemeinschaftsweite Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

7. Die von der Bundesregierung erwogenen oder geforderten Änderungen des Beihilferechts sind teilweise mit gefestigten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar. Diese Initiativen sollten nicht weiter verfolgt werden.

8. Der Beirat begrüßt die Absicht der Kommission, die Anwendung des Beihilferechts der Gemeinschaft weiter zu klären und zu diesem Zweck einen Rechtsrahmen für Beihilfen zu entwickeln, die Unternehmen des Art. 86 Abs. 2 EGV gewährt werden. Die Kontrolle von Beihilfen von geringer Bedeutung ist aufgrund der Verordnung Nr. 69/2001 vom 12.1.2001 entfallen. Damit ist den berechtigten Interessen von Kommunen und Ländern Rechnung getragen, die Reichweite des Gemeinschaftsrechts bei Beihilfen von nur örtlicher oder regionaler Bedeutung zu begrenzen.

München, den 12. Januar 2002

Der Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Prof. Dr. Wernhard Möschel

**Mitglieder des Wissenschaftlichen Beirats beim
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie**

Dr. Wernhard Möschel (Vorsitzender)

Professor für Bürgerliches Recht,
Handels- und Wirtschaftsrecht
an der Universität Tübingen

Dr. Charles B. Blankart (Stellvertretender Vorsitzender)

Professor für Wirtschaftswissenschaften
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Dr. Dr. h.c. mult. Horst Albach

Professor für Betriebswirtschaftslehre
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Dr. Hermann Albeck

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Saarbrücken

Dr. Peter Bernholz

Professor für Nationalökonomie,
insbesondere Geld- und Außenwirtschaft,
an der Universität Basel

Dr. Norbert Berthold

Professor für Volkswirtschaftslehre an der
Bayerischen Julius-Maximilians-Universität in Würzburg

Dr. Dres. h.c. Knut Borchardt

Professor für Wirtschaftsgeschichte und
Volkswirtschaftslehre an der Universität München

Dr. Axel Börsch-Supan

Professor für Makroökonomik und Wirtschaftspolitik
an der Universität Mannheim

Prof. Dr. Friedrich Breyer

Professor für Volkswirtschaftslehre,
an der Universität Konstanz

Dr. Ernst Dürr

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Christoph Engel

Geschäftsführender Direktor der
Max-Planck-Projektgruppe Bonn und
Professor für Rechtswissenschaften
an der Universität Osnabrück

Dr. Wolfgang Franz

Wissenschaftlicher Direktor
des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim

Dr. Dr. h.c. Gérard Gäfgen

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Konstanz

Dr. Dr. h.c. mult. Herbert Giersch

Professor für Nationalökonomie,
insbesondere für Wirtschaftspolitik,
an der Universität Kiel

Dr. Jürgen von Hagen

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Bonn
Leiter des ZEI Bonn

Dr. Dres. h.c. Heinz Haller

Professor für Finanzwissenschaft
und Wirtschaftstheorie
an der Universität Zürich

Dr. Dr. h.c. Herbert Hax

Professor für Betriebswirtschaftslehre
an der Universität zu Köln

Dr. Martin Hellwig

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim

Dr. Dr. h.c. Helmut Hesse

Präsident der Landeszentralbank in der Freien Hansestadt
Bremen, in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt i.R.
Honorarprofessor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Göttingen

Dr. Dres. h.c. Norbert Kloten

Präsident der Landeszentralbank in Baden-Württemberg i.R.
Honorarprofessor für Volkswirtschaftslehre an der Universität Tübingen

Professor Dr. Günter Knieps

Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft
und Regionalpolitik; Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dr. Dr. h.c. mult. Wilhelm Krelle

Professor für wirtschaftliche Staatswissenschaften
an der Universität Bonn

Dr. Dr. h.c. Ernst-Joachim Mestmäcker

Professor, ehem. Direktor am Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Dr. Manfred Neumann

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Erlangen-Nürnberg

Dr. Manfred J.M. Neumann

Professor für Wirtschaftliche Staatswissenschaften,
insbesondere Wirtschaftspolitik,
an der Universität Bonn

Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Schlesinger

Präsident der Deutschen Bundesbank i.R.
Honorarprofessor an der Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer

Dr. Dr. h.c. Hans K. Schneider

Professor für wirtschaftliche Staatswissenschaften
an der Universität zu Köln

Dr. Monika Schnitzer

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Dr. Olaf Sievert

Präsident der Landeszentralbank in den
Freistaaten Sachsen und Thüringen, Leipzig i.R.
Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes

Dr. Hans-Werner Sinn

Präsident des Ifo-Instituts München
Professor für Nationalökonomie und Finanzwissenschaft
Universität München

Dr. Manfred E. Streit

Em. Wissenschaftliches Mitglied
des Max-Planck-Instituts zur Erforschung
von Wirtschaftssystemen in Jena

Dr. Roland Vaubel

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim

Dr. Christian Watrin

Professor für wirtschaftliche Staatswissenschaften
an der Universität Köln

Dr. Carl Christian von Weizsäcker

Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität zu Köln

Dr. Eberhard Wille

Professor für Volkswirtschaftslehre und Finanzwissenschaft
an der Universität Mannheim

Dr. Dr. h.c.mult. Hans F. Zacher

Professor für öffentliches Recht an der Universität München,
em. Wissenschaftliches Mitglied des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Sozialrecht in München

Ruhende Mitgliedschaften

Professor Dr. Otmar Issing

Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank
Frankfurt/Main

Professor Dr. Horst Siebert

Präsident des Instituts für Weltwirtschaft
Professor für Theoretische Volkswirtschaftslehre
an der Universität Kiel