

Schader-Stiftung (Hrsg.)

Die Zukunft der Daseinsvorsorge

Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb

Schader-Kolloquium
gesellschaftswissenschaften < > praxis

Schader-Stiftung
Darmstadt

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

**Die Zukunft der Daseinsvorsorge -
Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb**

Schader-Kolloquium/ Schader-Stiftung, Darmstadt. [Red.: Kirsten Mensch, Claudia Pfeiff]

Darmstadt: Schader-Stiftung, 2001 (Gesellschaftswissenschaften - Praxis)

ISBN 3-932736-08-7

0292 deutsche bibliothek

Herausgeber: Schader-Stiftung

Redaktion: Kirsten Mensch u. Claudia Pfeiff, Schader-Stiftung

kontakt@schader-stiftung.de

Die Schader-Stiftung fördert den Praxisbezug der Gesellschaftswissenschaften. Mit der Förderung von Kommunikation und Kooperation zwischen Gesellschaftswissenschaften und Praxis möchte sie einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Gemeinwesens leisten.

Schader Stiftung

Karlstraße 85

64285 Darmstadt

Tel. 0 61 51-1759-0

www.schader-stiftung.de

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 3-932736-08-7

Buchgestaltung: 3st kommunikation GmbH, Mainz

Satz und Graphik: Susanne Winn, Darmstadt

Lithografie & Druck: Druckerei Klaus Koch GmbH, Wiesbaden

Inhalt

- 5** *Christoph Kulenkampff*

Vorwort

Teil 1 Kolloquiumsverlauf und -ergebnisse

- 8** *Stefan Hradil*

Begrüßung

- 11** *Reinhold Bocklet*

Leistungen der Daseinsvorsorge im Konflikt mit EU-Wettbewerbsrecht

- 25** *Helmut Cox*

Zur Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland

- 41** *Bernd von Maydell*

Kompetenz und Legitimation zur Regelung der Daseinsvorsorge auf EU-Ebene

- 55** *Kirsten Mensch / Claudia Pfeiff*

Von öffentlicher Trägerschaft zum freien Markt?

Zusammenfassung der Kolloquiumsdiskussion

Teil 2 Vorbereitende Papiere zum Kolloquium

- 78** *Johannes Hellermann*

Daseinsvorsorge im europäischen Vergleich

- 101** *Christoph Kulenkampff / Kirsten Mensch / Claudia Pfeiff*

Grundlagenpapier zum Kolloquium

Teil 3 Vertiefende Überlegungen

- 107** *Roland Sturm / Markus M. Müller*

Öffentliche Daseinsvorsorge im deutsch-britischen Vergleich

- 133** *Matthias Kurth*

Ist die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes ein Beispiel für andere Bereiche der Daseinsvorsorge?

143 *Michael Schöneich*

Das Beispiel der Wasserversorgung in der Diskussion um Daseinsvorsorge

158 *Stephan Leibfried*

Über die Hinfälligkeit des Staates der Daseinsvorsorge

Thesen zur Zerstörung des äußeren Verteidigungsringes des Sozialstaates

Teil 4 Fazit

167 *Erhard Denninger*

Resümee

Versuch einer Zusammenfassung des Kolloquiums

177 Teilnehmer des Kolloquiums

179 Abkürzungsverzeichnis

Vorwort

Tradition, Struktur und Organisation der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland stehen immer mehr zur Disposition. Ausschlaggebend hierfür ist neben den Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts ein genereller Paradigmenwechsel, demzufolge Privatwirtschaft und Markt gegenüber öffentlicher Trägerschaft (mit gelegentlichen monopolarartigen Strukturen) grundsätzlich vorzuziehen sind. Die von der EU-Kommission angestoßene, für die Bundesrepublik äußerst bedeutsame Diskussion über das Thema „Daseinsvorsorge“ ist in Deutschland bislang jedoch eher proklamatisch geführt worden.

Ziel der Schader-Stiftung ist es, der Debatte um die Daseinsvorsorge in Deutschland eine gesellschafts- und wirtschaftspolitisch sowie wissenschaftlich fundierte Grundlage zu geben und auf dieser eine öffentliche Auseinandersetzung höherer Qualität zu erreichen. Zu diesem Zweck führte die Schader-Stiftung im März 2001 ein hochrangig besetztes Kolloquium durch, das durch Folgeveranstaltungen fortgesetzt werden soll.

Der vorliegende Band enthält eine Darlegung des Verlaufs und der Ergebnisse des Kolloquiums sowie weiterführende Beiträge einzelner Kolloquiumsteilnehmer.

Zielsetzung der Schader-Kolloquien

Die Schader-Stiftung widmet sich der Förderung der Gesellschaftswissenschaften, wobei sie vor allem deren Praxisorientierung sowie Kommunikation und Kooperation zwischen Gesellschaftswissenschaftlern und Praktikern fördern will. Dem Stiftungszweck entsprechend geben Schader-Kolloquien einem Kreis ausgewählter Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis die Möglichkeit zu einem intensiven, an gesellschaftlich und politisch relevanten Fragen orientierten Austausch. Der Schwerpunkt der Kolloquien liegt in der Diskussion, die vorbereitet und gerahmt wird durch eine intensive inhaltliche Vorbereitung, eine sorgfältige Moderation und wenige, kurz gehaltene Redebeiträge.

Die Vorarbeiten zum Schader-Kolloquium im März 2001

Zur ersten inhaltlichen und personellen Strukturierung des Schader-Kolloquiums „Daseinsvorsorge in Deutschland“ konnte die Schader-Stiftung auf das Fachwissen von

Experten¹⁾ zurückgreifen. Darüber hinaus vergab die Schader-Stiftung an *Johannes Hellermann* den Auftrag, einen Überblick über die verschiedenen Rechts- und Organisationsstrukturen von Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa zu erarbeiten. Dieser wurde mit einem von der Stiftung erstellten Arbeitspapier allen Teilnehmern des Kolloquiums vorab zugesandt. Beides ist im vorliegenden Band abgedruckt.

Zu den Teilnehmern des Kolloquiums

Der Teilnehmerkreis setzte sich aus Vertretern der verschiedenen politischen Ebenen, der Wirtschaft sowie der Wissenschaft zusammen. Der Versuch, einen Repräsentanten aus Brüssel zu bekommen, scheiterte jedoch trotz vielfältiger Bemühungen – offenkundig wegen der bei dem EuGH anhängigen einschlägigen Verfahren. Um den Meinungsstreit innerhalb der Wirtschaft widerspiegeln zu können, waren Vertreter aus dem Bankenbereich eingeladen – also aus dem Bereich, in dem sich in Deutschland der Streit um die Daseinsvorsorge entzündete. Der Sparkassen- und Giroverband sah sich jedoch leider nicht in der Lage, an der für ihn so wichtigen Diskussion teilzunehmen. Trotz dieser Schwierigkeiten ist es der Schader-Stiftung gelungen, eine hochrangige, aber auch bunte Mischung von Teilnehmern zu gewinnen, die das Thema Daseinsvorsorge von den verschiedensten Perspektiven her ausleuchteten. Die Teilnehmerliste befindet sich am Ende dieses Bandes.

Zu den Beiträgen dieses Buches

Der erste Teil des Buches gibt den Verlauf des Kolloquiums am 15. und 16. März 2001 im Schloss Reinhartshausen (Eltville) wieder. Nach den begrüßenden und einführenden Worten des Vorstandsvorsitzenden *Stefan Hradil* sprach Staatsminister *Reinhold Bocklet* zum Thema „Leistungen der Daseinsvorsorge im Konflikt mit dem EU-Wettbewerbsrecht“.

Die Diskussion während des Kolloquiums untergliederte sich in drei Themenblöcke. Der erste befasste sich mit der Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland und wurde durch ein Kurzreferat von *Helmut Cox* eingeleitet. Der zweite Diskussionsblock widmete sich der Frage, wie es um Kompetenzen und Legitimationen zur Regelung der Daseinsvorsorge im europäischen Rahmen bestellt ist. Das einleitende Kurzreferat wurde hier von *Bernd v. Maydell* gehalten, der seinen Schwerpunkt auf die Frage der Zukunft der sozialen Sicherung setzte. Der dritte Block fragte zukunftsweisend nach

Strategien zur Konfliktlösung. Die Ergebnisse der Diskussion werden in dem von *Kirsten Mensch* und *Claudia Pfeiff* verfassten Diskussionsbericht vorgestellt.

Der zweite Teil des vorliegenden Bandes ist als eine Art Anhang des ersten Teils zu betrachten. Er umfasst die vorbereitenden Papiere, die allen Teilnehmern des Kolloquiums vorab zur Verfügung standen. Dabei handelt es sich um die bereits erwähnte Expertise von *Johannes Hellermann* zur Daseinsvorsorge im europäischen Vergleich sowie das von *Kirsten Mensch*, *Claudia Pfeiff* und mir erstellte Arbeitspapier.

Im dritten Teil sind Beiträge einzelner Kolloquiumsteilnehmer versammelt, die Aspekte der Diskussion aufgreifen und vertiefen. *Roland Sturm* betrachtet gemeinsam mit *Markus M. Müller* die öffentliche Daseinsvorsorge im deutsch-britischen Vergleich. *Matthias Kurth* diskutiert die Rolle des Wettbewerbs in der Daseinsvorsorge am Beispiel des Telekommunikationsmarktes. *Michael Schöneich* befasst sich mit der Frage der Wasserversorgung, die im Verlauf des Kolloquiums immer wieder als Sonderfall diskutiert wurde. Abschließend stellt *Stephan Leibfried* Thesen auf zur Hinfälligkeit des Staates der Daseinsvorsorge.

Den Abschluss des Bandes bildet das Resümee von *Erhard Denninger*, der das Kolloquium einfühlsam, aber nachdrücklich moderierte.

August 2001

Christoph Kulenkampff

Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung

1) Den Teilnehmern der Expertenrunde sei hiermit noch einmal gedankt:

Reinhard Chr. Bartholomäi (Nassauische Heimstätte Wohnungs- und Entwicklungsgesellschaft mgH), Manfred Degen (Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen bei der EU), Jobst Fiedler (Roland Berger und Partner GmbH), Johannes Hellermann (Westfälische Wilhelms-Universität Münster), Rainer-Frank König (Vertretung des Landes Hessen bei der EU), Klaus Möller (Deutscher Sparkassen- und Giroverband), Friedbert Rüb (Universität Heidelberg), Christoph Sachße (Gesamthochschule Kassel), Helga Schmid (Westdeutsche Landesbank), Udo Wnuck (Westdeutsche Landesbank), Klaus Zorbach (Hessische Staatskanzlei, Europa-Abteilung).

Stefan Hradil

Begrüßung

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

Anlass für das heutige Kolloquium ist, wie Sie wissen, das Verfahren der Europäischen Kommission wegen – wie die EU-Kommission meint – unzulässiger Beihilfen zugunsten der Westdeutschen Landesbank. Anlass ist mehr noch die Ankündigung, dass weitere wettbewerbsrechtliche Überprüfungen der Landesbanken und Sparkassen in Deutschland folgen werden.

Hieraus entsprang in den letzten Jahren eine Diskussion über das deutsche System der öffentlichen Banken und Sparkassen. In die Debatte einbezogen wurden zahlreiche weitere Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse, insoweit sie durch Unternehmen in öffentlicher Hand bereitgestellt werden. Man kann es auch so sagen: Die kommunalen Wohnungsbauunternehmen, die Stadtwerke (Wasser, Energie, Verkehr), die öffentlichen Krankenhäuser, die Post und die Bahn u.a.m. kamen „ins Gerede“.

Sehr bald wurde deutlich, dass die Konfliktlinien komplizierter verlaufen als die schlichte Gegenüberstellung zweier Fronten: Derzufolge den einen das „Gemeinwohl“ am Herzen liegt, das – wie sie meinen – vor allem durch öffentliche Unternehmen zu realisieren sei. Und derzufolge die andern betonen, dass gerade den allgemeinen öffentlichen Interessen viel effizienter, billiger und servicefreundlicher durch Wettbewerber und private Unternehmungen zu dienen sei.

So wurde klar, dass jenseits von staatlichen Monopolunternehmen und privaten Wettbewerbern auch andere Lösungsmodelle denk- und realisierbar sind: etwa öffentliche Unternehmen als Wettbewerber von privaten oder die Beauftragung von privaten Unternehmen mit Auflagen bezüglich Mindeststandards o.ä.

Es wurde auch sichtbar, dass nicht nur zwei, sondern sehr vielfältige Interessen tangiert sind, so u.a.:

- die Interessen vor allem der kommunalen Politik und der Länderpolitik, ihre Kompetenzen zu bewahren, mit allen Implikationen des Föderalismus und der Gemeindefreiheiten gerade in Deutschland,
- die Interessen der freien Wirtschaft an einem fairen und chancengleichen Wettbewerb,
- die Interessen der Einrichtungen der Daseinsvorsorge selbst und nicht zuletzt
- die Interessen der EU-Administration.

In dieser Debatte geriet der ehrwürdige Begriff der „Daseinsvorsorge“, geschaffen 1938 von Ernst Forsthoff, geradezu zum Kampfbegriff. Hiernach sollen Güter und Dienstleistungen diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden, auch und gerade durch staatliche Einrichtungen.

Gerade die Verwendung dieses Begriffes machte aber nicht klarer: Wie groß ist der Kreis der Daseinsvorsorge? Was gehört dazu?

Es wurde in der Diskussion schließlich deutlich, dass es mittlerweile nicht länger nur um die flächendeckende, diskriminierungsfreie Versorgung geht, sondern z.B. auch um ökologische Standards, um Kontinuität, um soziale Nachhaltigkeit.

Und in neuerer Zeit deutete sich an, dass die Infragestellung wohl nicht bei den genannten Einrichtungen der Kommunen, Länder und des Bundes Halt machen wird. Es liegt wohl in der Logik des Verfahrens der EU-Kommission, dass auch das deutsche gesamte System sozialer Sicherung über kurz oder lang auf den Prüfstand geraten wird: die Krankenversicherung und die Gesundheitseinrichtungen, die Renten-, die Arbeitslosen- und die Unfallversicherung. Damit würden sehr grundsätzliche Fragen der sozialstaatlichen Sicherung aufgeworfen.

Leider verlief die Diskussion, von der ich rede, vorwiegend nur in begrenzten Kreisen (z.B. nur innerhalb der Wissenschaft oder nur im Rahmen der Wirtschaft). Damit mag es zusammenhängen, dass oft Partialinteressen die Debatte dominierten und längst nicht alle Implikationen (Sozialstaatlichkeit, ökologische Standards etc.) in den einzelnen Teildiskussion offengelegt worden sind. Damit mag es auch zu tun haben, dass die Diskussion heute vielfach auf der Stelle tritt.

In dieser Situation hat die Schader-Stiftung einen kleinen Kreis hochrangiger, ausgewiesener Experten zu einem Kolloquium eingeladen, um sich mit der Zukunft der öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge in Deutschland auseinander zu setzen.

Wir wollen das in einer intimen, gewissermaßen „dichten“ Atmosphäre tun, in der Hoffnung, dass hierdurch jenes Weiterdenken und jene Weite des Gesichtskreises zu Stande kommen können, die bisherige Diskussionen allzu oft vermissen lassen.

Dies entspricht genau den Zielsetzungen der Schader-Stiftung. Sie hat sich laut Verfassung zum Ziel gesetzt, „die Kommunikation und die Kooperation zwischen den Gesellschaftswissenschaften und der Praxis sowie die Praxisorientierung in den Gesellschaftswissenschaften zu fördern“.

Wir haben uns bemüht, trotz des kleinen Kreises von Diskutanten alle maßgeblichen Seiten zu Wort kommen zu lassen: so u.a. hochrangige Vertreter der Länderpolitik, der kommunalen Politik, der EU-Administration, der freien Wirtschaft und nicht zuletzt Vertreter von öffentlichen Einrichtungen zur Daseinsvorsorge. Auch unter den Wissenschaften, die an der Debatte beteiligt sind, wollten wir einen breiten Kreis hier vertreten wissen: vor allem Vertreter der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, der Soziologie und der Politikwissenschaft.

Es ist mir eine Freude, Sie namens der Schader-Stiftung in den schönen Räumen des Schlosses Reinhartshausen begrüßen zu dürfen. Ich wünsche Ihnen und uns allen ertragreiche und weiterführende Diskussionen in angenehmer Atmosphäre.

Leistungen der Daseinsvorsorge im Konflikt mit EU-Wettbewerbsrecht

I. Einleitung

Die Anwendung der EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln auf Leistungen der Daseinsvorsorge wird zur Zeit ebenso intensiv wie kontrovers diskutiert. Die wohl bekanntesten Problemfälle, mit denen die Debatte ausgelöst wurde, sind die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken und Sparkassen. Die Europäische Kommission sieht hierin staatliche Beihilfen im Sinne des EG-Vertrags und unterwirft sie dementsprechend ihren wettbewerbsrechtlichen Kontrollbefugnissen. Die Palette denkbarer weiterer Konfliktfälle ist groß. So können beispielsweise ambulante Pflegedienste oder Krankentransporte ebenso ins Visier der Wettbewerbshüter geraten wie kulturelle Einrichtungen. Das liegt vor allem daran, dass nicht hinreichend klar ist, wann eine Tätigkeit als „wirtschaftlich“ anzusehen ist und dementsprechend grundsätzlich der Wettbewerbsaufsicht der Kommission unterfällt. Zugleich wird auf europäischer Ebene in zunehmendem Maße die Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge vorangetrieben. Nach den Marktöffnungen in den Bereichen Telekommunikation, Strom- und Gasversorgung, Postwesen und Verkehr ist es möglich, dass auch die Liberalisierung von weiteren Sektoren wie die Wasserversorgung oder Abfallentsorgung in Betracht gezogen wird.

Die **einen** sehen bewährte Institutionen und Strukturen der Daseinsvorsorge und mit ihnen Gemeinwohlbelange durch das Handeln der EU gefährdet. Außerdem wird eine Aushöhlung von mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten und insbesondere des kommunalen Selbstverwaltungsrechts befürchtet. Für die **anderen** wiederum ist die Daseinsvorsorge nur ein Deckmantel. Unter dem Deckmantel der Daseinsvorsorge würde der Staat seine wirtschaftlichen Aktivitäten ausweiten. Unter dem Deckmantel der Daseinsvorsorge würden weitere Märkte, die liberalisiert werden könnten, privaten Unternehmen verschlossen bleiben.

Diese grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten lassen erahnen, wie schwierig und vielschichtig die Thematik ist. Die Entwicklung eines Lösungsansatzes bedarf systematischer Herangehensweise und differenzierter Betrachtung.

II. Der Begriff der „Daseinsvorsorge“

Ich will zunächst näher beleuchten, was unter Daseinsvorsorge zu verstehen ist. Dazu ist festzuhalten, dass es **keine feste Definition** des Begriffs der Daseinsvorsorge gibt. Auch sind die Tätigkeiten, die darunter fallen, nicht allgemeingültig und abschließend bestimmt. Ich halte das im Interesse der notwendigen Flexibilität gegenüber Wandlungsprozessen und unterschiedlichen Anschauungen in den Mitgliedstaaten auch für gut so. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Daseinsvorsorge, der von Ernst Forsthoff in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelt wurde, **spezifisch deutsch** ist. In anderen Mitgliedstaaten wird beispielsweise von „services of general interest“, „service public“ oder „servizio pubblico“ gesprochen.

Die Kommission definiert Leistungen der Daseinsvorsorge in ihrer Mitteilung vom 20.09.2000 wie folgt: Leistungen der Daseinsvorsorge (oder gemeinwohlorientierte Leistungen) sind marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.

Wesentliches Merkmal der Daseinsvorsorge ist ihre **Gemeinwohlorientiertheit**. Man kann sie vielleicht allgemein als die durch das Gemeinwesen sicherzustellende Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit essentiellen Gütern und Dienstleistungen (einschließlich Infrastruktur) charakterisieren. Dies umfasst Tätigkeiten sowohl **wirtschaftlicher** als auch **nicht-wirtschaftlicher**, z.B. sozialer, kultureller und bildungspolitischer Art. Zur Daseinsvorsorge zählen nach hiesigem Verständnis beispielsweise: Strom- / Gas- und Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung; Verkehrs-, Telekommunikations- und Finanzdienstleistungen; Post; Rundfunk; Schulen; Kindergärten; Museen; Theater; Schwimmbäder.

Die Gemeinwohlverpflichtung besteht vor allem darin, dass bei Leistungen der Daseinsvorsorge in der Regel Folgendes gewährleistet sein muss, und zwar ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs:

- die Versorgungssicherheit und Kontinuität;
- die flächendeckende Erbringung;
- der gleichberechtigte Zugang aller Bürger;
- eine bestimmte Qualität;
- die Berücksichtigung sonstiger Belange, z.B. sozialer, kultureller oder umweltpolitischer Art; und das alles zu:
- erschwinglichen Preisen.

Bei hoheitlicher Trägerschaft sind Leistungen der Daseinsvorsorge zusätzlich gekennzeichnet durch **demokratische Kontrolle** und **öffentliche Verantwortung**. Sie sind Ausprägungen des grundgesetzlich verbürgten Sozialstaatsprinzips und zugleich ein Wesenselement der kommunalen Selbstverwaltung.

III. Zum Spannungsverhältnis zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und EG-Binnenmarkt- bzw. Wettbewerbsrecht

Ich komme nun auf das **Spannungsverhältnis** zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und dem EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht zu sprechen. Dazu ist vorab klarzustellen, dass ein Konflikt nur bei wirtschaftlichen Tätigkeiten entstehen kann. Die Kommission weist in ihrer bereits erwähnten Mitteilung ausdrücklich darauf hin, dass die Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln grundsätzlich keine Anwendung auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten finden. Allerdings bestehen nach wie vor erhebliche Unsicherheiten bezüglich der Qualifizierung einer Tätigkeit als „wirtschaftlich“ oder „nicht-wirtschaftlich“. Ich will das an dieser Stelle nicht weiter vertiefen.

Die **Marktkräfte** allein können bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge nicht immer in einer Weise bereitstellen, die den besonderen Gemeinwohlanforderungen genügen würde. So kann der Markt beispielsweise Bus- oder Bahnverbindungen nicht anbieten, deren Betrieb unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht rentabel ist. Bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge erfordern eine Infrastruktur, deren Errichtung und Erhaltung mit hohen Kosten verbunden ist. Unter rein marktwirtschaftlichen Bedingungen müsste dafür ein Preis verlangt werden, der für viele Bürger möglicherweise nicht mehr erschwinglich ist. Betroffen wären insbesondere Bürger, die in entlegeneren Gebieten leben. Vor diesem Hintergrund wird die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zum Teil mit öffentlichen Mitteln subventioniert oder Monopolbetrieben vorbehalten.

Demgegenüber hat der EG-Vertrag die Herstellung eines **Binnenmarktes** zum Ziel. Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sind zu beseitigen. Um den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen zu schützen, postuliert der EG-Vertrag Wettbewerbsregeln, zu denen auch ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen gehört. Wird die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge öffentlichen oder privaten Monopolen vorbehalten, so kann dies z.B. die Dienstleistungsfreiheit oder den freien Warenverkehr einschränken. Die öffentliche (Mit-)Finanzierung der Tätigkeit von Unternehmen, die mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge beauftragt sind, kann in Konflikt mit den Beihilfevorschriften des Vertrags geraten. Dieses Spannungsverhältnis ist in den letzten Jahren zunehmend deutlicher zutage getreten.

Dynamische Marktentwicklungen und technologischer Fortschritt haben dazu geführt, dass bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge, die hauptsächlich unter wettbewerbsfremden Bedingungen erbracht werden, auf **zunehmendes Interesse privater Anbieter** stoßen. Sie begehren Marktzugang unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht. Wo private Anbieter neben öffentlichen Unternehmen agieren, werden Beschwerden über unzulässige Wettbewerbsvorteile der öffentlichen Unternehmen z.B. durch deren Finanzierungsmodi oder durch ihnen gewährte sonstige Vorteile laut. Die wohl bekanntesten Beispiele dafür sind das Vorgehen privater Anbieter gegen die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und gegen die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken und Sparkassen. Bedeutet das nun, dass Gemeinwohlbelange den gemeinschaftsrechtlichen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln zum Opfer fallen? Die Antwort lautet: Nein.

Bei Schaffung des EG-Vertrages wurde dieser Konflikt durchaus gesehen. Die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist der zentrale normative Ansatzpunkt, um eine **Balance** zwischen Wettbewerbsprinzipien und der Wahrung von Gemeinwohlinteressen zu ermöglichen. Diese Bestimmung besagt im Wesentlichen, dass die Vorschriften des EG-Vertrages – also vor allem die Binnenmarkt- und Wettbewerbsnormen – grundsätzlich auch für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gelten. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind wirtschaftliche Leistungen der Daseinsvorsorge gemeint. Soweit jedoch die Anwendung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsnormen die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe unmöglich machen würde, sind Ausnahmen zulässig.

Soweit zum Problemaufriss und zum allgemeinen europarechtlichen Rahmen. Ich werde mich jetzt einzelnen Fragen der Anwendung von EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht auf Leistungen der Daseinsvorsorge zuwenden. Dabei ist es wichtig, zwischen zwei Arten von diesbezüglichem Handeln der EU zu unterscheiden:

1. Die Ausübung von wettbewerbsrechtlichen **Kontrollbefugnissen** durch die Kommission bzw. den EuGH und
2. die Inanspruchnahme eigener **Regelungs- und Gestaltungskompetenzen** für Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Europäische Union.

IV. Ausübung von wettbewerbsrechtlichen Kontrollbefugnissen durch die Kommission bzw. den EuGH

Wie bereits erwähnt, lässt Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten zu, soweit dies zur Erfüllung des besonderen Gemeinwohlauftrags notwendig ist. Die Kommission und der EuGH haben über die Einhaltung dieser Voraussetzung zu wachen. Und das ist auch gut und richtig so. Aus ordnungspolitischen Gründen können Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten nur anerkannt werden, wenn und soweit die Erfüllung von Gemeinwohlbelangen dies tatsächlich erfordert. Entscheidend ist jedoch, wie diese Kontrollbefugnisse ausgeübt werden. Die Kommission legt nach ihrer Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa der Anwendung des Art. 86 EG-Vertrag **drei Grundsätze** zugrunde: Neutralität, Gestaltungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit.

1. Nach dem **Neutralitätsgrundsatz** ist es gemeinschaftsrechtlich irrelevant, ob Leistungen der Daseinsvorsorge durch öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich organisierte Unternehmen erbracht werden.
2. **Gestaltungsfreiheit** bedeutet, dass vorrangig die Mitgliedstaaten für die Definition dessen zuständig sind, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu gelten hat. Die Frage, so die Kommission, ob ein Dienst als Leistung der Daseinsvorsorge anzusehen sei und wie er organisiert werden solle, werde zuallererst auf nationaler Ebene entschieden. Wo es noch keine gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gebe, hätten die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer einschlägigen Politik großen Spielraum. Hier unterlägen sie lediglich einer Kontrolle auf offenkundige Fehler.

3. Der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** schließlich besagt, dass Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

Diesen Prinzipien kann zwar grundsätzlich zugestimmt werden. Insbesondere ist zu begrüßen, dass die Kommission die vorrangige Verantwortung der mitgliedstaatlichen Stellen anerkennt, die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Weise ihrer Erfüllung zu bestimmen. Zu Recht will sie die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer einschlägigen Politik nur einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterwerfen.

Insoweit sehe ich allerdings eine gewisse **Diskrepanz** zu der andererseits postulierten strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Darüber könnte der den Mitgliedstaaten zugestandene „große Spielraum“ bei der Gestaltung ihrer einschlägigen Politik letztlich doch wieder unverhältnismäßig eingengt werden. Betrachten wir zum Beispiel die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Sie wird von der Kommission als staatliche Beihilfe qualifiziert. Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Mitgliedstaaten ist jedoch nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag unter Berücksichtigung vor allem auch des dem EG-Vertrag angefügten Protokolls über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zulässig, sofern die Finanzierung dem von den Mitgliedstaaten festgelegten öffentlich-rechtlichen Auftrag dient. Problematisch ist, dass die von der Kommission beanspruchten Aufsichtsbefugnisse auf Programmangebot und -inhalte durchschlagen können. So rügt etwa die ARD, dass die Kommission zwar vorgebe, die Gesichtspunkte des Gemeinwohls und die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu respektieren. In ihrer Entscheidungspraxis glaube sie aber letztlich doch, Vorgaben der Mitgliedstaaten zum Finanzierungsmodell und zum Auftrag überprüfen zu können bzw. zu müssen.

Meines Erachtens könnte das **Spannungsverhältnis** zwischen der notwendigen Wettbewerbsaufsicht durch die Kommission auf der einen Seite und der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die inhaltliche Bestimmung und Gewährleistung von gemeinwohlorientierten Leistungen andererseits durch die Beschränkung auf eine „Missbrauchskontrolle“ gelöst werden. Das sollte im Einzelnen bedeuten:

1. Die von den Mitgliedstaaten vorgenommene Bestimmung, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen ist, unterliegt **nur** einer **Kontrolle** auf offenkundige Fehler.

2. Die jeweiligen Gemeinwohlanforderungen, die von den Mitgliedstaaten an die Leistungserbringung geknüpft werden, sind grundsätzlich zu **respektieren**. Sie dürfen keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen werden.
3. Zwar ist zu prüfen, ob der jeweils definierte Gemeinwohlauftrag tatsächlich den Einsatz von Mitteln erfordert, die den Wettbewerb oder die Binnenmarktfreiheiten einschränken. Hinsichtlich der Frage der Erforderlichkeit muss jedoch eine **Einschätzungsprärogative** bzw. ein **Beurteilungsspielraum der zuständigen Träger** der Daseinsvorsorge anerkannt werden. Die letztlich getroffene Entscheidung dürfte vielfach das Ergebnis eines komplexeren Abwägungsprozesses zwischen verschiedenen Gesichtspunkten und Gestaltungsmöglichkeiten darstellen. Weder die Kommission noch der EuGH dürfen sich aber gleichsam als „Fachaufsichtsbehörde“ gerieren und ihre Wertungen ohne weiteres an die Stelle der Wertungen der demokratisch legitimierten Träger der Daseinsvorsorge setzen.

V. Inanspruchnahme eigener Regelungs- und Gestaltungs-kompetenzen für Leistungen der Daseinsvorsorge durch die EU

Für erheblich problematischer als die grundsätzlich völlig legitime Ausübung wettbewerbsrechtlicher Kontrollbefugnisse halte ich die zunehmende **Inanspruchnahme eigener Regelungs- und Gestaltungszuständigkeiten** für Leistungen der Daseinsvorsorge durch die EU. Die Kommission verfolgt – gestützt vor allem auf die Binnenmarktcompetenzen – eine Politik weitgehender Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Dies ist im Prinzip zu unterstützen. Aus ordnungspolitischen Gründen ist eine stärkere Wettbewerbsöffnung auch bei Leistungen der Daseinsvorsorge grundsätzlich zu befürworten. Wettbewerb führt im Regelfall aufgrund seiner Anreiz- und Sanktionsmechanismen zu einem volkswirtschaftlich optimalen Güter- und Dienstleistungsangebot zum niedrigstmöglichen Preis. Die innovationsfördernde Kraft des Wettbewerbs beschleunigt den technischen Fortschritt. Die bisher geöffneten Teilmärkte wie Telekommunikation oder Strom zeigen, dass durch den Wettbewerb wirtschaftliche Vorteile wie Effizienzsteigerungen, Kosten- und Preissenkungen erzielt werden können, ohne dass es zu Nachteilen hinsichtlich der Versorgungssicherheit oder der Qualität der Leistungen kommen muss. Generell ist zu betonen, dass sich eine stärkere Marktöffnung und die Erfüllung von Gemeinwohlbelangen sehr wohl miteinander vereinbaren lassen. Dafür gibt es verschiedene Möglichkeiten, die auch von der Kommission in ihrer Mitteilung aufgezeigt werden.

Abbildung: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa

Leistungen der Daseinsvorsorge	
<p>Marktbezogene oder nicht marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden [so KOM-Mitteilung] (z.B.: Strom-/Gas-, Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung; Verkehrs- und Telekommunikationsdienstleistungen; Schulen, Kindergärten, Museen, Theater, Schwimmbäder).</p>	
<p>Wirtschaftliche (marktbezogene) Tätigkeiten</p> <p>(„Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“)</p>	<p>Nicht-wirtschaftliche (nicht marktbezogene) Tätigkeiten</p> <p>(z.B. nicht marktorientierte Wahrnehmung von hoheitlichen, sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Aufgaben)</p>
<p>EG-Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln grundsätzlich anwendbar, sofern Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel</p>	<p>EG-Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln nicht anwendbar.</p>
Zuständigkeiten	
<p>Nationale Ebene</p> <p>(Mitgliedstaaten, Regionen, Kommunen)</p>	<p>Europäische Ebene</p>
<p>Bestimmung, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen ist, welche Gemeinwohlansforderungen hieran zu knüpfen sind und auf welche Weise die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge erfüllt werden sollen.</p> <p>Zur Aufgabenerfüllung eingesetzte Mittel müssen mit EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln vereinbar sein. Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten (z.B. Monopole; staatliche Beihilfen) sind nur zulässig, wenn und soweit die Erfüllung des Gemeinwuhlauftrags dies erfordert (Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag).</p>	<p>Kontrolle auf Vereinbarkeit mit den EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Aber: In den Mitgliedstaaten getroffene Wertentscheidungen (v.a. Definition der Gemeinwohlanforderungen) sind grds. zu respektieren (insoweit Beschränkung auf Missbrauchskontrolle).</p> <p>Dagegen: Grundsätzlich keine eigene Regelungs-/Gestaltungszuständigkeit für Leistungen der Daseinsvorsorge. Binnenmarktkompetenzen werden durch das Subsidiaritätsprinzip, Art.16 EG-Vertrag und das Prinzip der Gemeinschaftstreue Schranken gezogen. Ausnahme: Europäische Dimension des jeweiligen Sektors (Größenordnung, strukturelle Vernetzung, z.B.: Telekommunikation, Energieversorgung, Post): Gemeinschaftsweite Liberalisierungsentscheidung möglich. Aber: EU-Vorgaben an die Leistungserbringung nur, wenn zwangsläufige Ergänzung der Liberalisierungsentscheidung und nur dadurch Wettbewerbsverzerrungen vermeidbar.</p>

So können, wenn ein bestimmter Bereich **liberalisiert** wird, allen oder nur einzelnen Anbietern spezielle **Gemeinwohlverpflichtungen** auferlegt werden. Werden die Verpflichtungen nur einzelnen Anbietern auferlegt, können besondere Finanzierungsmechanismen bereitgestellt oder alle Anbieter z.B. über einen Fonds an der Finanzierung beteiligt werden. So wird etwa der Universaldienst, welcher der France Télécom auferlegt ist, über einen Universaldienstfonds finanziert.

Bei bestimmten Leistungen der Daseinsvorsorge können mehrere Anbieter nicht sinnvoll sein, weil z.B. kein Leistungserbringer für sich allein im Wettbewerb mit anderen existenzfähig wäre. In solchen Fällen kann die Aufgabe im Wege der **Ausschreibung** in Form einer Konzession auf einen einzelnen Anbieter übertragen werden, der durch öffentliche Mittel in die Lage versetzt wird, seinen Auftrag zu erfüllen. Das heißt, in diesen Fällen kann eine angemessene Finanzierung erfolgen, um dem Anbieter die Erfüllung der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen zu ermöglichen.

Problematisch ist jedoch, dass die Liberalisierung zum Anlass genommen wird, auch die inhaltlichen Anforderungen an die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben auf europäischer Ebene möglichst umfassend zu regeln. So finden sich etwa in dem auch den **ÖPNV** betreffenden Verordnungsvorschlag der Kommission die EU-Vorgaben, die Verkehrsdienste als Pflichtaufgabe auszugestalten, angemessene öffentliche Personenverkehrsdienste von hoher Qualität und Verfügbarkeit zu gewährleisten, Mindestkriterien wie etwa Häufigkeit der Dienste und Höhe der Tarife für verschiedene Gruppen zu berücksichtigen sowie Informations- und Berichtspflichten für Betreiber und Mitgliedstaaten. Vor allem aber deuten diverse Äußerungen in der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge vom 20.09.2000 auf die Beanspruchung von weitreichenden Regelungszuständigkeiten für die europäische Ebene hin. So will die Kommission eine „**aktive Politik**“ entwickeln, „um den Zugang aller europäischen Bürger zu den besten Diensten sicherzustellen“. Sie will dafür Sorge tragen, dass die Erbringung dieser Dienste im Hinblick auf Qualität und Preis den Bedürfnissen der Nutzer und der Bürger im Ganzen entspricht. Sie denkt sogar über die Notwendigkeit eines „gemeinsamen Konzepts“ für Leistungen der Daseinsvorsorge nach, „um die Bindung an die Union zu stärken“.

Diesem Ansatz ist entgegenzutreten. Er verkennt, dass es nicht Aufgabe der EU ist, für die Versorgung aller Bürger mit den besten Diensten Sorge zu tragen. Die EU hat grundsätzlich keine Zuständigkeit, die inhaltliche Ausgestaltung von Leistungen der Daseinsvorsorge zu reglementieren. Wie die Kommission selbst betont, liegt es in der Regel allein in der Verantwortung der Mitgliedstaaten bzw. Regionen und Kommunen,

die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Weise ihrer Erfüllung zu bestimmen. Versorgungsleistungen müssen bürgernah und den lokalen Erfordernissen entsprechend ausgestaltet werden. Die nationalen bzw. regionalen oder kommunalen Behörden können den individuellen, lokalen Besonderheiten und den Bedürfnissen der Bevölkerung im Bereich der Daseinsvorsorge am besten Rechnung tragen. Sie tragen den Nutzern gegenüber auch die politische Verantwortung.

Zwar mag es für das Funktionieren des Binnenmarktes auf den ersten Blick optimal sein, wenn eine gemeinschaftsweite Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge erfolgt und dabei auch gleich die jeweils zu erfüllenden Gemeinwohlanforderungen EU-einheitlich festgelegt werden. Damit würde aber erheblich in die Zuständigkeiten und Gestaltungsbefugnisse der Mitgliedstaaten bzw. Regionen und Kommunen eingegriffen. Vielfalt und Eigenverantwortung bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge blieben auf der Strecke. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es von den jeweils an die Leistung gestellten Gemeinwohlanforderungen abhängt, ob und wieweit eine Wettbewerbsöffnung möglich ist. Diese Anforderungen können aber von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat und auch innerhalb der Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich bestimmt sein. Gemeinschaftsweite Liberalisierungsentscheidungen setzen letztlich die Definition eines Gemeinwohlinteresse voraus, dem auch unter Wettbewerbsbedingungen Rechnung getragen werden kann. Nach Meinung vieler könnte aber vor allem auch aus technischen Gründen z.B. die hohe Qualität des **Trinkwassers** in Deutschland unter Wettbewerbsbedingungen nicht mehr gewährleistet werden. Eine gemeinschaftsweite Liberalisierung der Wasserversorgung hätte damit eine Qualitätsnivellierung zur Folge. Gemeinwesen und ihren Bürgern, die bislang selbst über die Anforderungen an die Wasserversorgung entscheiden können, würde man so gleichsam eine nicht gewünschte Qualität aufzwingen.

Das Binnenmarktprinzip kann keine absolute Geltung beanspruchen. Das erkennt der Vertrag selbst an, wenn er Einschränkungen der Freiheiten des Binnenmarkts zum Beispiel aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder des Gesundheitsschutzes zulässt. Bei Leistungen der Daseinsvorsorge werden den Binnenmarktkompetenzen der EU durch das Subsidiaritätsprinzip, durch Art. 16 EG-Vertrag und durch den Grundsatz der Gemeinschaftstreue enge Schranken gezogen.

Das in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag verankerte **Subsidiaritätsprinzip** besagt, dass die Gemeinschaft nur tätig werden darf, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können. Der mit dem Vertrag von Amsterdam neu geschaffene Art. 16 EG-Vertrag

betont den Stellenwert der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Die Mitgliedstaaten wollten damit auch ihre Zuständigkeiten in diesem Bereich stärker gegenüber Eingriffen der EU absichern.

Aus dem Grundsatz der **Gemeinschaftstreue** ergeben sich wechselseitige Verhaltenspflichten im Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten sowie im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten. Der EU sind hiernach unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundstrukturen des nationalen Verfassungsrechts sowie in das kompetenzielle „Hausgut“ der Länder bzw. den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie untersagt.

Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue verpflichtet zur kompetenzschonenden Auslegung eigener Befugnisse, wenn ansonsten die Zuständigkeit einer anderen Ebene überlagert wird.

Was folgt aus diesen Schranken?

1. Daraus folgt meiner Meinung nach zum einen, dass eine gemeinschaftsweite Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge nur in solchen Sektoren erfolgen sollte, die aufgrund ihrer Größenordnung oder strukturellen Vernetzung eine europäische Dimension aufweisen. Im Übrigen muss es der Entscheidung der Träger der Daseinsvorsorge überlassen bleiben, wie diese Aufgaben erfüllt werden sollen. Das kommt keineswegs einem „Freibrief“ zur Marktabschottung gleich. Denn Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten sind – wie dargelegt – gemeinschaftsrechtlich ja nur zulässig, wenn die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben dies erfordert. Das heißt umgekehrt: Sofern und soweit die von den Trägern der Daseinsvorsorge jeweils definierten Gemeinwohlbelange dies zulassen, ist es geboten, die Leistungserbringung dem Wettbewerb zu öffnen.

Meines Erachtens dürfte danach z.B. die Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge durch Monopolbetriebe der öffentlichen Hand nur noch in sehr seltenen Fällen aufrechtzuerhalten sein. In aller Regel wird, wenn eine volle Liberalisierung der Leistungserbringung nicht in Betracht kommt, jedenfalls mit dem so genannten „Zwei-Stufen-Modell“ den jeweiligen Gemeinwohlbelangen voll Rechnung getragen werden können. Danach legen die Träger der Daseinsvorsorge die inhaltlichen Anforderungen an die Leistung fest, z.B. bezüglich Qualität, Mindestumfang, Preisgestaltung, bestimmten Personengruppen zu gewährender Vergünstigungen oder der Beachtung von Umweltbelangen. Die Leistungserbringung selbst wird aufgrund einer Ausschreibung

einem privaten Anbieter übertragen. Um dem Anbieter die Erfüllung der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen zu ermöglichen, kann die öffentliche Hand Finanzmittel bereitstellen. Durch Wettbewerb um die Erteilung des Zuschlags wird sichergestellt, dass die Erfüllung des Gemeinwohlauftrags unter möglichst geringer Belastung der öffentlichen Haushalte erfolgt.

2. Zum Zweiten folgt aus den dargelegten Kompetenzschränken, dass auf europäischer Ebene getroffene Liberalisierungsentscheidungen die vorrangige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, Regionen oder Kommunen für die Definition der Gemeinwohlanforderungen berücksichtigen müssen. Danach kommen EU-weite inhaltliche Vorgaben an die Leistungserbringung (z.B. zur Sicherung von Qualität und flächendeckendem Angebot) nur dann in Betracht, wenn sie sich als notwendige Ergänzung einer europaweit getroffenen Liberalisierungsentscheidung darstellen und sich allein dadurch Wettbewerbsverzerrungen vermeiden lassen. Doch auch in diesem Falle muss es insoweit bei allgemeinen Regelungen bleiben und die Ausformung im Einzelnen den Mitgliedstaaten überlassen werden.

Den dargelegten Kompetenzschränken trägt die Kommission meines Erachtens nicht hinreichend Rechnung, wenn sie letztlich eine „aktive“ europäische Daseinsvorsorgepolitik entwickeln will. Sie beabsichtigt, die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge in den Mitgliedstaaten zu evaluieren. Außerdem will sie gemeinwohlorientierte Leistungen „zum Vorteil der Bürger“ durch verstärkte „Koordination“ „fördern“. Sie sieht es als Aufgabe der Gemeinschaft an, „diese Dienste am Leben zu erhalten und gleichzeitig effizienter zu machen“ und „den Zugang aller europäischen Bürger zu den besten Diensten sicherzustellen“. Das sind zwar ehrenwerte Ziele. Aber weder aus dem EG-Vertrag noch aus Art. 36 der Grundrechtscharta oder einem „europäischen Gesellschaftsmodell“ lassen sich derartige Zuständigkeiten der EU ableiten. Und sie sind auch von der Sache her nicht sinnvoll. Die Herangehensweise der Kommission droht, in die Verantwortung der zuständigen Träger der Daseinsvorsorge einzugreifen und insbesondere das kommunale Selbstverwaltungsrecht auszuhöhlen.

VI. Fazit und Ausblick

Um es noch einmal zu unterstreichen: Mir geht es nicht um eine „Abschottung“ der Daseinsvorsorge gegenüber dem Wettbewerb. Mir geht es allein um die **Wahrung der Gestaltungsrechte der Mitgliedstaaten, Regionen oder Kommunen** gegenüber der zunehmenden Beanspruchung von eigenen Regelungs- und Gestaltungskompetenzen

durch die Kommission bzw. EU über ihre Binnenmarktzuständigkeiten. Hierin sehe ich das eigentliche, das zentrale Problem. Dem kann meiner Meinung nach nur entgegen- gewirkt werden, wenn die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bzw. ihrer Untergliederungen für die Definition und Ausgestaltung der Leistungen der Daseins- vorsorge durch eine entsprechende Ergänzung von Art. 16 EG-Vertrag ausdrücklich klargestellt wird. Außerdem brauchen wir mehr Rechtssicherheit bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Leistungen der Daseinsvorsorge.

Die aktualisierte Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.09.2000 hat diesbezüglich zwar zu mehr Klarheit beigetragen. Zu begrüßen ist insbesondere die Klarstellung, dass die Binnenmarktvorschriften und Wett- bewerbsregeln grundsätzlich keine Anwendung auf „nicht-wirtschaftliche“ Tätigkeiten finden. Dazu zählen zum Beispiel die nicht markt- und gewinnorientierte Wahrnehmung von hoheitlichen, sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Aufgaben. Meines Erachtens sollte im Vertrag ausdrücklich niedergelegt werden, dass derartige Tätig- keiten generell von der Beihilfenkontrolle ausgenommen sind. Die Kommission stellt ferner klar, dass das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft nur gilt, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. Außerdem finden die Beihilfe- vorschriften bis zu der von der Kommission festgelegten *De-minimis*-Grenze keine An- wendung. Diese Grenze beträgt 100.000 Euro in 3 Jahren.

Insbesondere folgende Fragen bedürfen jedoch einer weiteren Klärung (z.B. im Wege von Freistellungsverordnungen, Mitteilungen oder Leitlinien):

- Klarzustellen ist, wie und aufgrund welcher Kriterien die Kommission ihre Kontrolle auf offenkundige Fehlerhaftigkeit bei der mitgliedstaatlichen De- finition und Ausgestaltung der Daseinsvorsorgeaufgaben ausübt.
- Es müssen Kriterien entwickelt und festgelegt werden, um die „nicht-wirt- schaftlichen“ von den „wirtschaftlichen“ Tätigkeiten verlässlich abgrenzen zu können.
- Es muss konkretisiert werden, wann und unter welchen Bedingungen eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels angenommen wird.
- Schließlich sollte eine beispielhafte Aufzählung der Bereiche erfolgen, die von der Beihilfenkontrolle nicht berührt sind.

Ich begrüße deshalb nachdrücklich den Auftrag des Europäischen Rates in Nizza, weiter zu prüfen, wie bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Leistungen der Daseinsvorsorge für mehr Rechtssicherheit gesorgt werden kann.

Ziel muss es dabei sein, die mitgliedstaatlichen Regelungs- und Gestaltungskompetenzen bei der Daseinsvorsorge zu wahren und gleichzeitig die gemeinschaftsrechtlichen Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzipien durchzusetzen. Die von mir vorgeschlagenen Lösungsansätze sollen hierzu Wege weisen.

Der Autor

Reinhold Bocklet, geb. 1943, Studium der Rechtswissenschaft und Politischen Wissenschaft in München, Referent in der Bayerischen Landeszentrale für politische Bildungsarbeit in der Bayerischen Staatskanzlei, 1976-1981 Lehrauftrag für Politische Systemlehre an der Universität München, 1979 bis 1993 Mitglied des Europäischen Parlaments, ab 1989 agrarpolitischer Sprecher der EVP-Fraktion, 1993 bis 1998 Bayerischer Staatsminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, seit Oktober 1998 Staatsminister für Bundes- und Europaangelegenheiten in der Bayerischen Staatskanzlei und Bevollmächtigter des Freistaats Bayern beim Bund, Mitglied im Ausschuss der Regionen der Europäischen Union, stellvertretender Vorsitzender der EVP-Fraktion, seit 1994 Mitglied des Bayerischen Landtags.

Helmut Cox

Zur Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland

Stand und Entwicklungstendenzen in europäischer Perspektive

Die staatliche Daseinsvorsorge unterliegt zurzeit aufgrund der europarechtlichen Vorgaben und marktendogener Anpassungsprozesse einem zum Teil gravierenden Strukturwandel. Verstärkter Parallelwettbewerb selbst in klassischen Daseinsvorsorgebereichen, private Kapitalbeteiligungen, Ausschreibungswettbewerb auch bei öffentlichen Dienstleistungen, Vergabe von Konzessionsverträgen und Aufgabenregulierung im Allgemeininteresse scheinen immer mehr anstelle bisheriger Wettbewerbsausnahmeregelungen und Monopolrechte im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge zu treten. Dieser Beitrag befasst sich mit der kritischen Bewertung dieser Vorgänge, sowohl aus der Sicht des Wettbewerbs als auch aus der Sicht der öffentlichen Daseinsvorsorgepolitik. Neben den Problemen werden auch die Chancen für die Daseinsvorsorge gesehen, die sich durch die verstärkte Wettbewerbsöffnung künftig ergeben können.

I. Einleitung

Die staatliche Daseinsvorsorge in Deutschland unterliegt zurzeit einem gravierenden Strukturwandel. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Durch Liberalisierung, Wettbewerb und Teilprivatisierung haben sich Ziele, Unternehmenspolitik und Organisationsformen der so genannten Daseinsvorsorge zum Teil schon sehr verändert. Dieser Änderungsprozess ist keineswegs abgeschlossen, im Gegenteil: Durch die Wettbewerbsöffnung bisher vom Wettbewerb abgeschotteter Infrastrukturbereiche und durch den Druck, der durch das Europäische Gemeinschaftsrecht erzeugt wird, werden sich auch künftig die Angebots- und Nachfragestrukturen nachhaltig ändern (vgl. Cox, 1996a, b, c). Bei der Frage, wie diese Entwicklungen wissenschaftlich und gesellschaftspolitisch zu bewerten und welche handlungsorientierten Schlussfolgerungen zu ziehen sind, divergieren die Meinungen in Wissenschaft und Politik.

Die unterschiedlichen Ansichten hierzu sind geprägt

- teils von dem wissenschaftlichen Standort und wissenschaftlichen Paradigma im Hinblick auf die Bewertung des Leistungsvermögens von Markt, Wettbewerb und Privateigentum bei der Versorgung mit öffentlichen Dienstleistungen,
- teils von gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Entscheidungen über die politisch gewollte und erwünschte Angebots- und Nachfragestruktur bei öffentlichen Diensten, oder
- sind das Ergebnis pragmatischen Denkens und Handelns, weil aufgrund von Sachzwängen, die sich aus der Anwendung des Europäischen Gemeinschaftsrechts ergeben, neue unternehmenspolitische Schlussfolgerungen auch hinsichtlich der Daseinsvorsorgeleistungen gezogen werden müssen.

Insofern resultieren die neueren Entwicklungen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge aus einer Gemengelage von unterschiedlichen, sich zum Teil auch widersprechenden Überzeugungen, Einstellungen und Handlungen in wissenschaftlicher, politischer und pragmatischer Sicht.

II. Zur Klärung der Begriffe „Daseinsvorsorge“, „Dienstleistungen im allgemeinen Interesse“, „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“

Der vielfach verwendete Begriff „Daseinsvorsorge“ wurde von dem Staatsrechtler *E. Forsthoff* (vgl. Forsthoff, 1938) in den dreißiger Jahren in die öffentlich-rechtliche Diskussion eingeführt. Der eher soziologisch interpretierte Daseinsvorsorgebegriff lässt offen, von wem und in welchem Sinne das so genannte Allgemeininteresse definiert bzw. entschieden wird. Wegen dieser Leerformelhaftigkeit erscheint dieser Begriff eher als problematisch, als dass er eine brauchbare Basis für Entscheidungs- bzw. Abgrenzungszwecke von Allgemein- und Privatinteresse sein dürfte. Gleichwohl wird das Sprachsymbol Daseinsvorsorge auch heute noch in der Politik und selbst in Übersetzungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts verwendet. Der Begriff meint im Grunde das, was unter **öffentlichen Dienstleistungen**, **Dienstleistungen im Allgemeininteresse** oder im **öffentlichen Interesse** verstanden wird. Bei der Verwendung der verschiedenen Begriffe erscheint es sinnvoll, sich nicht weit von der EU-Terminologie fortzubewegen, weil das Europäische Gemeinschaftsrecht künftig den Rahmen für die

ökonomischen Strukturen, Prozesse und Entwicklungen auch im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen und der Daseinsvorsorge bilden wird (vgl. zur Terminologie: EU-Kommission, 1996).

Im Folgenden soll in enger Anlehnung an die europäische Terminologie zwischen folgenden Begriffen unterschieden werden:

Leistungen der **Daseinsvorsorge** sind gemeinwohlorientierte Dienstleistungen bzw. Dienstleistungen, die im Allgemeininteresse erbracht werden. Sie können in Marktprozessen oder Nichtmarktprozessen erbracht oder gewährleistet sein und werden aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für das Individuum und für ein funktionierendes Gemeinwesen von der jeweils zuständigen staatlichen Institution (*public authority*) durch politische Entscheidung zu öffentlichen Pflichtaufgaben (Aufgaben im „Allgemeininteresse“) deklariert.

Unter Dienstleistungen von allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse, wie sie in Art. 86 Abs. 2 EGV genannt sind, sind nur die in der obigen Definition genannten **marktprozessbezogenen** Güter und Dienste gemeint, die im Allgemeininteresse erbracht bzw. gewährleistet und zu öffentlichen Pflichtaufgaben deklariert werden.

Universaldienstleistungen stellen nach der europarechtlichen Terminologie einen Unterfall der Leistungen der Daseinsvorsorge bzw. der Dienstleistungen im Allgemeininteresse bzw. der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen gemäß oben genannter Definition dar. Es handelt sich bei den Universaldiensten um Mindest- oder Basisdienstleistungen, die im Allgemeininteresse erbracht werden und bestimmte spezifische Eigenschaften haben, wie

- Gleichheit des Angebots (und nicht marktselektives Angebot) in einem nationalen oder supranationalen Raum hinsichtlich Quantität und Qualität der Dienste,
- diskriminierungsfreier Zugang für alle,
- Kontinuität des Angebots, z.B. hinsichtlich Versorgungssicherheit bei Dienstleistungen, die für Gemeinwesen und Individuum besonders bedeutsam sind,
- Erschwinglichkeit des Preises, damit auch minderbemittelte Bevölkerungsschichten nicht von der Nachfrage nach Dienstleistungen im Allgemeininteresse ausgeschlossen sind.

Universaldienstleistungsrichtlinien der EU und entsprechende Verordnungen auf einzelstaatlicher Ebene beziehen sich vorzugsweise auf die Sicherstellung eines flächendeckenden Mindestangebots von Infrastrukturdiensten in einem bestimmten Raum zu angemessenen, erschwinglichen Preisen (vgl. Cox, 1996a).

Typische Fälle der Daseinsvorsorge im allgemeinen **wirtschaftlichen** Interesse stellen die Infrastrukturdienste im Bereich der Energieversorgung, des Verkehrssektors, der Wasserversorgung, der Entsorgung, der Post, der Telekommunikation usw. dar. Es handelt sich bei diesen Dienstleistungen im Kern um **marktbezogene**, d.h. in Marktprozessen oder (bisher) in Wettbewerbsausnahmebereichen erbrachte Güter und Dienstleistungen. Hiervon abgegrenzt werden die Güter und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, die im allgemeinen (**nichtwirtschaftlichen**) Interesse liegen, wie öffentliche Sicherheit, kulturelle Dienste, soziale bzw. Wohlfahrtsdienste, Bildungsgüter (Schule, Universität) usw. Es handelt sich hier um Dienste im allgemeinen nichtwirtschaftlichen Interesse, weil diese Dienstleistungen nicht marktbezogen und vorwiegend als Ausnahmen vom Wettbewerb deklariert sind.

Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen im allgemeinen Interesse und Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ist insofern bedeutsam, weil nur die Dienstleistungen im allgemeinen **wirtschaftlichen** Interesse den Wettbewerbsregeln des Europäischen Rechts unterliegen. Das heißt konkret, dass für diese Dienste prinzipiell die EU-rechtlichen Gebote der Deregulierung und Entmonopolisierung gelten, so z.B. der Auflösung bisheriger Wettbewerbsausnahmebereiche und der Öffnung der Märkte im Sinne eines freien Ein- und Austritts von Wettbewerbern, der Nichtdiskriminierung, des Beihilfeverbots und anderer (hier nicht weiter) relevanter Wettbewerbsregeln (vgl. Cox, 1995).

Die Grenzlinie zwischen Dienstleistungen im allgemeinen **nichtwirtschaftlichen** Interesse und Dienstleistungen im allgemeinen **wirtschaftlichen** Interesse ist allerdings sehr unscharf und fließend, weil das Europäische Gemeinschaftsrecht kein objektives Abgrenzungskriterium für beide definiert (vgl. EU-Kommission, 1996). Im Grunde wird politisch oder rechtlich entschieden, ob eine bestimmte Dienstleistung dem einen oder dem anderen Bereich zuzurechnen ist. So kann künftig nicht ausgeschlossen werden, dass auch soziale Dienstleistungen, Bildungsgüter oder andere, bisher nichtmarktbezogene Dienste, künftig den Wettbewerbsregeln des Europäischen Gemeinschaftsrechts unterliegen sollen. Wenn im Folgenden von Diensten der Daseinsvorsorge die Rede ist, dann sind die marktbezogenen Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gemeint. Sie stehen im Vordergrund der folgenden Ausführungen.

III. Daseinsvorsorge in Deutschland gestern – heute – morgen

In der Vergangenheit wurden in Deutschland Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, die im Allgemeininteresse erbracht werden, in erster Linie oder gar ausschließlich durch die unmittelbare Staatsverwaltung oder durch öffentliche Betriebe in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts erbracht. Bei den öffentlichen Unternehmen in Rechtsformen des öffentlichen Rechts können unterschieden werden: Regiebetriebe (Bruttobetriebe), verselbständigte Anstalten in Form von Sondervermögen oder Eigenbetriebe (Nettobetriebe), öffentliche Anstalten und öffentlich-rechtliche Stiftungen. Über die Rechtsform des öffentlichen Rechts hinaus werden schon seit längerer Zeit Betriebe der Daseinsvorsorge auch in privatrechtlichen Organisationsformen geführt, wie beispielweise in Aktiengesellschaften (AG), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und privatrechtlichen Stiftungen (vgl. Püttner, 1985). Dienstleistungen der Daseinsvorsorge waren bis vor geraumer Zeit nicht das Ergebnis freier Wettbewerbsprozesse zwischen mehreren Anbietern, sondern wurden durch Wettbewerbsausnahmen geregelt. In diesem Sinne waren für die Sektoren Elektrizität, Gas, Wasser, Entsorgung, öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) und andere Infrastrukturbereiche örtliche oder regionale **Monopol-** bzw. **Alleinrechte** in Gestalt der spartenübergreifenden Stadtwerke typisch, die im Rahmen des kommunalen Querverbunds Verluste in der einen Sparte durch Gewinne in anderen Sparten ausgleichen konnten (interne Quersubventionierung bzw. interner Finanzausgleich). In anderen Infrastrukturbereichen, wie Post, Telekommunikation und Eisenbahn, gab es lange Zeit nationale Monopole, die von jeglichem Wettbewerb abgeschottet waren und als Staatsverwaltungen geführt wurden, heute jedoch getrennte, selbständige Unternehmens-einheiten (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Bahn AG) darstellen und zum Teil privatisiert sind. In anderen Wirtschaftsbereichen, wie dem Finanzdienstleistungssektor (Banken, Versicherungen), standen und stehen auch heute noch öffentliche Unternehmen, wie Sparkassen, Landesbanken, öffentlich-rechtliche Versicherungen usw. in einem zum Teil sehr intensiven Wettbewerb mit Privatbanken, Privatversicherungen und genossenschaftlichen Instituten („Gruppenwettbewerb“) (vgl. Cox, 1994; Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, 1998; Püttner, 1985).

Typische Kennzeichen des klassisch-öffentlichen Dienstleistungsbetriebs der Daseinsvorsorge sind bzw. waren:

- Öffentliche Trägerschaft bzw. Kapitaleignerschaft auf den verschiedenen Ebenen des föderalen Staates der Bundesrepublik Deutschland (Bund, Länder, Gemeinden) in Formen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Öffentliche Dienstleistungen bzw. Aufgaben werden somit in den unterschiedlichsten

Formen des Rechts erbracht, ohne dass dies zu negativen Auswirkungen auf die öffentlichen Dienste führen muss. In der Vergangenheit haben viele öffentliche Unternehmen, die in der Rechtsform des öffentlichen Rechts organisiert waren, privatrechtliche Rechtsformen angenommen (formale Privatisierung), ohne dass sie materiell privatisiert worden sind. Die materielle Privatisierung dagegen hat ganz oder teilweise zur Aufnahme privater Eigentümer geführt und ist eher das Ergebnis der neueren Entwicklung im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge.

- Typisch für den klassisch-öffentlichen Dienstleistungsbetrieb in der Vergangenheit war jedoch die **Alleineigentümerschaft** des Staates bzw. der verschiedenen Träger auf der Ebene der föderalen Staatsstruktur. Der öffentliche Eigentümer stellte das Eigenkapital zur Verfügung (z.B. als Alleingesellschafter oder in Form der so genannten Anstaltslast), haftete in der Regel unbegrenzt (Gewährträgerhaftung bei den Sparkassen und Landesbanken oder mit Eigenkapital) und übte durch eigene Aufsichtsorgane auch die **Kontrollfunktion** aus.
- Der klassisch-öffentliche Unternehmenstyp hatte als Zielfunktion **öffentliche Aufgaben** (Aufgaben bzw. Dienste im so genannten Allgemeininteresse bzw. öffentliche Aufgaben in der Daseinsvorsorge) zu erfüllen, die ihm durch Gesetz, Satzung oder in einer anderen institutionalisierten Form vorgegeben waren. Aufgrund dieser Instrumentalisierung wird in der Theorie der öffentlichen Wirtschaft auch von der **Instrumentalfunktion** öffentlicher Unternehmen gesprochen (vgl. Thiemeyer, 1975, S. 83ff.; Kirchhoff, 1983).
- Das klassisch-öffentliche Unternehmen, ob nun in der Form des öffentlichen oder des privaten Rechts, wurde als totaler oder partieller **Wettbewerbsausnahmebereich** geführt. Als Monopolunternehmen mit Alleinrechten in der jeweiligen Sparte hatte es Aufgaben bzw. Dienstleistungen im Allgemeininteresse zu erfüllen, wofür ihm hinsichtlich der Finanzierung unterschiedliche Instrumente zur Verfügung standen. Diese reichten von der limitierten Gewinnpolitik (Finanzierung über den Preis) über kostendeckende Preise bzw. Gebühren bis hin zu nichtkostendeckenden Preisen / Gebühren und im Extrem bis hin zum Nulltarif (vgl. Thiemeyer, 1975, S. 170ff; ders., 1979). In den beiden letztgenannten Fällen wurde vorwiegend das Instrument der internen Subventionierung bzw. Querfinanzierung im Sinne eines Finanzausgleichs zwischen profitablen und nichtprofitablen Produkten, Diensten, Sparten, Betrieben oder Regionen angewandt (vgl. Thiemeyer, 1975; ders., 1979). Die Methode der internen

Querfinanzierung bzw. Subventionierung war ein geeignetes Instrument, um öffentliche Infrastrukturaufgaben im Sinne der oben genannten Universaldienstleistungskriterien zu erfüllen. Seit Auflösung der Monopole und Beseitigung der damit verbundenen Alleinrechte durch Europäisches Gemeinschaftsrecht ist der Finanzierungsmodus der internen Quersubventionierung nur noch im Ausnahmefall oder als Übergangsregelung möglich, es sei denn, Art. 86 Abs. 2 böte die Möglichkeit zu Ausnahmeregelungen. Als aktuelle Beispiele für die noch mögliche Querfinanzierung können heute noch das Briefmonopol der Deutschen Post AG und der kommunale Querverbund genannt werden.

Struktur und Organisation der öffentlichen Daseinsvorsorge haben sich in der EU und damit auch in Deutschland in den vergangenen Jahren sehr stark verändert. In diesem Kontext kann durchaus von einem **Paradigmenwechsel** gesprochen werden, der wie folgt umschrieben werden kann (vgl. Cox, 1997a; Cox, 1999a):

- Abschied von der rein staatlichen, nichtwettbewerblichen Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge hin zu **gemischtwirtschaftlicher** oder gar **privatwirtschaftlicher** Versorgung bzw. Gewährleistung,
- und dies tendenziell unter **Markt- und Wettbewerbsbedingungen**, d. h. unter Beseitigung bisheriger Wettbewerbsausnahmeregelungen und Monopolrechte (Marktregulierung),
- allerdings unter gleichzeitiger Beachtung des Allgemeininteresses durch entsprechende **Aufgabenverpflichtung**, wobei in diesem Fall die mit öffentlichen Dienstleistungen betrauten Unternehmen in den verschiedensten Eigentumsformen (öffentlich, privat oder gemischt) einer Regulierung im Allgemeininteresse (Aufgabenregulierung) unterliegen.

Vor diesem Hintergrund betrachtet kann eine Entwicklung festgestellt werden, bei der das ehemals klassisch-öffentliche Unternehmen immer mehr dem gemischtwirtschaftlichen oder gar dem regulierten Privatunternehmen zu weichen scheint. Der Staat als bisheriger Alleinträger öffentlicher Unternehmen beginnt sich immer mehr aus der unmittelbaren Produktion von öffentlichen Gütern und Dienstleistungen zurückzuziehen und sich in die Position des **Gewährleistungsstaats** zu begeben, der sicherzustellen hat, dass die Bevölkerung in angemessenem Umfang auch mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bzw. mit Dienstleistungen der Daseinsvorsorge versorgt wird. Ein solcher Paradigmenwechsel zeichnet sich europaweit ab (vgl. Cox, 1997a; Cox, 1999a). Die Auswirkungen auf die Qualität, Quantität und andere Performancekriterien des öffentlichen Dienstleistungsangebots sind allerdings noch nicht klar abzusehen.

IV. Ursachen des Strukturwandels in der Daseinsvorsorge

Die Gründe für den Strukturwandel in der öffentlichen Daseinsvorsorge sind teils **außenbestimmt**, d. h. durch politische bzw. rechtliche Vorgaben bedingt, teils sind sie **marktdogener** Art, weil Strukturänderungen nach erfolgter Deregulierung und Abschaffung von Alleinrechten aus Anpassungsprozessen im Wettbewerb resultieren.

Zu den außenbestimmten Determinanten zählt ohne Zweifel das Europäische Gemeinschaftsrecht, dem das Ziel eines funktionierenden Binnenmarkts in Europa zugrunde liegt. Deshalb wurde in den letzten Jahren eine konsequente Deregulierungs- und Entmonopolisierungspolitik hinsichtlich der bisher gewährten Alleinrechte (Wettbewerbsausnahmbereiche) betrieben. Viele Bereiche der Daseinsvorsorge hatten – wie eingangs schon erwähnt – den Charakter typischer Wettbewerbsausnahmbereiche. Die Daseinsvorsorge (*service public* in Frankreich) (vgl. Cox, 1996d; Püttner, 2000, S. 50 ff.) wurde als eine typische Aufgabe und Domäne des Staates angesehen, der, durch Exklusivrechte vor Markteintritt Dritter geschützt, Leistungen der Daseinsvorsorge direkt erbrachte, sei es durch die öffentliche Verwaltung oder durch eigene öffentliche Unternehmen. Diese exklusive Staatstätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge wurde und wird durch das Europäische Gemeinschaftsrecht zunehmend infrage gestellt. Der vom Wettbewerbsgedanken dominierte Europäische Gemeinschaftsvertrag hält sich zwar in Bezug auf die Eigentumsordnung neutral (Art. 295 EGV) und überlässt die Frage von Privatisierung oder öffentlichem Eigentum den Mitgliedstaaten, fordert allerdings mit dem wichtigen Art. 86 EGV die prinzipielle Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen. Im Art. 86 EGV heißt es:

(1.) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag ... widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2.) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrag, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert ...

(3.) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

Weil das primäre und auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht in Gestalt von Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten nationales Recht bekanntlich bricht, sind die Mitgliedstaaten aufgefordert und verpflichtet, bisheriges nationales Recht dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht anzupassen. Dies ist in der Vergangenheit durch eine entsprechende Deregulierungs- und Entmonopolisierungspolitik geschehen, bei welcher Wettbewerbsausnahmeregelungen im Bereich der Daseinsvorsorge beseitigt wurden, wenn Wettbewerb prinzipiell möglich ist und die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtlich oder tatsächlich verhindert (Art. 86 Abs. 2 EGV). Es ist leicht nachvollziehbar, dass die Inanspruchnahme dieser Ausnahmeregelung nach Art. 86 Abs. 2 EGV an verschiedene nachzuweisende Bedingungen gebunden ist und dieser Beweis nicht leicht zu führen ist. Die besondere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass in einem **Hypothesentest** geprüft werden müsste, ob bei hypothetischer Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der besagten öffentlichen Dienstleistung verhindert wird (vgl. Cox, 1996d, S. 167f.).

Neben Art. 86 gilt nach Art. 87 EGV auch das prinzipielle Verbot von wettbewerbsverfälschenden Beihilfen jeglicher Art an öffentliche und private Unternehmen, sieht man von bestimmten eng gezogenen Ausnahmen einmal ab.

Der restriktiven Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV liegen eine marktoptimistische Sicht und das ordnungspolitische Ziel zugrunde, dass Unternehmen, ob privat oder öffentlich, in Wettbewerbsprozessen genauso gut, wenn nicht gar besser, auch Dienstleistungen von Allgemeininteresse erbringen können (vgl. Burr, 1995; Monopolkommission, 1996; Cox, 1999b). Zwischen dem Prinzip des freien Marktes und dem mit der *Property rights*-Theorie begründeten Leistungsanreizsystem des Privateigentums an den Produktionsmitteln einerseits und guten ökonomischen Marktergebnissen andererseits wird weniger ein Zielkonflikt als vielmehr prinzipiell eine **Zielharmonie** gesehen. Diese Grundthese wird generell auch auf die Leistungen der Daseinsvorsorge übertragen, selbst wenn diese von netzgebundenen Leistungsträgern erbracht werden, so z.B. in Bereichen des Schienenverkehrs, der Energieversorgung, der Wasserwirtschaft, des Entsorgungssektors, der Telekommunikationsnetze und anderen netzgebundenen Dienstleistungsbereichen. Dabei wird keineswegs bezweifelt, dass es im Bereich der Netze nach wie vor natürliche Monopole geben kann und deshalb Marktversagen vorliegt. Ein solches Marktversagen bei natürlichen Netzmonopolen, sofern solche aufgrund der angewandten Netztechnik noch vorliegen, wird jedoch durch die Trennung von Netz und Netzbenutzung relativiert, indem das Netz nach wie vor als Monopol geführt wird, jedoch Wettbewerb **auf** dem Netz oder **im** Netz durch Öffnung des Netz-

zugangs für Dritte ermöglicht wird. Deshalb gibt es in Europa ein intensives Bestreben, nicht nur auf oder im Netz Wettbewerb einzuführen, sondern selbst Netzmonopole in einem öffentlichen Bieterwettbewerb an Dritte zu vergeben (vgl. Bolle / Hoven, 1989, S. 460; Cox, 2000, S. 82f.). Hiervon verspricht man sich positive ökonomische Marktergebnisse in Form von Kosten- und Preissenkungen und besserer Qualität auch bei den Netzen und den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Ein besonderes Problem besteht allerdings darin, dass selbst bei funktionierendem Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden kann, dass bestimmte öffentliche Dienstleistungen nicht optimal erbracht werden können. Dies gilt vor allen Dingen dann, wenn hohe Maßstäbe an die Dienstleistungsstandards angelegt und hierdurch die Rentabilitätschancen der Dienstleistungsanbieter verschlechtert werden. Unter diesen Bedingungen hätte eine „optimale“ flächendeckende Versorgung mit Infrastruktur und entsprechenden Dienstleistungen zu „erschwinglichen“ Preisen, die die Kosten der Infrastruktur nicht ganz abdecken, kaum eine Chance im Wettbewerb. Selbst dieser Fall braucht nach der geltenden Wettbewerbsphilosophie des EGV die Einführung des Wettbewerbs nicht auszuschließen, wenn die nach einem Ausschreibungswettbewerb betrauten Unternehmen verpflichtet werden, auch nichtkostendeckende Infrastrukturdienste zu erbringen (vgl. Cox, 1997b). Allerdings müssen solche defizitfinanzierten Leistungen der Daseinsvorsorge durch einen **externen Finanzausgleich** abgegolten werden, sei es im Wege der Subventionierung durch das Staatsbudget oder durch spezifische Finanzierungsfonds (vgl. Cox, 1996c). Während früher unter Wettbewerbsausnahmebedingungen die Defizitfinanzierung durch die interne Quersubventionierung im Rahmen des öffentlichen Monopols sichergestellt war (vgl. Thiemeyer, 1975; ders., 1979), so zeichnet sich heute mit der externen Finanzierungslösung auch ein Strukturwandel im Bereich der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen ab, sofern die Unternehmen aus Rentabilitätsgründen nicht bereit sind, selbst die defizitfinanzierten Kosten im Wege der Mischkalkulation zu tragen. Durch den Finanzierungsmodus des externen Finanzausgleichs wird Ausschreibungswettbewerb selbst bei nichtkostendeckenden Gebühren bzw. Preisen auch im Bereich der Daseinsvorsorge ermöglicht. Unter solchen Finanzierungsbedingungen, nämlich solchen des externen Finanzausgleichs defizitfinanzierter Daseinsvorsorgeleistungen, wird den leistungserbringenden Unternehmen auch der Gang an die Börse und damit die (Teil-) Privatisierung eröffnet, weil sichergestellt ist, dass die nicht gedeckten Kosten nicht aus den Gewinnen, sondern aus externen Finanzierungsquellen getragen werden.

Es ist bekannt, dass der größte Teil der öffentlichen Unternehmen unterkapitalisiert ist und sie deshalb in ihrer künftigen Wettbewerbsfähigkeit eingeschränkt sind. Inso-

fern sind dem klassisch-öffentlichen Unternehmen Wachstumsgrenzen gesetzt, als die öffentlichen Träger heute kaum noch in der Lage sind, ihre eigenen öffentlichen Unternehmen mit dem notwendigen Eigenkapital auszustatten und wettbewerbsfähig zu machen. Deshalb sind viele öffentliche Unternehmen gezwungen, sich zumindest partiell mit privatem Eigenkapital zu versorgen, sich in Aktiengesellschaften umzuwandeln und auch den Gang an die Börse anzutreten (vgl. Cox, 1999a). Eine solche Teil- oder gar Vollprivatisierung stellt ohne Zweifel einen Paradigmenwechsel weg vom klassisch-öffentlichen Unternehmen hin zum gemischtwirtschaftlichen oder zum vollprivatisierten Unternehmenstyp dar. Solche Entwicklungen sind in fast allen europäischen Ländern als das Ergebnis marktendogener Anpassungsprozesse zu beobachten (vgl. Cox, 1997a; Cox, 1999a). Aufgrund der Budgetrestriktionen des Staates entsteht fast ein automatisch wirkender „Sachzwang“, zu privatisieren oder gar an die Börse zu gehen, wenn die Unternehmen im Wettbewerb bestehen wollen. In diesem Kontext muss allerdings die Eigentumsneutralität des Europäischen Gemeinschaftsrechts relativiert werden. Der EGV ist in Bezug auf das Eigentum *de jure* zwar neutral (vgl. Art. 295 EGV), weil er bekanntlich nicht zur Privatisierung verpflichtet. Aber *de facto* erzeugt das Europäische Gemeinschaftsrecht durch das dominierende Wettbewerbsprinzip in Verbindung mit den Budgetrestriktionen der öffentlichen Hände einen impliziten Sachzwang zur Privatisierung. Zumindest mit der Teilprivatisierung müssen sich die Verantwortlichen, ob sie es wollen oder nicht, abfinden, aber auch erkennen, dass sich durch die Aufnahme privater Miteigentümer die Unternehmensstrukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge einschließlich der Interessenstrukturen und der Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse im Unternehmen gegenüber dem früheren Status erheblich verändert haben oder verändern werden. Privatinteresse und Allgemeininteresse vermengen sich und müssen auf einen neuen einheitlichen Nenner gebracht werden. In Bezug auf die Gemeinwohlaufgaben bedeutet dies, dass eine zweckadäquate Vertragsgestaltung und die öffentliche Aufgabenregulierung im Sinne klar definierter Dienstleistungsverpflichtungen künftig einen hohen Stellenwert einnehmen werden, wenn es gilt, das Privat- und das Allgemeininteresse sachgerecht aufeinander abzustimmen.

V. Entwicklungstendenzen der Daseinsvorsorge und Wettbewerb als Chance

Schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann nach Deregulierung und Öffnung der Märkte für Drittanbieter festgestellt werden, dass sich im Bereich der Daseinsvorsorge in Deutschland und auch europaweit anstelle des oder neben dem „klassischen“ öffentlichen Unternehmen neue, andersartige Unternehmensformen zu etablieren be-

ginnen bzw. schon entstanden sind. Die Entwicklung scheint in verschiedenen Bereichen sehr stark in Richtung des gemischtwirtschaftlichen und auch in Richtung des (regulierten) Privatunternehmens zu gehen, das der Aufgabenregulierung im Allgemeininteresse unterläge. In diesem Zusammenhang kann u.a. auf die Entwicklung der Post und Telekommunikation, des Verkehrssektors, im Besonderen des öffentlichen Personen- und Nahverkehrs, der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft verwiesen werden. Ob diese Entwicklungstendenz typisch für alle Bereiche der Daseinsvorsorge oder gar unentrinnbar ist, kann gegenwärtig nicht abgeschätzt werden. In anderen Dienstleistungsbereichen kann nach wie vor ein ausgesprochen intensiver Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmenstypen, nämlich öffentlichen, privaten, genossenschaftlichen und freigemeinnützigen festgestellt werden. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf den „Gruppenwettbewerb“ innerhalb des Banken- und Versicherungssektors (vgl. Cox, 1994; Gesellschaft der öffentlichen Wirtschaft, 1998). Im städtischen Bereich dominiert nach wie vor der Typ des kommunalen Unternehmens (Stadtwerke), sei es in rein kommunaler oder gemischter Trägerschaft (meist unter Beteiligung großer Energieversorger), und dieser wird auch langfristig seine Bedeutung behalten, aber nicht mehr ausschließlich als Alleinanbieter in den klassischen Daseinsvorsorgebereichen der Kommunalwirtschaft, wie Strom, Gas, Wasser, Nahverkehr, Entsorgung usw. Selbst in diesen Bereichen hat sich zum Teil schon ein intensiver Parallel- und Ausschreibungswettbewerb entwickelt, der im Ergebnis auch zu Kosten- und Preissenkungen geführt hat. Inwieweit diese Lage stabil ist, kann derzeit nicht abgeschätzt werden. Denkbar ist, dass es nach Bereinigung der Marktstrukturen auch wieder zu Preiserhöhungen kommen wird. Der Telekommunikationssektor wäre ein Beispiel für eine solche Entwicklung.

In vielen dieser Daseinsvorsorgebereiche nehmen die verschiedenartigen Anbieter bzw. Anbietergruppen zum Teil gewinnorientierte Wettbewerbsgeschäfte, zum Teil öffentliche Aufgabenverpflichtungen wahr, wozu sie durch Gesetz, Satzung oder auf andere institutionelle Art verpflichtet sind, z.B. durch Aufgabenregulierung und Aufgabenverpflichtung im Rahmen der Universaldienstleistungsverordnungen bei Post und Telekommunikation. Hierbei handelt es sich zu einem großen Teil um solche Daseinsvorsorgeleistungen, die von unregulierten Privatunternehmen im freien Wettbewerb aufgrund erwarteter niedriger Rendite oder gar Unrentabilität nicht ohne weiteres freiwillig bereitgestellt würden, es sei denn, diese Daseinsvorsorgeaufgaben würden zumindest partiell auf externe Weise querfinanziert.

Ob der derzeitige Strukturstatus in der Daseinsvorsorge, im Besonderen die Dominanz des kommunalen Stadtwerketyps, und der so genannte Gruppenwettbewerb bzw. das Drei-Säulen-Modell im deutschen Banken- und Versicherungswesen stabil ist, ist schwer abschätzbar. Auch in diesen klassisch-öffentlichen Versorgungs- und Dienstleistungsbereichen sind die Unternehmensstrukturen, Organisationsformen, Regelungen und Arrangements der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung ständig im Fluss. In welche Richtung sie sich konkret entwickeln werden, kann angesichts der prinzipiellen Offenheit von Wettbewerbsprozessen nicht ohne weiteres prognostiziert werden. Aber es zeichnet sich ein allgemeines Muster ab, das eine mehr oder weniger starke Anpassung an privatwirtschaftliche Unternehmensstrukturen und Managementtechniken aufzeigt (vgl. Cox, 1999a).

Man kann den sich abzeichnenden und stärker werdenden Wettbewerb um die bestmögliche Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse auch als **Wettbewerb der Institutionen**, d.h. als Wettbewerb der unterschiedlichen Arrangements, Organisationsformen und Regelsysteme zur Erfüllung öffentlicher Dienstleistungen begreifen. Bei der Übertragung dieses institutionenökonomischen Ansatzes (vgl. Cassel, 1996; Mussler / Wohlgemuth, 1995; vgl. Streit, 1995) auf die öffentliche Daseinsvorsorge wird der evolutiv-systemtheoretische Marktprozessansatz auf den Vorgang der öffentlichen Dienstleistungserbringung übertragen. In diesem Sinne wird der Wettbewerb als „Such- und Entdeckungsverfahren“ (vgl. von Hayek, 1969, S. 249ff.) auch in den Dienst der optimalen Aufgabenwahrnehmung im Allgemeininteresse gestellt. Vielleicht ist es nicht gewagt zu behaupten, dass in einem solchen Wettbewerb der unterschiedlichen institutionellen Arrangements zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben durchaus eine positiv zu bewertende Chance für die künftige Daseinsvorsorge liegt.

Literatur

- Bolle, Friedel / Hoven, Ingolf, 1989: Wettbewerb um das exklusive Angebotsrecht, Franchise Bidding als alternatives Regulierungsinstrument. In: Finanzarchiv, 47 (3), S. 460-478.
- Burr, Wolfgang, 1995: Netzettbewerb in der Telekommunikation - Chancen und Risiken aus Sicht der ökonomischen Theorie. Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag.
- Cassel, Dieter (Hrsg.), 1996: Entstehung und Wettbewerb von Systemen. Berlin: Duncker & Humblot.

- Cox, Helmut, 1994: Kommunale Sparkassen privatisieren? Bemerkungen aus ordnungs- und wettbewerbstheoretischer Sicht. In: *Kredit und Kapital*. 27 (2), S. 235-267.
- Cox, Helmut, 1995: Decision Criteria and Principles for Public Services. In: *Annals of Public and Cooperative Economics* 66 (2). Oxford: Blackwell Publishers, S. 147-158.
- Cox, Helmut (Hrsg.), 1996a: Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsfeld zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip. Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 40. Baden-Baden: Nomos.
- Cox, Helmut (Hrsg.), 1996b: Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Bd. II. Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 37. Baden-Baden: Nomos.
- Cox, Helmut, 1996c: Europäischer Binnenmarkt und Telekommunikations- und Postreform in Deutschland. In: Helmut Cox (Hrsg.), *Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union*, Bd. II, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 37. Baden-Baden: Nomos, S. 83-114.
- Cox, Helmut, 1996d: Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung. Das europäische Gemeinschaftsrecht unter dem Einfluss des Service Public-Gedankens. In: *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 41, S. 161-188.
- Cox, Helmut, 1997a: Paradigmenwechsel in der deutschen Wirtschaftspolitik und im öffentlichen Unternehmen: Vom klassischen öffentlichen Unternehmen hin zur regulierten Unternehmung? In: *Strukturwandel und Paradigmenwechsel in der öffentlichen, sozialen und genossenschaftlichen Wirtschaft im Kontext des Allgemeininteresses*. In: Lionel Monnier, Bernard Thiry, *Zeitschrift für Gemeinwirtschaft*, Bd. 3-4, Wien, 50-61, (deutsche Übersetzung von „Structural Changes and General Interest: Which paradigms for the Public, Social and Cooperative Economy?“, edited by Monnier, L. and Thiry, B. In: *Annals of Public and Cooperative Economics / Annales de l'Economie Publique Sociale et Cooperative*, 68 (3), Oxford: Blackwell Publishers).
- Cox, Helmut, 1997b: Die Interdependenz von öffentlicher Leistungszielkonzeption und Finanzierungsinstrumentarium bei öffentlichen Unternehmen. In: Gebhard Zimmermann (Hrsg.), *Neue Finanzierungsinstrumente für öffentliche Aufgaben*. Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 39, Baden-Baden: Nomos, S. 125-144.
- Cox, Helmut, 1999a: Öffentliche Unternehmen und Europäischer Binnenmarkt - Kommt es zu einem Paradigmenwechsel in der öffentlichen Wirtschaft? In: Dietmar Bräunig / Dorothea Greiling (Hrsg.): *Stand und Perspektiven der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre*. Berlin: Berlin-Verlag, S. 268-279.
- Cox, Helmut, 1999b: Regulierung, Privatisierung und Globalisierung von Post und Telekommunikation - Rückblick und Ausblick über zehn Jahre Post- und Telekommunikationsreform in Deutschland. In: *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, Nr. 1. München, S. 73-100.

- Cox, Helmut, 2000: Das Angebot von Universaldienstleistungen und Probleme ihrer Vergabe im öffentlichen Bieterwettbewerb. In: Helmut Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistung in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse. In: Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 45. Baden-Baden: Nomos, S. 73-95.
- EU-Kommission, 1996: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. Mitteilung der Kommission (KOM (96)443 vom 11.09.1996).
- Forsthoff, Ernst, 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger. Stuttgart, Berlin: Kohlhammer.
- Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), 1998: Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, H. 17. Berlin.
- Hayek, Friedrich A. von, 1969: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. In: Walter-Eucken-Institut, Freiburg i.Br.: Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchung, Bd. 5: Freiburger Studien - Gesammelte Aufsätze von F.A. von Hayek. Tübingen: Mohr, S. 249-265.
- Kirchhoff, Ulrich, 1983: Managementverhalten in öffentlichen Banken - Ein Beitrag zur Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen. Diskussionsbeiträge zur Öffentlichen Wirtschaft, Nr. 3, hrsg. von der Forschungsgruppe Öffentliche Wirtschaft. Duisburg.
- Monopolkommission, 1996: Die Telekommunikation im Wettbewerb. Sondergutachten, Bd. 24. Baden-Baden: Nomos.
- Mussler, Werner und Wohlgemuth, Michael, 1995: Institutionen im Wettbewerb - Ordnungstheoretische Anmerkungen zum Systemwettbewerb in Europa. In: Peter Oberender / Manfred E. Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß. Baden-Baden: Nomos, S. 9-45.
- Püttner, Günter, 1985: Die öffentlichen Unternehmen - ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl. Stuttgart u.a.: Borberg.
- Püttner, Günter, 2000: Daseinsvorsorge und service public im Vergleich. In: Helmut Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse. In: Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Bd. 45. Baden-Baden: Nomos, S. 45-55.
- Streit, Manfred E., 1995: Dimensionen des Wettbewerbs - Systemwandel aus ordnungsökonomischer Sicht. In: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 44 (2). Stuttgart, S. 113-134.
- Thiemeyer, Theo, 1975: Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe. Hamburg: Rowohlt.
- Thiemeyer, Theo, 1979: Möglichkeiten und Grenzen der Kostendeckung im Bereich der Infrastruktur. In: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, 11. Göttingen, S. 209-221.

Der Autor

Univ.-Prof. Dr. Helmut Cox, Gerhard-Mercator-Universität Duisburg, Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre / Spezielle Wirtschaftspolitik. Lehr- und Forschungsschwerpunkte, Buch- und Zeitschriftenveröffentlichungen auf folgenden Gebieten: Ordnungspolitik, Strukturpolitik, Öffentliche Wirtschaft, Wettbewerb / Industrial Economics, Labour Economics, EU-Binnenmarkt. Funktionen: Stellvertretender Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft / GÖW, Berlin; Vorstandsmitglied des Internationalen Forschungs- und Informationszentrums für öffentliche Wirtschaft, Lüttich (Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Cooperative / CIRIEC), Mitglied des Editorial Board der Annals of Public and Cooperative Economics / Annales de l'Economie Publique Sociale et Cooperative; Vorsitzender der Internationalen Wissenschaftlichen Kommission „Public Economics“ (CIRIEC, Lüttich).

Bernd von Maydell

Kompetenz und Legitimation zur Regelung der Daseinsvorsorge auf EU-Ebene

Die Leistungen der Daseinsvorsorge dienen regelmäßig der Erreichung von Zielen, an denen der Staat ein besonderes Interesse hat. Die Anwendung des europäischen Rechts, vor allem des Wettbewerbsrechts der EU, kann nun dazu führen, dass diese Zielerreichung in Frage gestellt wird. Das gilt auch für den Bereich der sozialen Sicherheit, einem speziellen Sektor der Daseinsvorsorge, der Gegenstand des nachfolgenden Beitrages ist. Wie bereits bei den typischen Leistungen der Daseinsvorsorge wirkt das europäische Recht auch auf die Systeme der sozialen Sicherheit ein, obwohl die Rechtsetzung in diesem Bereich noch den Mitgliedstaaten obliegt.

I. Ausgangspunkt

Die Frage, was die Europäische Union (EU) und was die Mitgliedstaaten bzw. ihre territorialen Untergliederungen regeln sollten, stellt sich seit Schaffung der Europäischen Gemeinschaften und wird kontrovers diskutiert und beantwortet. Der Gemeinschaftsvertrag sieht zwar eine Reihe von Kompetenzzuweisungen vor, dennoch bleiben Unklarheiten bestehen. Diese Problematik hat für den Bereich der Daseinsvorsorge eine besondere Aktualität. Die kontroverse Debatte hat sich u.a. an den Sparkassen und Landesbanken entzündet. Das sollte aber nicht den Blick dafür versperren, dass auch in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge Konflikte bestehen oder aufbrechen können.

II. Zum Begriff der Daseinsvorsorge

Über den Begriff der Daseinsvorsorge ist bereits einiges in den vorangegangenen Referaten gesagt worden. Da die Beispiele in diesem Beitrag aus der Sozialpolitik gewählt werden, die zumeist nicht explizit als Teilbereich der Daseinsvorsorge genannt

wird, bedarf es trotz der schon erfolgten terminologischen Präzisierung einer zumindest knappen begrifflichen Abgrenzung.¹⁾

Daseinsvorsorge umfasst Leistungen (im weitesten Sinne), deren Erbringung für die menschliche Existenz notwendig ist. Die Form dieser Leistungserbringung weist Besonderheiten – im Vergleich zu der Versorgung mit sonstigen Gütern und Diensten allgemein – auf, die sich zumeist in einer längeren historischen Entwicklung herausgebildet haben. Zu den Besonderheiten gehört, dass der Staat diese Leistungen zum Teil selbst erbringt oder sie zumindest sehr detailliert regelt.²⁾ Damit ist der mögliche Konflikt mit dem europäischen Recht vorgegeben. Denn einerseits tendiert die Europäische Union als Wirtschaftsgemeinschaft zu einem einheitlichen Markt – ohne nationalstaatliche Regulierung; andererseits verfolgen die Nationalstaaten mit Regelungen über die Daseinsvorsorge bestimmte Ziele der Existenzsicherung. Hinzu kommt, dass historisch entwickelte Strukturen zumeist besonders resistent gegenüber einer Nivellierung in der Europäischen Gemeinschaft sind.

III. Institutionen der sozialen Sicherheit als Teil der Daseinsvorsorge

Da die Daseinsvorsorge sehr unterschiedliche Institutionen und Dienste umfasst und der Konflikt zwischen Gemeinschafts- und nationalen Kompetenzen sich jeweils spezifisch stellt, scheint es wenig sinnvoll, die Fragestellung nach den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Daseinsvorsorge generell zu untersuchen. Vielmehr zeigen sich die Probleme sehr viel deutlicher, wenn man sich mit speziellen Sektoren befasst.

Zu den Institutionen der Daseinsvorsorge gehören auch weite Bereiche der sozialen Sicherheit, etwa Sozialversicherungsträger (Krankenkassen, Arbeitsämter, Rentenversicherungsanstalten, Unfallversicherungsträger etc.) und so genannte Leistungserbringer (Krankenhäuser, Pflegeheime, sonstige soziale Dienste und Einrichtungen etc.)³⁾. Wenn nachfolgend dieser Bereich herausgegriffen wird, obwohl er nicht im Mittelpunkt der Diskussion über die Entwicklung der Daseinsvorsorge in Europa steht, so geschieht dies, weil der Konflikt zwischen nationalstaatlicher Regelung und europäischer Marktorientierung hier noch nicht entschieden ist, gewisse Entwicklungstendenzen sich aber schon abzeichnen.

Wie bei den Landesbanken und den Sparkassen wird das deutsche System sozialer Sicherheit durch einige Besonderheiten im Vergleich zu den meisten anderen nationalen Systemen in den Mitgliedstaaten der EU gekennzeichnet. Die soziale Sicherheit ist staatliche Regelungsaufgabe, die Arbeitgeber werden nur punktuell herangezogen (Lohnfortzahlung). Gleichzeitig ist aber die Durchführung der sozialen Sicherheit primär korporatistisch geprägten Sozialversicherungsinstitutionen übertragen, die eine eigene Selbstverwaltung aufweisen, die sie von der Staatsverwaltung abgrenzt. Eine gewichtige Rolle spielen, auch das ist eine deutsche Besonderheit, die Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege (Rotes Kreuz, Caritas, Innere Mission, Arbeiterwohlfahrt etc.). Sie erbringen vor allem im Rahmen der Sozialhilfe aber auch bei der Pflege und der Krankenversorgung vielfältige Sozialleistungen. Ihre spezifische Position zwischen Staat und Markt bereitet im europäischen Rahmen einige Probleme.

Inwieweit allerdings die Organe der Europäischen Gemeinschaft die soziale Sicherheit zu der Daseinsvorsorge zählen, ist nicht eindeutig. Die Definition, die Leistungen der Daseinsvorsorge in der Mitteilung der Kommission⁴⁾ erfahren,⁵⁾ umfasst offensichtlich auch Leistungen der sozialen Sicherheit. Daraus könnte man folgern, dass Artikel 16 EGV (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse) sich auch auf den Sozialsektor bezieht. Andererseits konzentriert sich die Mitteilung der Kommission im Wesentlichen auf Leistungen der Telekommunikation, des Verkehrs und der Energie und spricht den Sektor der sozialen Sicherheit nicht an. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass dieser Bereich zur Daseinsvorsorge zu zählen ist,⁶⁾ und sich die Frage nach der Anwendung der EG-Freiheiten und des EG-Wettbewerbsrechts stellt⁷⁾, wobei die Frage, ob dies aus Artikel 16 EGV oder bereits aus den Grundfreiheiten selbst folgt, letztlich dahinstehen kann.

Man könnte nun, was das weitere Herangehen an die Thematik anbelangt, daran denken, dass man, um die zu behandelnde Problematik zu entwickeln, von einzelnen Institutionen, wie den Trägern der freien Wohlfahrt oder den gesetzlichen Krankenkassen ausgeht, und an diesen Institutionen zeigt, wie die nationalen Regelungen in Konflikt zu europäischem Recht geraten. In Anbetracht der knappen zur Verfügung stehenden Zeit bestände bei einem solchen Vorgehen allerdings die Gefahr, dass die notwendige kasuistische Einzelfallbetrachtung nicht mehr genügend Raum für die Grundproblematik des Nebeneinanders von staatlichen und supranationalen Kompetenzen und Regelungen lässt.

IV. Einwirkungen des EU-Rechts auf das Sozialrecht und die Sozialpolitik

1. Keine Rechtsetzungskompetenz der EU auf dem Gebiet der Sozialpolitik

Europäischem Recht kommt der Vorrang vor dem Recht der Nationalstaaten zu. Soweit also die EU Rechtsetzungskompetenz hat und sie von dieser Kompetenz Gebrauch macht, wird das nationale Recht verdrängt. Das gilt z.B. für das sozialrechtliche Koordinierungsrecht, das die EU zur Gewährleistung der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer geschaffen hat.⁸⁾ Im Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach Rat und Kommission Rechtsakte nur erlassen können, wenn und soweit die konkreten Vertragsbestimmungen zur Regelung der einzelnen Materie solche Akte vorsehen. Für die Sozialpolitik besteht eine solche Kompetenz nicht, jedenfalls nicht umfassend. Das bedeutet nun aber nicht, dass die EU im sozialpolitischen Bereich keine Handlungsmöglichkeit besitzt. Zwar hat sich nach langen Auseinandersetzungen über eine Harmonisierung der sozialen Sicherungssysteme die Auffassung durchgesetzt, dass eine solche nicht realisierbar und auch nicht wünschbar ist. Denn die soziale Sicherheit weist in jedem Staat spezifische Besonderheiten auf, die sich im Laufe der Geschichte entwickelt haben und an die sich die Bevölkerung gewöhnt hat. Jede Änderung wird daher mit Misstrauen und Skepsis aufgenommen. Darüber hinaus würde eine Angleichung nur auf einem oberen Niveau möglich sein, das für alle Staaten mit einem niedrigeren Leistungsniveau erhebliche wirtschaftliche Probleme mit sich bringen würde. Das Ziel einer Harmonisierung ist daher schon seit längerer Zeit aufgegeben worden. Gleichzeitig wird jedoch eine Annäherung der sozialen Sicherungssysteme im Rahmen der allseits in den Mitgliedstaaten erforderlichen Reformen angestrebt. Dafür ist der Begriff der Konvergenz geprägt worden. Für eine Politik der Konvergenz sind Instrumente entwickelt worden, mit deren Hilfe in einem Prozess des Meinungsaustausches eine Annäherung zwischen den Staaten über soziale Ziele und Verfahren erreicht werden soll. Dafür ist neuerdings ein Benchmarking-Verfahren entwickelt worden, das als offene Koordinierung bezeichnet wird und bereits im Bereich der Arbeitsmarktpolitik angewendet worden ist. Weitere mögliche Anwendungsfelder sind die soziale Eingliederung, die Sicherung der Altersrenten und die Finanzierung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung. In diesem Verfahren der offenen Koordinierung wirken Kommission und Rat bei der Erarbeitung von Leitlinien und quantitativen sowie qualitativen Indikatoren, die ein Benchmarking und ein Monitoring ermöglichen, zusammen.⁹⁾ Da es sich hier um einen freiwilligen Prozess der Annäherung ohne gemeinschaftliche Rechtsetzung durch die EU handelt, verbleibt die Rechtsetzungskompetenz bei den nationalen Staaten. Dennoch wird über Leitlinien und Indikatoren auf die Mitgliedstaaten in Zukunft ein „sanfter Druck“

ausgeübt, die gemeinsam konsentierten Ziele ernsthaft zu verfolgen und sich untereinander über Fortschritte und Misserfolge Rechenschaft abzulegen. Vor allem ein mögliches Ranking dürfte auf einigen Widerstand stoßen.

2. Auswirkungen von europäischen Rechtsnormen auf das Sozialrecht¹⁰⁾

Der vorläufige Befund, dass die EU keine oder doch nur sehr periphere Kompetenzen zur Regelung der sozialen Sicherheit im Vertrag eingeräumt erhalten hat, bedeutet nicht, dass nationales Sozialrecht vom europäischen Recht nicht tangiert wird. Vielmehr gibt es vielfältige Ausstrahlungen, die gerade in Anbetracht der fehlenden Kernkompetenz erhebliche Diskussionen und Vorbehalte auf nationaler Ebene erzeugen.¹¹⁾ Einige dieser Ausstrahlungen seien nachfolgend erwähnt.

a) Eine eigene Verfassung mit besonderem Grundrechtsteil, etwa nach dem Muster des Grundgesetzes, besitzt die Europäische Union (noch) nicht. Allerdings ist in einem von dem früheren Bundespräsidenten Herzog geleiteten Konvent eine Grundrechte-Charta erarbeitet worden, die jedoch bislang keine rechtliche Bindungswirkung als Gemeinschaftsrecht genießt; sie ist nur als Deklaration proklamiert worden. Auch wenn sie kein höheres Maß an Verbindlichkeit erlangen sollte, so könnte die Deklaration doch Ausgangspunkt für eine daran anknüpfende Rechtsprechung des EuGH werden.

b) Auch wenn im Gemeinschaftsvertrag, der in gewissem Sinne bislang die Funktion einer Verfassung der EU wahrnimmt, ein Grundrechtsteil bisher fehlt, so enthält der Vertrag doch eine Reihe von Grundnormen, die auch auf das Sozialrecht einwirken können. Dazu gehören neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz von Männern und Frauen vor allem die Grundfreiheiten, das heißt die Freiheit des Warenverkehrs, des Kapital- und Zahlungsverkehrs und des Personenverkehrs (Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit). Diese Grundfreiheiten haben Auswirkungen auch auf das Sozialrecht, wodurch inländische Regelungen tangiert werden können.

Aus der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit hat der Europäische Gerichtshof in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung¹²⁾ in mehreren Fällen gefordert, dass z.B. Zahnbehandlungen und Arzneimittel auch im Ausland in Anspruch genommen werden können, ohne dass zuvor eine Genehmigung der Krankenversicherung, wie sie regelmäßig vom nationalen Recht gefordert wird, vorliegen müsste. Diese Entscheidungen sind zum Luxemburger Recht ergangen. Eine Begrenzung für die Behandlung im Ausland sieht der EuGH nur dann als zulässig an, wenn das inländische Krankenversicherungssystem dadurch ernsthaft gefährdet würde. Das muss der jewei-

lige Staat nachweisen. Ob diese in den Rechtssachen Kohll¹³⁾ & Decker¹⁴⁾ für die Zahnbehandlung und den Kauf von Arzneimitteln entwickelten Grundsätze auch auf andere Leistungen der Krankenversicherung (Rehabilitation, Krankenhausbehandlung¹⁵⁾, ambulante ärztliche Versorgung) ausgedehnt werden können, ist vom EuGH bislang noch nicht entschieden worden. Die Fragen werden in der Literatur heftig diskutiert¹⁶⁾. Hier mag die Feststellung genügen, dass die bislang behauptete Territorialität der Leistungserbringung im Krankenversicherungsrecht durchbrochen ist. Daraus werden sich Folgerungen ergeben hin zu einem europäischen Markt von Gesundheitsleistungen mit entsprechenden Beschränkungen für den nationalen Gesetzgeber.

Aus dem Freizügigkeitsgrundsatz in Verbindung mit dem sekundären Koordinierungsrecht (Verordnung EWG Nr. 1408/71) hat der EuGH z.B. abgeleitet, dass das Pflegegeld aus der Pflegeversicherung, entgegen der ausdrücklichen innerstaatlichen Regelung, ins Ausland zu exportieren ist.¹⁷⁾ Darin ist ein Eingriff in die Kompetenz des deutschen Gesetzgebers zur Ausgestaltung der nationalen Sozialleistungen gesehen worden. Diese Argumentation hat der EuGH nicht akzeptiert. In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass der angeordnete Export nur in relativ wenigen Fällen erfolgt, so dass ernsthafte finanzielle Folgen für die Pflegeversicherung durch diese Rechtsprechung nicht eingetreten sind.

c) Ein weiterer Bereich, wo nationale Strukturen auf EU-Recht stoßen, ist das Wettbewerbsrecht. Eine Vielzahl von Gestaltungen ist in diesem Zusammenhang zu diskutieren. Die Problematik stellt sich vor allem da, wo privatrechtlich und öffentlichrechtlich organisierte Formen der Daseinsvorsorge,¹⁸⁾ etwa Privatversicherung und Sozialversicherung, nebeneinander tätig werden.¹⁹⁾ Aber auch außerhalb der Sozialversicherung im engeren Sinne können Sozialleistungsträger wie private Unternehmen auftreten, so dass sich die Frage stellt, ob sie dem Wettbewerbsrecht unterworfen sind.²⁰⁾

Im Gesundheitssektor werden die Konditionen für die Leistungserbringung in weitem Umfang durch die Krankenkassen, teilweise im Zusammenwirken mit den Kassenärztlichen Vereinigungen (im Rahmen der so genannten gemeinsamen Selbstverwaltung) bestimmt. Dabei stellen sich eine Reihe von wettbewerbsrechtlichen Problemen, die durch das Zusammentreffen von öffentlichrechtlichem Sozialrecht und Wettbewerbsrecht eine besondere Prägung erfahren, insbesondere dann, wenn das europäische Wettbewerbsrecht auf das nationale Recht stößt.²¹⁾ Das gilt etwa für den Arzneimittelsektor, wo durch die Festbeträge, an deren Festsetzung die Arzneimittelindustrie nicht beteiligt ist, praktisch für die erfassten Arzneimittelgruppen

Höchstpreise bestimmt werden. Auch die in der gemeinsamen Selbstverwaltung erlassenen Arzneimittelrichtlinien haben für die Hersteller weitgehende Wirkungen, indem bestimmte Präparate ganz von der Kostentragung durch die gesetzliche Krankenversicherung ausgenommen werden. Von nationalen Gerichten und von einem Teil der Literatur werden die Krankenkassen als am Gesundheitsmarkt teilnehmende Unternehmer im Sinne des Artikel 85 Abs. 1 EGV und ihre Verbände als Unternehmensvereinigung im Sinne derselben Norm angesehen.²²⁾ Daraus wird gefolgert, dass die Nachfrager mit Hilfe der Festbeträge die Möglichkeit haben, die Ankaufpreise für Arzneimittel und Hilfsmittel, für die entsprechende Regelungen gelten, selbst zu bestimmen. Dieses Recht stehe aber einem Marktteilnehmer grundsätzlich nicht zu.

Ob dieselben Bedenken auch für den Erlass der Arzneimittelrichtlinien gelten, ist umstritten, wobei auf die Unterschiede hinsichtlich des Verfahrens im Vergleich zu den Festbeträgen hingewiesen wird.²³⁾ Die Einordnung der Krankenkassen als Unternehmen, wie sie zumindest teilweise befürwortet wird, könnte noch weitere europarechtliche Folgen nach sich ziehen. Es könnte gefragt werden, inwieweit gesetzlich eingeräumte Privilegien der Kassen mit dem Beihilfeverbot des EGV vereinbar sind. Diese Frage wird desto mehr Bedeutung gewinnen, je stärker der Wettbewerb zwischen den Kassen und eventuell auch den privaten Krankenversicherungsunternehmen sich entwickelt.

d) Eine ähnliche Fragestellung wird für die Wohlfahrtsverbände diskutiert. Im Gegensatz zu den meisten anderen Mitgliedstaaten der EU spielen die freien Wohlfahrtsverbände in Deutschland eine wichtige Rolle.²⁴⁾ Sie halten zahlreiche soziale Einrichtungen, wie Krankenhäuser und Pflegeheime, Sozialstationen etc. vor und beteiligen sich aktiv in vielfältiger Weise an der sozialpolitischen Auseinandersetzung. Die Leistungen der sozialen Daseinsvorsorge werden in Deutschland durch ein pluralistisches Angebot gewährleistet, das durch staatliche, frei gemeinnützige und privat erwerbsnützige Einrichtungen vorgehalten wird. Dieser Pluralismus schafft für den Einzelnen Wahlmöglichkeiten und gewährleistet einen gewissen Wettbewerb. Das Nebeneinander verschiedener Anbieter führt aber gleichzeitig dazu, dass Fragen des Wettbewerbsrechts auftreten können, insbesondere dann, wenn die freien Wohlfahrtsverbände staatliche Hilfen erhalten, die privaten Anbietern nicht gewährt werden.²⁵⁾ Wie sich Wohlfahrtsverbände in einer europäischen Wettbewerbsordnung einpassen werden, ohne ihre Eigenart zu verlieren, die für die Ausgestaltung des deutschen Sozialsystems ein wichtiges Element ist, lässt sich gegenwärtig noch nicht absehen.²⁶⁾

3. Wertungen

Wie diese Entwicklung, die hier nur kurz skizziert werden konnte, zu bewerten ist, wird kontrovers beurteilt.

Sicherlich führen die Einflüsse des EG-Rechts auf das Sozialrecht dazu, dass die vom Gesetzgeber bezweckten Ergebnisse modifiziert werden könnten, etwa bei einem europarechtlich angeordneten Export bestimmter Leistungen oder der Erstattungsfähigkeit von Auslandsbehandlungen. Auch können innerstaatliche Instrumente, wie die Festbeträge oder das Sachleistungsprinzip in ihrer Wirkung abgeschwächt werden und dadurch die sozialpolitischen Ziele, die mit diesen Instrumenten erstrebt werden, nicht mehr oder nur mit Einschränkungen erreicht werden. Ebenso könnte die auf das EU-Recht gestützte Kritik an Institutionen, wie etwa den Berufsgenossenschaften, die teilweise als Sozialversicherungsmonopol qualifiziert werden,²⁷⁾ oder den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege, dazu führen, dass diese Institutionen ihr bisheriges Wirken nicht oder nur eingeschränkt weiterführen könnten, was sozialpolitisch sicherlich zu bedauern wäre.

Andererseits ist zu bedenken, dass vor allem den europäischen Grundfreiheiten eine zentrale Bedeutung für die Gemeinschaft und ihren Ausbau zukommt. Ganze Sektoren, wie etwa der Gesundheitssektor, können nicht ohne Schaden für diese Gemeinschaftsentwicklung von der Geltung dieser Normen ausgenommen werden. Gerade von mehr Wettbewerb wird in dem korporatistisch verkrusteten Gesundheitssystem eine Qualitätssteigerung und Kostenstabilisierung erwartet.²⁸⁾ Dieser Einfluss des Wettbewerbsrechts ergibt sich im Übrigen nicht nur aus dem europäischen, sondern auch aus dem nationalen deutschen Recht, das somit auch den Konflikt mit den Zielsetzungen der Daseinsvorsorge aufwerfen kann.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof, dessen Rechtsprechung im Mittelpunkt der nationalen Kritik steht, sehr wohl den Gesichtspunkt, dass nationale sozialpolitische Entscheidungen nicht konterkariert werden sollten, berücksichtigt, indem etwa gefragt wird, ob die Leistungserbringung bei Auslandsaufenthalt ernste Belastungen für das soziale Sicherungssystem mit sich bringt oder ob im Rahmen des Artikel 86 Abs. 2 EGV die Anwendung des Wettbewerbsrechts die Sozialversicherungsträger ernsthaft bei der Erfüllung ihrer – öffentlichen – Aufgaben behindert. Bei dieser Prüfung ist jeweils eine Verhältnismäßigkeitsabwägung notwendig, für die allerdings der jeweilige Staat die maßgebenden Aspekte vortragen muss. Von dem EuGH kann nicht erwartet werden, dass die Richter die Besonderheiten aller nationalen Systeme voll überblicken.

V. Die weitere Entwicklung

Die Kollisionen des deutschen Sozialrechts mit dem europäischen Recht, das weitgehend Marktrecht ist, sind letztlich darauf zurückzuführen, dass das Sozialrecht, vor allem das Sozialversicherungsrecht, sich nicht auf eine Verteilung von staatlichen Leistungen beschränkt. Vielmehr agieren die Sozialversicherungsträger als Teilnehmer im Marktgeschehen und treten in Wettbewerb zueinander und zu anderen Institutionen. Dies impliziert in wachsendem Maße die Geltung des EU-Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten des Vertrages.

Geht man davon aus, dass die Anwendung des EU-Rechts nicht ohne Gefährdung der weiteren Entwicklung der Gemeinschaft abgewehrt und eingeschränkt werden kann,²⁹⁾ so gibt es für die nationale Sozialpolitik wohl nur zwei Optionen. Man könnte, wie es teilweise vorgeschlagen wird, die Privatisierung der sozialen Sicherheit vorantreiben, indem die Aufgaben möglichst weitgehend auf Institutionen übertragen werden, die im Wettbewerb stehen. Tendenzen dazu gibt es, wie die geplante steuerlich geförderte Vorsorge im Rahmen der Alterssicherung zeigt. In diesem Bereich wäre dann unzweifelhaft das europäische Recht anwendbar. Man könnte andererseits im bestehenden System der sozialen Sicherheit die Elemente des sozialen Ausgleichs und der Solidarität stärken.³⁰⁾ Das würde bedeuten, dass man sorgfältiger als bisher zwischen den Aufgaben trennt, die der Staat im Rahmen des Sozialstaatsauftrages zu erfüllen hat, und sonstigen Aufgaben, die dem Markt überlassen werden können und für die dann auch das europäische Marktrecht gilt. Diese Trennung müsste sich allerdings auch auf die Handlungsinstrumente erstrecken.

Eine ähnliche Alternative stellt sich für die freie Wohlfahrtspflege. Je stärker sie als Leistungserbringer, etwa im Rahmen der Pflege, tätig wird, desto mehr wird der Druck zunehmen, sie dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen. Das wäre bei einer Beschränkung auf Aufgaben der Caritas im engeren Sinne nicht der Fall.

1) Zur Entwicklung und inhaltlichen Auffächerung des Begriffs der Daseinsvorsorge vgl. vor allem die profunde Studie von Weidner, Zur Problematik privater und öffentlicher Daseinsvorsorge, ZVersWiss 50 (1961), S. 141ff.

2) So jedenfalls der überwiegende Sprachgebrauch; demgegenüber hat Weidner - vor allem in Abweichung von Forsthoff - auf das Nebeneinander von Entfaltungen der öffentlichrechtlichen und der privaten Daseinsvorsorge hingewiesen.

3) Worauf zutreffend schon Weidner aufmerksam gemacht hat.

4) KOM (2000) 580

- 5) „Leistungen der Daseinsvorsorge (oder gemeinwohlorientierte Leistungen) sind marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.“
- 6) So zutreffend Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 2000, Rz. 329, 331.
- 7) Dazu etwa Haverkate / Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 285ff.; Steinmeyer, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000.
- 8) Dazu etwa Schulte, Soziale Sicherheit in der EG. Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72, 3. Aufl. 1997 (mit Nachtrag 1998); Pennings, Introduction to European Social Security Law, 2nd edition 1998.
- 9) Vgl. dazu die Schlussfolgerungen des Vorsitzenden nach dem Europäischen Rat von Lissabon unter Ziffern 31ff.
- 10) Siehe dazu bereits v. Maydell, Sozialrechtliche Aspekte der europäischen Integration, in: Krankenversicherungs- und Sozialrecht 2000, S. 133ff.
- 11) Zur Frage, ob man in Anbetracht der Einzelregelungen schon von der Entwicklung zu einer europäischen Sozialunion sprechen kann, vgl. Graser, Auf dem Wege zur Sozialunion – wie „sozial“ ist das europäische Sozialrecht? In: ZIAS 2000, S. 336ff.
- 12) Vgl. Eichenhofer, Dienstleistungsfreiheit und freier Warenverkehr als Rechtsgrundlage für grenzüberschreitende Behandlungsleistungen, in: 11. Bonner Europa-Symposium: Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen im Binnenmarkt, Bd. 101 der Schriftenreihe des Zentrums für Europ. Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, 1999, S. 1ff.
- 13) EuGH vom 28.4.1998 – Rs. C 158/96.
- 14) EuGH vom 28.4.1998 – Rs. C 120/95.
- 15) Dazu Wagener, Grenzüberschreitende stationäre Behandlung – Chancen und Risiken aus der Sicht der Krankenhausträger, in: 11. Bonner Europa-Symposium: Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen im Binnenmarkt, Bd. 101 der Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, 1999, S. 39ff.; vgl. auch nachfolgend Fn. 16. Inzwischen hat der EuGH (Urteil v. 12.7.2001 – Rs. C. 157/99) die grundsätzliche Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf den Krankenhaussektor bejaht.
- 16) Vgl. etwa v. Maydell, Auf dem Wege zu einem gemeinsamen Markt für Gesundheitsleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, VSSR 1999, S. 12ff.; Schulte, Zur Kur nach Abano Terme, zum Zahnarzt nach Antwerpen? Europäische Marktfreiheiten und nationales Krankenversicherungsrecht, in: Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch (ZfSH/SGB), 1999, S. 269ff. und 347ff.
- 17) EuGH vom 5.3.1998 – Rs. C 160/96 (Molenaar); vgl. dazu etwa Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 2000, Rz. 170; kritisch gegenüber einem Export des Pflegegeldes: Bokeloh, Export von Pflegeleistungen innerhalb der Europäischen Union, in: 8. Bonner Europa-Symposium: Die Krankenversicherung in der Europäischen Union, Bd. 83 der Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, 1997, S. 115ff.

- 18)** Vgl. dazu Weidner (s. Fn. 1).
- 19)** Siehe Sahmer, Krankenversicherung in Europa: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Kranken- und Pflegeversicherungsträger im Bereich der freiwilligen Versicherung, in: 8. Bonner Europa-Symposium, Nr. 83 der Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht, 1997, S. 33ff.
- 20)** Vgl. für die Bundesanstalt für Arbeit, soweit sie Arbeitsvermittlung betreibt, EuGH vom 23.4.1991, Rs. C 41/90 (Höfner und Elser); zu dieser Entscheidung Haverkate / Huster, Europ. Sozialrecht, 1999, S. 297.
- 21)** Vgl. v. Maydell, Erbringung von Sozialleistungen (insb. im Gesundheitswesen) und Marktfreiheit, in: v. Maydell / Schnapp (Hrsg.), Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik, 1992, S. 25ff.; Steinmeyer, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen. Kartellrechtliche Einschränkungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2000.
- 22)** Zu den beiden unterschiedlichen Problemstellungen – die Festbetragsfestsetzung und die Arzneimittelrichtlinien – vgl. Hänlein / Kruse, Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Boecken u.a. (Hrsg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, 2000, S. 215 ff.; siehe auch Steinmeyer (vgl. Fn. 21).
- 23)** Vgl. Hänlein / Kruse (s. Fn. 22).
- 24)** Dazu etwa Schulte, Freie Wohlfahrtspflege und Europäische Gemeinschaft. Herausforderungen und Chancen, in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1999, S. 210ff.; vgl. auch Anheier / Priller / Seibel / Zimmer (Hrsg.), Der Dritte Sektor in Deutschland. Organisationen zwischen Staat und Markt im gesellschaftlichen Wandel, 1997.
- 25)** Kritisch dazu Luthe, Privilegien der Freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: SGB. 2000, S. 505ff, 585ff.
- 26)** Zu dieser Problematik vgl. etwa Haupt, Daseinsvorsorge und Qualität in einem sozialen Europa, in: News-Letter des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausgabe 1/2001, S. 1f.; speziell zur Anwendung des europäischen Wettbewerbs vgl. Haverkate / Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 361 ff.; vgl. auch Gohde / Erdmenger / Cless, Zur Rechtsgeltung europäischer Wettbewerbsbestimmungen im Sozialbereich, in: NDV 2000, S. 168ff.
- 27)** So Giesen, Sozialversicherungsmonopole und EG-Recht, 1995.
- 28)** Vgl. etwa Knappe, Demographischer Wandel, medizinischer Fortschritt, europäische Integration, in: BKK 2000, S. 527ff.
- 29)** Eine wachsende Zahl von EU-Gegnern ist allerdings sehr wohl bereit, die Intensivierung der Gemeinschaft zugunsten einer nationalen Rückorientierung zu bremsen und teilweise ganz in Frage zu stellen. Aus der Fülle der Literatur, die sich demgegenüber für einen weiteren Ausbau der EU zu einer Sozialunion ausspricht, vgl. etwa Pakaslahti, The Social Dimension

of the European Union, 2000; Schulte, Europäische Sozialpolitik und die Zukunft des Sozialstaats in Europa - Herausforderungen und Chancen - Gesprächskreis Arbeit und Soziales der Friedrich-Ebert-Stiftung 1998.

30) Diese unterschiedlichen Optionen spricht auch Pitschas an, vgl. Das Territorialitäts-Prinzip im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherungen zwischen sozialpolitischer Souveränität und Gemeinschaftsrecht, in: Ebsen (Hrsg.), Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht, 2000, S. 83, 98.

Literatur

- Anheier, Helmut et al. (Hrsg.): Der Dritte Sektor in Deutschland. Organisation zwischen Staat und Markt im gesellschaftlichem Wandel, Berlin 1997.
- Boecken, Winfried et al. (Hrsg.): Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, Baden-Baden 2000.
- Bokeloh, Arno: Export von Pflegeleistungen innerhalb der Europäischen Union, in: 8. Bonner Europa-Symposium: Die Krankenversicherung in der Europäischen Union, in: Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Bd. 83 (1997), S. 115-162.
- Eichenhofer, Eberhard: Dienstleistungsfreiheit und freier Warenverkehr als Rechtsgrundlage für grenzüberschreitende Behandlungsleistungen, in: 11. Bonner Europa-Symposium: Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen im Binnenmarkt. Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Bd. 101 (1999), S. 1-20.
- Eichenhofer, Eberhard: Sozialrecht der Europäischen Union, Berlin 2001.
- Giesen, Richard: Sozialversicherungsmonopole und EG-Recht, Baden-Baden 1995.
- Gohde, Jürgen / Erdmenger, Katharina / Cless, Gottfried: Zur Rechtsgeltung europäischer Wettbewerbsbestimmungen im Sozialbereich, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV) (6/2000), S. 168-174.
- Graser, Alexander: Auf dem Wege zur Sozialunion - wie „sozial“ ist das europäische Sozialrecht?, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 14 (4) (2000), S. 336-351.
- Hänlein, Andreas / Kruse, Jürgen: Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Boecken u.a. (Hrsg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken 2000, S. 215-268.
- Haupt, Peter: Daseinsvorsorge und Qualität in einem sozialen Europa, in: News-Letter des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Heft 1 (2001), S. 1-2.
- Haverkate, Görg / Huster, Stefan: Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999.

- Knappe, Eckhard: Demographischer Wandel, medizinischer Fortschritt, europäische Integration, in: BKK (12) (2000), S. 527-533.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. Mitteilung der Kommission (KOM (2000) 580 endgültig vom 20.09.2000).
- Luthe, Ernst-Wilhelm: Privilegien der freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: SGB. 47 (11/12) (2000), S. 505-516, 585-595.
- v. Maydell, Bernd: Erbringung von Sozialleistungen (insbes. im Gesundheitswesen) und Marktfreiheit, in: v. Maydell / Schnapp (Hrsg.), Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik, Berlin 1992, S. 25-43.
- v. Maydell, Bernd: Sozialrechtliche Aspekte der europäischen Integration, in: Krankenversicherungs- und Sozialrecht 2000, S. 133-142.
- v. Maydell, Bernd: Auf dem Wege zu einem gemeinsamen Markt für Gesundheitsleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, in: Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht (VSSR) (1) (1999), S. 1-20.
- Pakaslahti, Johannes: The Social Dimension of the European Union, Helsinki 2000.
- Pennings, Frans: Introduction to European Social Security Law, 2nd edition, The Hague-London-Boston 1998.
- Pitschas, Rainer: Das Territorialitäts-Prinzip im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherungen zwischen sozialpolitischer Souveränität und Gemeinschaftsrecht, in: Ebsen (Hrsg.), Europarechtliche Gestaltungsaufgaben für das deutsche Sozialrecht, Baden-Baden 2000, S. 83-102.
- Sahmer, Sybille: Krankenversicherung in Europa: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Kranken- und Pflegeversicherungsträger im Bereich der freiwilligen Versicherung, in: 8. Bonner Europa-Symposium, Schriftenreihe des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht Nr.83 (1997), S. 33-66.
- Schulte, Bernd: Soziale Sicherheit in den EG. Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72, 3. Aufl. 1997 (mit Nachtrag 1998), München 1997.
- Schulte, Bernd: Europäische Sozialpolitik und die Zukunft des Sozialstaats in Europa - Herausforderungen und Chancen - Gesprächskreis Arbeit und Soziales der Friedrich-Ebert-Stiftung Bonn 1998.
- Schulte, Bernd: Zur Kur nach Abano Terme, zum Zahnarzt nach Antwerpen? Europäische Marktfreiheiten und nationales Krankenversicherungsrecht, in: Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch (ZfSH/SGB) (5/6) (1999), S. 269-278, 347-362.
- Schulte, Bernd: Freie Wohlfahrtspflege und Europäische Gemeinschaft. Herausforderungen und Chancen, in: Archiv der Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 30 (4) (1999), S. 210-237.

- Steinmeyer, Heinz-Dietrich: Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, Berlin 2000.
 - Wagener, Andreas: Grenzüberschreitende stationäre Behandlung – Chancen und Risiken aus der Sicht der Krankenhausträger, in: 11. Bonner Europa-Symposium: Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen im Binnenmarkt. Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn Bd.101 (1999), S. 39-48.
 - Weidner, Viktor: Zur Problematik privater und öffentlicher Daseinsvorsorge, in: ZVersWiss. 50 (2/3) (1961), S. 141-238.
-

Der Autor

Professor Dr. Bernd Baron von Maydell, geboren 1934, Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, Habilitation für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Professuren an der Freien Universität Berlin und an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn. Seit 1992 Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht in München und Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität. Arbeitsschwerpunkte: Deutsches, internationales und europäisches Sozialrecht, Sozialrechtsvergleichung.

Von öffentlicher Trägerschaft zum freien Markt?

Zusammenfassung der Kolloquiumsdiskussion

1. Die Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland

Daseinsvorsorge durch öffentliches Wirtschaften ist ein höchst komplexer und ebenso umstrittener Problemkreis, wie *E. Denninger* zur Eröffnung des Kolloquiums anhand von zwei konträren Positionen verdeutlicht:

Der ersten Position zufolge darf – unabhängig von ihrem Geschäftszweck – der öffentlichen Hand keinerlei Sonderstatus eingeräumt werden. Freistellungen von den Regeln des Wettbewerbs unter dem „Deckmantel der öffentlichen Daseinsvorsorge“ (Hans-Olaf Henkel) kommen demnach nicht in Betracht. Die Gegenposition – etwa vertreten vom Deutschen Städtetag – sieht Daseinsvorsorge „im Würgegriff der europäischen Wettbewerbspolitik“. Nach ihr wird die Vernachlässigung des Allgemeinwohls gegenüber dem Ziel des Erwerbsinteresses befürchtet. Art. 86 Abs. 2 EUV erweist sich als „dilatorischer Formelkompromiss“, da er das Problem beschreibt, aber keine Lösung anbietet.

E. Denninger nennt drei Ziele, an denen sich die Diskussion orientieren soll:

- Begriffsklärungen: Was bedeutet die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit? Was ist eine Universaldienstleistung? Was bedeuten Grundversorgung und europäisches Gesellschaftsmodell? Mit diesen Fragen eng verbunden ist die Diskussion über die Definitionsherrschaft und somit die Verteilung von Kompetenzbereichen, Initiativrechten und ähnlichem.
- Beschreibung: Einzelprobleme sind zu diskutieren, um diese für künftige Debatten und Verhandlungen aufzubereiten (Bsp.: Spannungsverhältnis zwischen Art. 16 EGV und Art. 86 EGV).
- Erkenntnisgewinnung: Welche Konsequenzen sind in der Versorgung je nach gewählter Option zu erwarten – und zwar hinsichtlich ihrer juristischen, technischen und ökonomischen Aspekte und ihrer ökologischen und partizipatorischen Auswirkungen?

Vor Beginn der Diskussion gibt H. Cox¹⁾ einen Überblick über die Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland. Er verweist auf die Unterscheidung zwischen „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“; erstere unterliegen nicht den Wettbewerbsregeln. In Deutschland wie auch in der EU hat es in den letzten Jahren einen gravierenden **Paradigmenwechsel** gegeben:

1. Die ursprünglich rein staatliche, nicht wettbewerbliche Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen hat sich zunehmend zu einer gemischt-wirtschaftlichen oder privatwirtschaftlichen Versorgung entwickelt.
2. Die Versorgung im Rahmen der Daseinsvorsorge soll, soweit wie möglich, unter Markt- und Wettbewerbsbedingungen stattfinden. So hat sich in einigen Versorgungsnetzen bereits ein intensiver Wettbewerb herausgebildet (Bsp.: Telekommunikation).
3. Auf öffentliche Aufgabenregulierung kann nicht verzichtet werden. Als Folge gibt es öffentlich regulierte Unternehmen in verschiedenen Eigentumsformen.

Aus volkswirtschaftlicher Perspektive sieht *H. Cox* im Zuge dieses Paradigmenwechsels in Deutschland eine Entwicklung vom produzierenden zum Gewährleistungsstaat. Die Verantwortung für den Paradigmenwechsel liegt primär bei der Wettbewerbspolitik, wengleich marktendogene Ursachen nicht zu verleugnen sind, da ungesteuerter Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern zu wettbewerblichen Anpassungsprozessen und somit zu einem Strukturwandel führt.

Die Wettbewerbsregeln der EU bewirken eine zunehmende Beseitigung von Monopolen im Bereich der Daseinsvorsorge. Die EU-Wettbewerbspolitik darf zwar nach Art. 295 EGV nicht die Eigentumsordnung berühren, unterstellt jedoch öffentliche Unternehmen durch Art. 86 Abs. 2 EGV dem Wettbewerbsrecht, soweit hierdurch das Unternehmen nicht an der Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgaben gehindert wird. Auch wenn sich Marktliberalisierung in einigen Sektoren der Daseinsvorsorge durchaus bewährt, so etwa in den Bereichen Post und Telekommunikation, ist nicht absehbar, wie sich der zunehmende Rückzug des Staates aus der Produktion von öffentlichen Gütern und Dienstleistungen auswirkt. Die Privatisierung in Sektoren mit weniger lukrativen oder nicht kostendeckenden Dienstleistungen kann einer flächendeckenden Versorgung der Bürger durchaus entgegenstehen, gibt *H. Cox* zu bedenken. „Können wir privatwirtschaftliches, marktwirtschaftliches Effizienzdenken und

shareholder value auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anwenden?“ Damit Leistungen der Daseinsvorsorge auch nach ihrer Privatisierung weiterhin garantiert sind, muss es eine konsequente Aufgabenregulierung geben. Hierfür bedarf es einer klaren Definition des öffentlichen Auftrags und des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses und deren Festmachung an konkreten Indikatoren (z.B. am Flächendeckungsgrad). Quantität, Qualität und Preisgestaltung müssen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge amtlich festgelegt werden.

Unabhängig von dem Vorgehen der EU-Kommission ist eine **nationalstaatliche Betrachtung** des Themas „Daseinsvorsorge“ notwendig, ist sich *M. Kurth* sicher. Wir sollten uns der Frage zuwenden, ob die wettbewerblichen Strukturen wirklich die Versorgung mit Gütern der Daseinsvorsorge verhindern oder ob das Argument der Daseinsvorsorge nicht vorgeschoben wird, „um bestimmte althergebrachte Strukturen zu konservieren“.

Der Forderung nach einer Einigung auf nationaler Ebene schließt sich *M. Schöneich* an und fügt hinzu, dass mit der von *R. Bocklet* geforderten Vertragsergänzung des EGV²⁾ der zweite vor dem ersten Schritt getan würde. Die Diskussion auf deutscher Ebene, derer es zuerst bedarf, ist bisher lau oder gar nicht geführt worden. Ferner nimmt die Bundesrepublik gegenüber der EU eine eher zurückhaltende Rolle ein. In der Diskussion um Landesbanken und Sparkassen bezog die Bundesregierung in Brüssel erst auf Druck der Ministerpräsidentenkonferenz Position, so dass der Eindruck entstand, „der Hund müsse zur Jagd getragen werden“.

J. Hellermann, der sich ebenfalls für eine nationale Diskussion über die Daseinsvorsorge ausspricht, warnt jedoch vor der Erwartung, eine eindeutige inhaltliche Antwort finden zu können. Er verweist auf die lange Tradition des Nebeneinanders von privater und öffentlicher Wirtschaft in Deutschland, so dass in der Frage um Staatswirtschaft und Wettbewerb weniger eine „klare materielle Entscheidung“, sondern eher Erkenntnisse über Entscheidungskompetenzen gewonnen werden können.

A. Héritier widerspricht der Forderung, sich auf die nationale Diskussion zu konzentrieren. Da das Thema Daseinsvorsorge – von Frankreich angestoßen – auf europäischer Ebene schon lange thematisiert wird, fehlt die Zeit für ausführliche interne Diskussionen. Wenn die Bundesrepublik nicht bald ihre zurückhaltende Rolle aufgibt und sich in die europäische Diskussion einmisch, wird sie keine inhaltlichen Vorstellungen mehr einbringen können.

Einigkeit herrscht darüber, dass in Deutschland in Bezug auf öffentliche Unternehmen eine „**Beweislastumkehr**“ (Kurth) stattgefunden hat. Mussten sich bis Mitte der 80er / Ende der 90er Jahre öffentliche Unternehmen nicht legitimieren, obliegt ihnen heute die Begründung für ihren Fortbestand.

Staatstätigkeit steht dann zur Disposition, so räumt *H. Cox* ein, wenn eine Leistung der Daseinsvorsorge genauso gut oder besser von einem privaten Unternehmen erbracht werden kann. Um dies beurteilen zu können, bedarf es einer Definition des öffentlichen Zwecks. Dieser darf keine vage Größe bleiben, unter der verschiedene Akteure ihre Meinung subsumieren.

Hinter den Argumenten für die staatliche Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge steht nach *M. Kurth* nicht zuletzt die Frage nach Macht und Einfluss oder das Bestreben, von Ineffizienz abzulenken.

Wie weit geht die europäische Wettbewerbspolitik?

Durch den Paradigmenwechsel ergibt sich die zentrale Aufgabe, wirtschaftliche von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen. Nur durch diese Abgrenzung, betont *A. Héritier*, kann verhindert werden, dass immer mehr Bereiche der Daseinsvorsorge dem Wettbewerbsrecht unterworfen werden und dass diese „Sogwirkung“ weitere Bereiche wie Bildung und sozialstaatliche Dienstleistungen erfassen wird.

Um eine solche Erfassung zu verhindern, reicht nach *A. Héritier* die jetzige europarechtliche Regelung genauso wenig aus wie der Formulierungsvorschlag von *R. Bocklet*, der der EU-Kommission explizit das Eingriffsrecht bei Missbrauchsfällen zubilligt. Es werden sich in Zukunft immer Akteure finden, die – wie zur Zeit der Verband deutscher Privatbanken – an der Änderung bestehender Strukturen und der Einleitung eines Verfahrens interessiert sein werden.

„Warum sollen sich andere Sektoren dieser Sogwirkung entziehen können, wenn sie keine guten Gründe haben?“ fragt *M. Kurth*. Diese Gründe können nicht in der Tatsache liegen, dass „wir es schon immer so gemacht haben“, sondern müssten sich aus dem Versorgungsbedarf der Bürger ergeben.

Als Beispiel für zur Zeit von der Beweislastumkehr betroffene Unternehmen spricht *H. Cox* die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute an. Er betont, dass Gruppenwettbewerb das wichtigste Instrument der Wettbewerbspolitik darstellt, also der Wettbewerb zwischen Privatbanken, Genossenschaftsbanken, öffentlichen Banken und Sparkassen,

und warnt vor den Konsequenzen, zu denen eine Verstärkung des Wettbewerbs führen könnte. So besteht die Gefahr, dass die Sparkassen, die gerade für die Mittelstandspolitik und regionale Förderung viel geleistet haben, den Wettbewerbsregeln zum Opfer fallen. Die Existenz öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute sollte daher nicht grundsätzlich zur Disposition stehen, ihre Kontrolle jedoch verbessert werden.

Positiv wirkt sich die Wettbewerbsüberprüfung der EU nach *G. Haverkate* aus, da sie dazu angeregt hat, einen „unbefangenen Blick“ auf die Daseinsvorsorge zu werfen, und uns in Deutschland nun „Monster“ finden lässt. Als ein solches „Monster“ macht er die WestLB aus und stellt die unbeschränkte Haftung des an ihr beteiligten Landes zur Diskussion. Die Bilanzsumme der WestLB beträgt ein Vielfaches des Staatshaushaltes von Nordrhein-Westfalen. „Was wäre denn wirklich bei einer Schieflage der WestLB mit der Gewährträgerhaftung? Da müsste das Land Nordrhein-Westfalen den schwarzen Zylinder nehmen und zum Konkursrichter gehen.“ *G. Haverkate* verweist auf das Haushaltsgrundsätzegesetz, nach dem kein Hoheitsträger unbeschränkte Haftungen übernehmen darf.

Beweislastumkehr als etwas Neues?

In der Runde wird die Frage kontrovers diskutiert, ob es sich bei der Beweislastumkehr und dem damit einhergehenden Rechtfertigungszwang für öffentliche Unternehmen eigentlich um eine neue Sichtweise handelt. *J. Hellermann* betont, dass mit der Beweislastumkehr eine neue Einstellung sichtbar wird. Im Laufe der Geschichte gab es wechselhafte Phasen und Entwicklungen in der Beurteilung von privaten und öffentlichen Sektoren. So teilte der EuGH noch Mitte der 70er Jahre mit, dass der EG-Vertrag die Mitgliedstaaten nicht daran hindern werde, bestimmte Bereiche des öffentlichen Interesses dem Wettbewerb zu entziehen. Erst in den 80er und frühen 90er Jahren wurde der EG-Vertrag dazu herangezogen, „staatlich begründete Monopole aufzubrechen“.

Art. 86 EGV existiert schon seit dreißig Jahren, „ohne dass etwas passiert wäre“, gibt *G. Haverkate* zu bedenken. Wir haben die schon lange bestehenden Vorschriften lediglich erst vor kurzem „vitalisiert“ und somit „zum ersten Mal ernst genommen“. Der EuGH hat mit seinem Verfahren daher richtig gehandelt und ausgeführt, „was wir schon immer gedacht haben, aber nie zu tun wagten“.

Vor- und Nachteile von Privatisierung und Wettbewerb

Privatisierung und Wettbewerb fördern *M. Kurth* zufolge ein effizienteres Wirtschaften. Ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen ist dazu gezwungen, innovative

Dienste anzubieten, die dem Kunden zugute kommen. Dies zeigt sich an dem Erfolg der Öffnung des Telekommunikationssektors für den Wettbewerb. Von Bund und Ländern vor der Liberalisierung geäußerte Befürchtungen, wie etwa eine Gefährdung der flächendeckenden Versorgung, haben sich hier nicht bewahrheitet. Entgegen allgemeinen Erwartungen war es nicht notwendig, durch umfangreiche Auflagen und Gesetze einen entsprechenden Infrastrukturausbau zu sichern. Der Nutzen von privaten Anbietern für die Verbraucher ist mittlerweile – ca. drei Jahre nach Öffnung des Marktes – durch drastische Preisrückgänge offensichtlich.

Der Telekommunikationsbereich ist nach *M. Kurth* ein gutes Beispiel für die Schaffung eines verlässlichen Investitionsrahmens, der nicht zuletzt auch durch ausländisches Kapital geschaffen wurde. Dieses leistet im System der Daseinsvorsorge einen wichtigen Beitrag, jedoch muss gesichert sein, dass die Beteiligung ausländischer Unternehmen nicht zu einem Verlust von nationalstaatlichem Einfluss führt. Es bedarf mehr deutscher Unternehmen, die als *global players* agieren.

M. Kurth spricht sich hinsichtlich der Daseinsvorsorge deutlich für eine Marktöffnung aus, da Staatsmonopole – wie früher die Telekommunikation – auf Kosten der Kunden mit weit überhöhten Preisen Monopolgewinne erwirtschaften. Dem wird nicht widersprochen, auch wenn *R. Sturm* die Aussage unter Hinweis auf unangemessene Gewinne privater Monopolisten relativiert.

Das geregelte Nebeneinander von privater und öffentlicher Wirtschaft stellt nach *M. Schöneich* die angemessene Lösung dar. Gerade unter Wettbewerbsgesichtspunkten kommt der öffentlichen Wirtschaft eine wichtige **Rolle als Regulativ** zu.

Welche Zugriffsmöglichkeiten bleiben der öffentlichen Hand nach der Privatisierung von Unternehmen zur Daseinsvorsorge? Art. 14 GG erschwert es, zu einem späteren Zeitpunkt zu regulieren oder die Privatisierung rückgängig zu machen. Im Grunde genommen müsste in Zukunft jede Privatisierung unter eine Gemeinwohlhypothek gestellt werden, denn „wir können mit dem Sozialstaat nicht Lotto spielen“, warnt *S. Leibfried*. Dem stimmt *A. Héritier* zu, die problematisiert, wie die Wahrung des Gemeinwohls bei mangelhaften Leistungen eines privaten Anbieters rechtlich garantiert werden kann.

Als ein Negativbeispiel einer Liberalisierungspolitik wird in der Diskussionsrunde mehrmals das Beispiel Kalifornien erwähnt, wo nach der Liberalisierung der Strom-

versorgung erhebliche Störungen aufgetreten sind. *M. Kurth* betont, dass es nicht darauf ankommt, ob sondern wie privatisiert und reguliert wird. So gilt es, die richtigen Investitionsanreize zu schaffen. Nach *M. Schöneich* ist jedoch gerade die Frage nach der **richtigen Regulierung** das entscheidende Problem und eine *ex-ante*-Betrachtung ungleich schwieriger, als „später zu sehen, was wir verkehrt gemacht haben“.

Wohin führt der Wandel?

Bei der von *H. Cox* angesprochenen Entwicklung vom produzierenden zum gewährleistenden Staat stellt sich nach *S. Leibfried* eine viel breitere Frage. In unserer Gesellschaft herrscht Unklarheit darüber, was unter den Begriffen „öffentlich“ und „Sozialstaat“ überhaupt zu verstehen ist. Der Begriff des Wirtschaftens ist „totalitär“ geworden – es liegt eine Art „Begriffsimperialismus“ vor, der Begriff des Staatlichen verschwimmt zunehmend.

Diese Unsicherheit kann dazu führen, dass demnächst über bisher nicht in Frage gestellte Sektoren der Daseinsvorsorge diskutiert wird, wie etwa über den „Versicherungssozialstaat“ und somit über die Neuorganisation von 30 % unseres Bruttosozialprodukts. Die Diskussion um öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge ist daher eng mit den Fragen verbunden, welche Rolle Staatlichkeit oder öffentliche, demokratisch legitimierte Gewährleistung von Grundbedingungen in unserer Gesellschaft spielen. Ferner fragt *S. Leibfried*, ob man mit der Vorgehensweise nach dem Motto „Wer keinen guten Grund hat, wird abgeschafft!“ die Staatsfrage nicht selber „torpediert“. *M. Kurth* stellt die Gegenfrage, ob denn der Sozialstaat in seinen jetzigen Strukturen ein Selbstzweck sei, oder ob nicht eher diskutiert werden sollte, welchen Nutzen er für den Bürger hat.

Um Klarheit darüber zu erlangen, wohin der mit dem Paradigmenwechsel einhergehende Wandel führt, ist es zuerst notwendig, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von privaten Gütern und Dienstleistungen begrifflich abzugrenzen, fordert *H. Cox*. Eine wettbewerbstheoretisch einfache aber nicht erstrebenswerte Lösung wäre es, „Bildungs- und Netzgüter wie Bananen und Apfelsinen zu handeln“. Auf lange Sicht kann die Politik der Frage nicht ausweichen, was genau öffentliche Dienstleistungen sind. Es handelt sich hierbei um eine normativ-politische Fragestellung, die auch nur normativ-politisch entschieden werden kann. Es wird z.B. zur Debatte stehen, ob ebenfalls der Bildungsbereich von Art. 86 Abs. 2 betroffen sein wird, der mit seinen meritorischen Gütern für das Individuum und das Gemeinwesen eine besondere Bedeutung besitzt.

2. Keine Grenze des Wettbewerbs?

Zu Beginn des zweiten Diskussionsblocks stellt *E. Denninger* fest, dass es augenscheinlich keine Grenzen des Wettbewerbs mehr gibt. Ausschlaggebend für diese Feststellung war nicht nur die vorangegangene Diskussion, sondern auch der Vortrag von *B. v. Maydell*³⁾ über die Frage, wie es um die Kompetenzen und die Legitimation der EU zur Regelung der Daseinsvorsorge bestellt ist.

Um aufzuzeigen, welche Konfliktlinien zwischen nationaler Regulierung bzw. nationalen Organisationen auf der einen Seite und supranationaler Regulierung auf der anderen Seite liegen, wählt *B. v. Maydell* ein Beispiel, von dem man gemeinhin annimmt, dass es im Bereich nationaler Kompetenz zu verorten ist: die soziale Sicherung, insbesondere die Kranken- und die Rentenversicherung. Obwohl die EU für den Bereich der sozialen Sicherung keine Kompetenzen hat, spielt sie hier aus zwei Gründen eine immer größer werdende Rolle:

1. Schon heute finden sich Komponenten einer europäischen Sozialpolitik, auch wenn ihre Instrumente noch nicht sehr ausgebaut sein mögen. Während die europäische Sozialpolitik sich früher in Konzepten rund um die Begriffe „Harmonisierung“ und „Konvergenz“ äußerte, wird sie heute durch das neue Verfahren der „offenen Koordinierung“ vorangetrieben. Bei diesem Verfahren werden ausgewählte Themen zunächst auf europäischer Ebene diskutiert, allerdings nicht von der Europäischen Kommission, sondern von Staatenvertretern auf der Arbeitsebene. Ziel der „offenen Koordinierung“ ist es, gemeinsame Kriterien und Zielvorstellungen zu entwickeln, die anschließend die Diskussionen auf den nationalen Ebenen strukturieren sollen. *E. Denninger* ergänzt, dass sich hier – genau wie bei den Ministerkonferenzen der Bundesländer – offenbar eine dritte Ebene zwischen EU und den Mitgliedstaaten zu etablieren beginnt.
2. Wichtiger als diese bislang noch schwachen Instrumente europäischer Sozialpolitik ist nach *B. v. Maydell* der Einfluss, den das europäische Wirtschaftsrecht und die europarechtlich verbürgten Grundfreiheiten ausüben. Über diese Wege wird die eigentlich den Mitgliedstaaten zustehende Definitionskompetenz im Bereich der sozialen Sicherung nachträglich durch den EuGH ausgehebelt.

Demnach ist auch bei Fragen der sozialen Sicherung eine „Umkehr der Beweislast“ zu spüren. Man muss auch hier begründen, warum bestimmte Einrichtungen, die Leistungen der sozialen Sicherung erbringen, staatliche Privilegien genießen sollen bzw. dürfen.

Kompetenz

Bestätigung findet die Einschätzung, die EU beeinflusse jetzt und in Zukunft die Sozialpolitik, von juristischer Seite. *G. Haverkate* zeigt auf, dass schon in der Vergangenheit die soziale Sicherung nicht ein rein nationales Thema war. So gab es in Folge des europäischen Rechts der Freizügigkeit eine sozialrechtliche Abfederung für die Wanderarbeitnehmer. Noch stärker wird sich die sozialrechtliche europäische Komponente in Zukunft zeigen. So gibt die neue Fassung des EU-Vertrages der EU das Recht, Mindestbedingungen für die soziale Sicherung zu formulieren. Weiterhin ist damit zu rechnen, dass sich der Einfluss der europäischen Wettbewerbsregeln auf das nationale Sozialrecht verschärfen wird. Letztlich wird ein „Wettbewerbssozialrecht“ entstehen. Das noch herrschende Sozialversicherungsmonopol hängt nur noch an einem seidenen Faden, nämlich an der Argumentation des EuGH, solche Monopole rechtfertigten sich über ihre Aufgabe der Umverteilung. Da das Ziel der sozialen Umverteilung natürlich auch über andere Instrumente erreichbar ist (in erster Linie über Steuern), könnte der seidene Faden, der das Sozialversicherungsmonopol noch hält, jederzeit gekappt werden. Wie dick oder dünn dieser Faden ist, wird sich *S. Leibfried* zufolge erst in der Zukunft klären, da der EuGH in seiner Entscheidung nicht definiert hat, was Umverteilung eigentlich ist, und ob sie regional, intergenerational oder nach Klassen wirksam sein soll.

Bislang sieht der EuGH, wie *J. Hellermann* verdeutlicht, die Macht, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen zu definieren, grundsätzlich in nationaler Kompetenz. Umstritten ist, wie weit demgegenüber die **Regelungsbefugnisse der EU** reichen. Auch wenn sie an sich keine originären Regelungszuständigkeiten, sondern nur Binnenmarktzuständigkeiten für Aufgaben der Daseinsvorsorge besitzt, nutzt die EU diese Kompetenzen, um Einfluss auf Daseinsvorsorgebereiche zu gewinnen. Es gibt allerdings Anhaltspunkte, „dass die Kompetenzen der EU vom EuGH nicht ganz so weit gesehen werden, wie die Kommission das gelegentlich vorgibt“. Auch *A. Héritier* weist darauf hin, dass der EuGH in letzter Zeit gegenüber öffentlichen Unternehmen freundlichere Töne anschlug.

M. Schöneich zitiert die Mitteilung der Kommission zur Daseinsvorsorge vom 20. September 2000, nach der über „die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Weise ihrer Erfüllung“ in den Mitgliedstaaten entschieden wird, und fordert dazu auf, diese Definitionshoheit auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen, anstatt „jahrelang darüber zu debattieren“. Dass die Definitionskompetenz nicht so eindeutig zugeteilt ist, lässt jedoch eine Passage der Mitteilung erahnen, auf die *E. Denninger* verweist. Dort ist die Rede davon, dass die EU-Kommission – und nicht die Mitgliedstaaten – ein europäisches Leistungskonzept für Daseinsvorsorge entwickeln wird.

Gerade in Anbetracht der Diskussion über sozialpolitische Leistungen ist es sehr wichtig, allerdings auch außerordentlich schwierig, Leistungen von wirtschaftlicher Bedeutung von jenen mit nicht-wirtschaftlicher Bedeutung abzugrenzen. Die von R. Bocklet in seinem Vortrag vorgeschlagene Differenzierung nach gewinnorientierten und nicht-gewinnorientierten Leistungen, wobei unter den letzteren typischerweise soziale, kulturelle oder karitative Tätigkeiten zu verstehen sind, hilft hier laut *M. Schöneich* auch nicht weiter, sondern verschiebt das Problem nur. Man sollte daher bei dem alten Begriffspaar bleiben. Dass die Differenzierung so schwierig ist, hängt unter anderem mit einem scheinbar zwangsläufigen Wandel von Organisationen oder Einrichtungen zusammen, den es zu kontrollieren gilt: Manche Organisationen, die zum Zeitpunkt ihrer Gründung gemeinwirtschaftlich antreten, wandeln sich im Laufe der Zeit. „Sie entdecken neue Geschäftsfelder – wer will es ihnen verübeln in Zeiten von *Multiutility* und solchen erstrebenswerten Dingen. Und sie entdecken dabei auch die Gewinnorientierung.“

Legitimation

Nicht nur rechtlich ist es fragwürdig, ob die EU die Kompetenz hat, immer weitere Entscheidungsbereiche von den Mitgliedstaaten abziehen. Aus politikwissenschaftlicher Perspektive warnt *A. Héritier* noch einmal vor der Sogwirkung, durch die nach und nach nicht-wirtschaftliche Felder in den Einzugsbereich des Wettbewerbsrechts geraten. Wenn dies mit Politikfeldern geschieht, die auch eine redistributive Komponente enthalten, ist das besonders misslich, da die europäische Ebene nicht geeignet ist, über **Fragen der Umverteilung** zu befinden, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen basieren europäische Entscheidungsprozesse faktisch nicht auf Mehrheitsentscheidungen, sondern auf Konsensentscheidungen. Zum anderen fehlt der EU die insbesondere für Umverteilungsmaßnahmen erforderliche demokratische Legitimation. Eine Abwanderung redistributiver Entscheidungen an die EU würde einhergehen mit einem „Verlust an demokratischer Qualität, an Entscheidungskultur“. Allerdings hat es auch Vorteile, wenn die europäische Ebene qualitative Standards für Versorgungs-

leistungen formuliert, wie es ja auch jetzt schon der Fall ist. Insbesondere für die Mitgliedstaaten, die (weit) unter dem Niveau von z.B. Deutschland oder den skandinavischen Staaten liegen, kann dies durchaus verdienstvoll sein.

Auf ein weiteres Legitimationsproblem weist *R. Sturm* hin. Es zeigt sich in dem zu erwartenden innerstaatlichen Erklärungsnotstand, wenn immer mehr Kompetenzen bei der EU ansiedelten und deutsche Politiker zum Thema Sozialleistungen den Bürgern sagen müssten: „Das geht mich nichts an, das macht Europa!“ Daraus ergäben sich „massive innerstaatliche Probleme“.

„Es wird alles europäisch.“ Davon ist *K. Friedrich* überzeugt. Er erkennt bei den Mitgliedstaaten in manchen Bereichen keine Fähigkeit mehr zu nationalen Lösungen. Das zeigt sich beim Problem öffentlicher Banken genauso wie bei der Landwirtschaft und eben auch der sozialen Sicherung. Stattdessen sollte man ganz bewusst auf europäische Lösungen setzen. Von einem „Alptraum europäischer Sozialstaat“ kann dann nicht die Rede sein, wenn sich Europa an den höchsten und nicht an den niedrigsten Standards orientieren wird. Zudem kommt „mit dem ‘Moloch in Brüssel’, der alles bestimmt bis zu den Traktorsitzen und den geraden Gurken, auch frischer Wind ins System“.

Mit Blick auf die bisherige Diskussion fragt *S. Leibfried*: „Wollen wir das Monster mit dem Moloch austreiben?“ Zugleich warnt er vor dem Irrglauben, bislang auf nationaler Ebene ungelöste Probleme könnte man durch ihre Verschiebung auf die supranationale Ebene leichter lösen. Insbesondere in dem Verfahren der „offenen Koordinierung“ sieht er den Versuch, sich am eigenen Schopfe aus dem Sumpf zu ziehen. *B. v. Maydell* hingegen bekräftigt seine eingangs referierte Befürwortung der „offenen Koordinierung“. Auch wenn sich die Probleme nicht schon alleine dadurch lösen, dass man sie auf europäischer Ebene diskutiert, können solche Gespräche zu einer „neuen Bewusstseinsbildung auf der nationalen Ebene“ führen.

Beispiel: Die Rentenversicherung

Einen starken Einfluss auf die Diskussion hat das von *B. v. Maydell* angeführte aktuelle Beispiel der Rentenreform, der zufolge die bisherige solidarisch ausgerichtete Alterssicherung durch eine private Vorsorge ergänzt werden soll.

So zeigt *G. Haverkate* an diesem Beispiel die Misere der nationalen deutschen Sozialpolitik auf, die sich durch „eine Politik der punktuellen, zufälligen Interventionen“ auszeichnet. Die Rentenversicherung ist in Deutschland nicht als gesossen-

schaftliche Versicherung organisiert, die demokratisch strukturiert und selbstverwaltet ist. Stattdessen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, Kürzungen und Umverteilungen in und mit der Rentenpolitik umzusetzen. Fraglich ist jedoch, ob solche Politiken nicht rechtfertigungsbedürftig sind bzw. sein sollten: „Wenn ich eine freiheitliche Struktur der Sozialversicherung konstruiere, muss der Griff des Staates auf das Eigentum der Versicherten rechtfertigungsbedürftig sein.“

Auch die nun geplante Rentenreform stößt bei einigen Diskussionsteilnehmern auf Ablehnung. *K. Friedrich* kritisiert die paternalistischen Vorgaben, die für den privaten Teil der Altersvorsorge gelten, und fordert eine rasche, „echte“ Privatisierung. *S. Leibfried* gibt dabei jedoch zu bedenken, dass eine Privatisierung der sozialen Sicherungssysteme sicherlich dazu führen wird, dass bestimmte Gruppen der Bevölkerung „abgehängt“ werden. Er zeigt dies am Beispiel des amerikanischen Gesundheitssystems auf, in dem $\frac{1}{3}$ der Bevölkerung nicht versichert ist. Allerdings verweist *M. Kurth* darauf, dass noch andere Umverteilungssysteme in Frage kommen, wie etwa die progressive Einkommenssteuer. Ein Verzicht auf verdeckte Umverteilungssysteme ist auch unter Gerechtigkeitsaspekten wünschenswert. Die jetzige Intransparenz entspricht jedenfalls nicht dem Anspruch der Kundensouveränität.

Auch *G. Haverkate* spricht sich für eine Trennung von Sozialversicherungs- und Umverteilungssystemen aus. Allerdings muss man hier kritisch fragen, ob Umverteilung auch dann noch durchsetzbar ist, wenn transparent wird, was wir für die Korrektur sozialer Ungleichheiten zahlen müssen. Vernichtet Transparenz die soziale Umverteilung?

Durch die schon bestehende Kapitalverkehrsfreiheit, deren Auswirkungen man, wie *S. Leibfried* verdeutlicht, in Deutschland oft übersieht, werden die Sozialversicherungen unweigerlich europäisiert. Als hilfreich für das Gelingen eines Versicherungsmarktes auf supranationaler Ebene beurteilt *H. Cox* das in Deutschland für die Krankenkassen eingeführte Modell des Risikostrukturausgleichs. Mit ihm lassen sich Versicherungen stützen, die aufgrund eines hohen Anteils „schlechter Risiken“ schwächer sind. Allerdings wirft ein europäischer Versicherungsmarkt aus ökonomischer Perspektive noch weitere Probleme auf: Zum einen muss das Transparenzproblem gelöst werden, das insbesondere bei einem so undurchschaubaren Markt wie dem der Versicherungen eklatant sein dürfte. Zum anderen würde der notwendige europaweite Risikostrukturfonds erhebliche Transaktionskosten mit sich bringen.

Die Teilnehmer des Kolloquiums hoffen gerade in der Frage der Rentenversicherung auf „frischen Wind“ aus Brüssel, um den „Muff der nationalen Diskussion“ wegzublasen.

3. Die Zukunft der Daseinsvorsorge

Wie sieht die Zukunft der Daseinsvorsorge aus? Welche konkreten Handlungsansätze gibt es? *E. Denninger* bittet die Diskussionsteilnehmer darum, diese beiden Fragen für die klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge (Gas, Wasser, Strom, öffentlicher Personennahverkehr) zu diskutieren und sich über den „europäischen Weg“ Gedanken zu machen.

Es wird künftig ein Nebeneinander von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Unternehmen geben, die Leistungen der Daseinsvorsorge bereitstellen, wie das Kolloquium feststellt. Es stellt sich allerdings die Frage, wie dieses Nebeneinander in den verschiedenen Sektoren gestaltet werden kann.

Netzstrukturen und natürliche Monopole

Einige Sektoren der Daseinsvorsorge zeichnen sich durch Netzstrukturen aus, deren Privatisierung einen besonderen Schwerpunkt der Diskussion bildet. Der Betrieb von Versorgungsnetzen ist inzwischen so kapitalaufwendig, dass dies die öffentliche Hand nicht mehr alleine leisten kann, wie *R. Sturm* feststellt. In Zukunft werden bei Ver- und Entsorgungssystemen daher auch gemischt-wirtschaftliche Lösungen wie *public private partnerships* eine zunehmende Bedeutung erlangen.

Befinden sich private Unternehmen in einer Monopolstellung, so befürchtet *H. Cox*, könnten sie ihre Monopolgewinne dazu nutzen, sich sukzessive in andere Versorgungsnetze einzukaufen. Hier könnten die Grenzen des Wettbewerbs erreicht sein.

Wasser – ein Sonderfall?

Ein Feld der Privatisierung, über das im Kolloquium besonders kontrovers diskutiert wurde, ist die Wasserversorgung. Sie wurde – im Gegensatz zu anderen Bereichen der Daseinsvorsorge – nicht durch eine Richtlinie der EU, sondern auf nationaler Ebene durch den Bundeswirtschaftsminister in die Diskussion gebracht. „Trotz aller Sensibilitäten wird die Struktur in der Wasserversorgung nicht so bleiben, wie sie ist!“ stellt *M. Schöneich* fest. In Deutschland gibt es mit 6600 autonomen Wasserversorgern eine außerordentlich kleinteilige Versorgungsstruktur, die an der Effizienz zweifeln lässt.

„Die ökonomische Literatur neigt dazu, den Netzwettbewerb im Bereich der Wasserwirtschaft als äußerst begrenzt zu sehen, da der Betrieb von Parallelnetzen ökonomisch nicht sinnvoll ist“, ist sich *H. Cox* sicher. Er schreibt dem Netzbetrieb für die Wasser-

wirtschaft den Charakter eines **natürlichen Monopols** zu. Zwei Modelle der Wasserversorgung sind nach *M. Schöneich* in Deutschland zurzeit im Gespräch:

- das Konzessionsmodell mit Lizenzvergabe über 10 oder mehr Jahre nach Ausschreibungen,
- die Durchleitungsliberalisierung mit einer Öffnung des Netzes für mehrere Anbieter, wie bereits im Gas- und Strommarkt praktiziert.

Die Durchleitungsliberalisierung ist umstritten, da bei der Wasserversorgung die hygienischen und ökologischen Aspekte gegenüber den wirtschaftlichen Vorrang haben.

Ob das **Konzessionsmodell** für Unternehmen ausreichende Investitionsanreize bietet, wird von *A. Héritier* bezweifelt. In England ging man aufgrund dieses Problems dazu über, Lizenzen von mindestens 20 Jahren zu vergeben. Dass es sich bei dem Konzessionsmodell um ein Monopol auf Zeit handelt, wird von *E. Denninger* kritisch angemerkt. „Was passiert, wenn der Monopolist versagt?“ „Aber was passiert, wenn der öffentliche Anbieter von Wasser versagt?“ hält *K. Friedrich* entgegen. „Dem Lizenzinhaber können Sie die Lizenz wegnehmen, aber wer wählt den Bürgermeister ab, weil das Wasser schlecht ist?“

Nach *R. Sturm* ist bei dem Konzessionsmodell die Gefahr gegeben, dass sich (ausländische) Versorger zusammenschließen oder gegenseitig aufkaufen, sodass sich Oligopole bzw. Monopole bilden, weshalb für einen funktionierenden Wettbewerb eine parallele Missbrauchs- und Kartellaufsicht notwendig ist. So haben sich z.B. in England ein nationales Stromunternehmen und mit Eau de France ein ausländischer Investor in die Wasserversorgung eingekauft. Zwischen der Gas- und Stromversorgung ist dort die Querverflechtung mittlerweile so intensiv, dass für beide eine gemeinsame Regulierungsbehörde geschaffen wurde.

Selbst wenn bei der Wasserversorgung Hinweise für ein natürliches Monopol vorlägen, spräche nach *K. Friedrich* noch lange nichts gegen eine privatwirtschaftliche Betreuung. Wettbewerb, und somit der Marktzugang von *new entries*, ist möglich. Für die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens sprechen Verkaufserlöse, die schließlich über Steuererleichterungen an die Bevölkerung weitergegeben werden können.

„Wir sind hier in der Gefahr, aus der Wasserversorgung ein Menschenrecht zu machen“ kritisiert *K. Friedrich*. Mit erwarteten Kriterien, wie etwa Universalität und

eine gesicherte Versorgung, werden unglaublich „luxuriöse Anforderungen“ an das Gut Wasser gestellt, die zwar in Europa Standard sein mögen, jedoch auf globaler Ebene allenfalls für einige Industrieländer zutreffen. „Wer soll eigentlich finanzieren, was Sie hier von der Wasserversorgung verlangen?“ *K. Friedrich* fügt hinzu, sich an seinem Haus in Virginia für die Wasserversorgung selber einen Brunnen gebohrt zu haben. Nach der deutschen Rechtslehre ist die sozialstaatliche Grundversorgung, wenn auch kein Menschenrecht, so doch in der Tat ein Grundrecht, gibt demgegenüber *E. Denninger* zu bedenken.

In der jetzigen Wasserversorgung sieht *K. Friedrich* zudem einen Eingriff in die Konsumentenfreiheit, da der einzelne Bürger nicht die Wahl hat, ob er das universale Wassersystem finanzieren will. Die Übertragbarkeit des Idealmodells eines Marktes auf ein Existenzgut wie Wasser ist nicht gegeben, sind sich jedoch die meisten Diskussionsteilnehmer sicher.

Der zuvor von *M. Schöneich* angeführte ökologische Aspekt wird von *G. Haverkate* erneut aufgegriffen, der betont, dass bei unserer Wasserversorgung auf eine Ressource zurückgegriffen wird, die im Laufe von mehreren zehntausend Jahren entstanden ist und somit ein teures Gut darstellt. Es stellt sich die Frage, ob das Konzessionsmodell den Lizenzinhaber zur Ressourcenschonung anhält.

Gründe für die Liberalisierungsdiskussion

Verschiedene Problemstrukturen haben in Deutschland zu einer Diskussion über Privatisierung geführt, hält *G. Haverkate* fest:

- Es gibt einen erheblichen Kapitalbedarf zur Erhaltung und Erneuerung von Leistungsnetzen, der bei der herkömmlichen Struktur nicht aufgebracht werden kann. Dies war vor Jahren im Telekommunikationsbereich der Fall und trifft nun für die Wasserversorgung zu.
- Einige Unternehmen zur Daseinsvorsorge in Monopolstellung missbrauchen ihre Marktmacht.
- Es gibt aber auch schwache Monopole, wie etwa im Sozialversicherungsbereich deutlich wird.

Kriterien für Leistungen der Daseinsvorsorge

Unabhängig davon, ob man eine Privatisierung anstrebt oder nicht, werden von *S. Leibfried* Kriterien für Leistungen der Daseinsvorsorge genannt, für die Regelungen getroffen werden sollten:

- Kontinuität,
- Qualität,
- Universalität,
- Preisgestaltung.

Umweltfreundlichkeit und technische Sicherheit, etwa im Energiesektor, sind darüber hinaus Aspekte, die nach *A. Héritier* ergänzt werden müssten. Werden Unternehmen zur Daseinsvorsorge privatisiert bzw. teilprivatisiert, kommen nach *S. Leibfried* folgende Notwendigkeiten hinzu:

- Rückholbarkeit (Problem: Art. 14 GG),
- funktionale Äquivalenz (z.B. hat der Stromsektor vor seiner Privatisierung kommunale Einrichtungen wie Schwimmbäder und den ÖPNV subventioniert); durch Privatisierung dürfen diese Dienstleistungen nicht entfallen, sondern es ist für äquivalente Lösungen zu sorgen),
- Sicherung von Wettbewerbsstrukturen,
- effiziente Regulierung,
- Festlegung von Kompetenzen.

Bei allen Kriterien stellt sich nach *S. Leibfried* die Frage, ob diese auf regionaler, nationaler und europäischer Ebene festgelegt werden sollten.

Folgen von Privatisierungen

Das Thema Daseinsvorsorge ist nach *S. Leibfried* unter drei Aspekten zu betrachten, nämlich:

- Kundensouveränität
- Gemeindeperspektive

Ein nicht zu vernachlässigender Aspekt der Daseinsvorsorge ist ihre Auswirkung auf Strukturen der Kommunalpolitik und das kommunale Parteiensystem.
- Veränderung des städtischen Raumes

Es sollen keine Gettos, sondern von allen Seiten erschlossene Strukturen angestrebt werden.

J. Hellermann bekräftigt, dass die Auswirkungen der Liberalisierung und Privatisierung auf die kommunale Selbstverwaltung thematisiert werden müssen.

Verkauft eine Kommune ihr Versorgungsnetz, um Haushaltslöcher zu stopfen, zahlt sie durch den Verlust von Wirkungsbereichen einen hohen Preis. Diese Wirkungsbereiche sind kaum mehr wiederzuerlangen, warnt *H. Cox*. In ihren Unternehmen können die Kommunen Strategien vorgeben, ergänzt *J. Hellermann*. So konnten sich beispielsweise Kommunen vor der Privatisierung ihrer eigenen Versorgungsunternehmen für erneuerbare Energien einsetzen. Heutzutage ist dies lediglich möglich, wenn der Bund als Gesetzgeber ein Gesetz über erneuerbare Energien erlässt. Für die **Verluste von Mitspracherecht** müssen die Kommunen ihre „Schmerzgrenzen“ (Sturm) festlegen. Ferner muss die vertraglich fixierte Möglichkeit eines Rückkaufs erhalten bleiben.

Eine bei *public private partnerships* ungelöste Frage stellt die endgültige Entscheidungsgewalt über die Netzbetriebung dar, stellt *R. Sturm* fest. So findet sich für das unter kommunaler Verwaltung stehende U-Bahnsystem in London kein Finanzierungspartner, der auf ein Mitspracherecht bei der Streckenführung verzichten würde.

Zuerst Marktordnung schaffen – dann regulieren

Wenn wir uns vom Status quo wegbewegen wollen, gibt es nach *R. Sturm* zwei Anforderungen:

- die Einführung von Wettbewerb, damit öffentliche wie auch private Monopole keine ungerechtfertigten Monopolgewinne mehr erwirtschaften,
- die Gewährleistung einer effizienten Regulierung zur Erhaltung des Wettbewerbs sowie ein Konsens über die Regulierungsziele.

In Deutschland wird nach der Regulierung der Wirtschaftsbereiche Telekommunikation und Post ebenfalls über die Regulierung der Stromwirtschaft diskutiert. Im Kolloquium wird jedoch die Forderung laut, die Marktordnung in den Vordergrund zu stellen, bevor die Regulierung in Angriff genommen wird. Im Gegensatz etwa zu Großbritannien funktionieren in Deutschland die **wettbewerbssichernden Institutionen** schlecht. „Das Kartellamt muss sich fast entschuldigen, wenn es mal intervenieren will“, kritisiert *R. Sturm*. Ferner sollten die kartellrechtlichen Ordnungsinstrumente verschärft werden. So hat sich die Missbrauchsaufsicht zunehmend als „notorisch stumpfes Schwert“ herausgestellt – nicht zuletzt, da das Kartellamt vor Gericht rund 50 % der Fälle verliert. Es sollte daher über eine sektorenspezifische Regulierung nachgedacht werden, regt *R. Sturm* an. Um diese Aufgabe anzugehen, bedarf es einer öffentlichen Debatte über die genauen Ziele einer Regulierung, die von der Politik geschaffen werden muss, „da es ein Grundrecht des Bürgers ist, hier ein Mitspracherecht zu bekommen“.

H. Cox sieht das Versagen dagegen weniger in der deutschen Wettbewerbspolitik. Er verweist auf die Gesetzgebung gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die „eine der schärfsten Waffen der Wettbewerbspolitik“ darstellt. Das Problem liegt eher auf der europäischen Ebene, da es nicht gelungen ist, auf ihr vergleichbare, wettbewerbssichernde Institutionen zu etablieren. Die EU-Kommission entscheidet jeweils nach unterschiedlichen Kriterien und vermengt Wettbewerbsfragen mit denen der Industrie- und Handelspolitik.

Neben der Gewährleistung einer funktionierenden Marktordnung stellt sich die Frage nach den Regulierungsinstrumenten.

Sollen Standards - etwa von Regulierungsbehörden - durchgesetzt werden, kann dies lediglich funktionieren, wenn das öffentliche Interesse definiert wird, das aus einem Gut ein solches der Daseinsvorsorge macht. Diese Festlegung ist jedoch schwer zu treffen. „Wenn die ARD 'Musikantenstadl' sendet, ist das reine Wettbewerbsteilnahme oder ist das auch Teil der Programmanforderungen und Ausgewogenheit?“ versucht J. Hellermann das Problem der Abgrenzung zu verdeutlichen. Ebenso stellt sich die Frage, ob bei Sparkassen das Führen von Privatkonten als Teil der Wettbewerbsteilnahme oder als Leistung zur Daseinsvorsorge zu werten ist.

Die Bedeutung der bereits diskutierten Anforderungen, anhand derer reguliert werden soll, unterstreicht R. Sturm mit dem Beispiel der abnehmenden Wasserqualität in Großbritannien. A. Héritier ergänzt dies um das Beispiel Frankreich, wo sich die Festsetzung von Qualitätsmaßstäben im Bahnbereich als besonders schwierig erweist.

Eine vollständige Privatisierung und die Bildung diverser Regulierungsbehörden ist nach M. Schöneich nicht erstrebenswert. Regulierungsbehörden sind ohnehin nicht unbedingt notwendig, ergänzt H. Cox. So kann die Kommune bei der Privatisierung eines Unternehmens bestimmte Anforderungen vertraglich regeln und benötigt daher nicht unbedingt eine Regulierungsbehörde, deren Errichtung und Unterhaltung zudem mit hohen Kosten verbunden ist.

„Man kann jedoch auch in langfristigen Verträgen nicht alles niet- und nagelfest machen“, stellt A. Héritier dagegen fest. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass vertragliche *ex-ante*-Regelungen nicht alle Fallkonstellationen abdecken. Nach der Privatisierung tauchen in der Regel noch unerwartete Fragen auf, die eine Steuerung des Marktes erschweren können. Da etwa Kostenentwicklungen langfristig nicht zu prognostizieren sind, muss es Preisanpassungsklauseln mit der Option für Neuverhandlungen geben,

schlägt *H. Cox* vor. Ebenfalls müssen für Vertragsverstöße Sanktionen über die gesetzliche Regelung hinaus vereinbart werden, die bis zu einer Vertragsauflösung führen können. Für das Unternehmen müssen sich *sunk costs* rentieren, Vertragsverstöße stellen sich daher als extrem risikobehaftet dar.

Für die erfolgreiche Regulierung eines Sektors der Daseinsvorsorge ist es nach *S. Leibfried* wichtig, dass die öffentliche Hand in ihm weiterhin eigene Unternehmen besitzt und somit über Produktionswissen verfügt.

Einen interessanten Weg in der Leistungs- und Qualitätsregulierung auf nationaler Ebene stellt nach *A. Héritier* das französische **Modell der partizipatorischen Evaluation** dar. Dort werden nationalen Regulierern Beiräte zur Seite gestellt, in denen Vertreter unterschiedlicher gesellschaftlicher Interessen sitzen. Auf diesem Wege werden zugleich die Leistungen evaluiert und Standards der Daseinsvorsorge definiert. *M. Kurth* steht diesen korporatistischen Strukturen in Frankreich dagegen skeptisch gegenüber, da sie den Prozess der Liberalisierung verlangsamen.

Trennung zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und sozialem Ausgleich

Über das Maß, in dem Leistungen der Daseinsvorsorge mit Subventionen und sozialem Ausgleich einhergehen, müsste für den Bürger mehr Transparenz geschaffen werden, fordert *G. Haverkate*. Im Sozialversicherungssystem, das bereits ausführlich diskutiert wurde (siehe Abschnitt 2), wurde eine Trennung zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und dem sozialem Ausgleich gefordert. Auch in anderen Sektoren der Daseinsvorsorge muss der Bürger darüber informiert werden, wie groß der Subventionsanteil bei Leistungen zur Daseinsvorsorge ist. In der Diskussion kommen in diesem Zusammenhang mit Universitäten der Bildungsbereich und mit Operaufführungen das kulturelle Angebot ins Gespräch. Diese Leistungen sollten nach *G. Haverkate* nicht ausnahmslos von der Allgemeinheit finanziert werden. Eine Karte für eine Operaufführung würde jedoch ohne Subventionierung um die 800 DM kosten, hält *E. Denninger* dem entgegen.

Ebenfalls umfasst der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) Leistungen, die zum Teil erhebliche Subventionen verschlingen und daher überdacht werden müssen, fordert *G. Haverkate*. So werden mit dem Anspruch eines möglichst flächendeckenden Transportangebotes Busstrecken aufrechterhalten, die so wenig genutzt werden, dass es für die Kommune günstiger wäre, den wenigen Fahrgästen „auf Lebzeiten und weit darüber hinaus ein Taxi zu finanzieren“.

Die Frage der Kompetenzen

„Wer soll im vereinten Europa was entscheiden?“ Mit diesen Worten leitet *E. Denninger* zum abschließenden Teil der Diskussion über und bittet dabei, „die europäische Kurve zu kriegen“. Er stellt zur Diskussion, welche Rolle die EU spielen soll:

- Soll sie nur die Aufgabe einer reinen Missbrauchskontrolle erfüllen (Bocket)?
- Soll sie mit dem Verfahren der „offenen Koordinierung“ die nationalen Entscheidungsprozesse nachhaltig beeinflussen (v. Maydell)?
- Oder soll die EU Musterrichtlinien zur Regulierung bzw. für die Ausgestaltung der sog. Universaldienste erlassen?

Europäische Mindestziele

Das Verfahren der „offenen Koordinierung“ ist nach *A. Héritiers* Einschätzung vor allem in den Fällen geeignet, in denen „man noch keinen Fuß auf der Erde hat“: Wenn es darum geht, erst einmal Informationen zu sammeln, die Gegebenheiten zu vergleichen und miteinander ins Gespräch zu kommen, ist die „offene Koordinierung“ ein sinnvolles Verfahren. In anderen Bereichen, wie Telekommunikation, Energie oder Bahn, rät sie hingegen dazu, der EU Regelungskompetenzen zuzuerkennen. Die EU sollte Mindeststandards festlegen. Wie diese zu erreichen sind, soll hingegen den Mitgliedstaaten anheim gestellt bleiben. Nur wenn ein Staat sich unterhalb der Standards bewegt, sollten der EU Eingriffsmöglichkeiten zustehen.

Unterstützung findet dieser Vorschlag bei *H. Cox*, der zudem verdeutlicht, dass europäische Mindeststandards dem wünschenswerten Ausbau von Universaldienstleistungen in südeuropäischen Ländern förderlich sind.

Wenn man der EU die Kompetenz zubilligt, Mindeststandards zu setzen, wird die schon zuvor immer wieder eingeforderte Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nicht-wirtschaftlichen Bereichen noch wichtiger. Im kulturellen Bereich z.B. sollten die nationalen Unterschiedlichkeiten erhalten bleiben. Aber selbst hier wird man sich bei der Abgrenzung schwer tun, wie *R. Sturm* anmerkt. So ist der Rundfunk einerseits gekennzeichnet durch seinen Kulturauftrag, andererseits ist er aber auch ein Wirtschaftsgut.

Wenn man diese Abgrenzungsschwierigkeiten gedanklich koppelt mit der schon intensiv diskutierten Beweislastumkehr kommt man schnell zu jener Befürchtung, die *S. Leibfried* äußert: „Wir definieren alles als wirtschaftlich, was wir nicht als nicht-wirtschaftlich beweisen können.“

Ist eine Vertragsänderung notwendig?

Zur Umsetzung ihres Vorschlags hält *A. Héritier* keine Vertragsänderung für erforderlich. Ausreichend wäre es, entsprechende Vorgaben in sektoralen Direktiven festzumachen.

In puncto Vertragsänderung ist sich die Runde einig: Sie wird nicht befürwortet. Dem Änderungsvorschlag von *R. Bocklet*, in dem u.a. das Bestimmungsrecht der Mitgliedstaaten darüber, „was als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen ist, welche Gemeinwohlanforderungen hieran zu knüpfen sind und auf welche Weise diese Leistungen erbracht werden sollen“, herausgestellt wird, stehen die meisten der Diskutanten inhaltlich positiv gegenüber, halten ihn aber eigentlich nicht für notwendig. Der derzeitige Wortlaut des Vertrags wird als ausreichend beurteilt.

Zudem muss auch bedacht werden, dass eine Vertragsänderung nicht ohne weiteres möglich ist. Die Vertragsverhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten sind immer mühselige Suchen nach Kompromissen, wie *R. Sturm* anmerkt. Dass die Ergebnisse dann inkonsistent und stark interpretationsbedürftig sind, darf keinen wundern.

Hinsichtlich der **Interpretation des EU-Vertrages** betonen die Teilnehmer des Kolloquiums jeweils verschiedene Aspekte. Nach *M. Schöneich* ist es wichtig, die Möglichkeiten, die sich aus den gegebenen Spielregeln der EU eröffnen, auch zu nutzen. Konkret meint er, man sollte das nationale Bestimmungsrecht, über Sonderrechte bzw. Ausnahmen im Wettbewerb zu entscheiden, einfach anwenden und nicht lange mit Brüssel darüber debattieren.

Von einer ähnlichen Ausgangsbasis argumentiert *B. v. Maydell*, wenn er aufzeigt, dass die Europäische Kommission gelegentlich über ihre Kompetenzen hinaus Entscheidungen fällt. Es wäre sinnvoll, die Kommission „stärker an die Kette zu legen“ und Entscheidungen wirksamer an den Europäischen Rat zu binden, wie es der Vertrag vorsieht.

Grundsätzlich positiv wertet *G. Haverkate* den Einfluss des europäischen Rechts. Da er auf der Basis des Art. 86 EGV bislang nur „punktueller Überlagerungen des nationalen Rechts“ erkennt, urteilt er: „Wenn es bei dieser schlanken, gleichwohl scharfen Interpretation des Art. 86 bleibt, wäre ich vollkommen damit einverstanden, dass keine Änderungen des Vertrages in dem Punkt notwendig sind.“ Wichtig ist, dass Interpretationen möglich bleiben, um der Jurisprudenz nach wie vor bewegliche Lösungen zu er-

lauben. Durch Privatisierungen darf nicht die Möglichkeit vergeben werden, aktuelle, auf die öffentlichen Interessen maßgeschneiderte Lösungen zu verwirklichen. Wir dürfen nicht „auf einmal in einer Gasse stecken, die kein Rückwärtsfahren mehr erlaubt“.

Eine weitere juristische Einschätzung des Einflusses des europäischen Rechts fällt kritischer aus: *J. Hellermann* beurteilt die Interpretation und Anwendung der Art. 86 III sowie 94 und 95 EGV als relativ weitgehend. Dieser Einfluss ist akzeptabel, solange es sich um jene Bereiche der Daseinsvorsorge handelt, die „unter dem Aspekt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in den Blick kommen“. Es ist jedoch zu befürchten, dass die EU den begrenzten Rahmen, den die Art. 94 und 95 setzen, nach und nach ausweitet.

Was wird das für ein Europa?

J. Hellermanns Befürchtungen zeigen auf, dass der weitere Weg, den Europa im Bereich der Daseinsvorsorge gehen wird, unklar ist. Wird der Spielraum der EU auf Kosten der nationalstaatlichen Kompetenzen immer größer?

Selbst *K. Friedrich*, der europäischen Lösungen grundsätzlich positiv gegenüber steht, kommt zu der Frage: „Wo ist denn nun die Subsidiarität geblieben?“ Auf der einen Seite sind europäische Lösungen geboten, auf der anderen Seite ist die Rede vom „Europa der Regionen“ mit seinen unterschiedlichen Kulturen.

Offen ist auch, zu wessen Gunsten die Frage der Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Bereichen entschieden wird. *S. Leibfried* befürchtet eine Entscheidung zu Ungunsten des nicht-wirtschaftlichen Bereichs, nämlich dass die Wirtschaftsgemeinschaft sich die Bereiche Kultur und Soziales einverleiben wird. Nach und nach wird alles, was heute noch als nicht-wirtschaftlich anerkannt ist, aus dem Wirtschaftsblickwinkel betrachtet. Dieses „Prisma der Wirtschaftsgemeinschaft“ wird nicht gewählt, weil die EU von sich aus der große Vorkämpfer von Marktvorstellungen wäre, sondern weil sie so konstruiert wurde, dass man europäisch nur über Wirtschaftsfragen diskutieren kann. Für viele Debatten kann daher Europa nicht das richtige Forum sein.

Dieser kritischen Perspektive hält *A. Héritier* den auf das Betreiben Frankreichs zurückzuführenden Versuch entgegen, ein europäisches Modell von Gesellschaft zu entwickeln. Die Bürger sollen nicht nur als Konsumenten, sondern auch als *citoyens* gesehen werden.

Allerdings empfiehlt *J. Hellerman* hierbei, genau im Auge zu behalten, wie der Begriff des europäischen Gesellschaftsmodells verwendet wird. Der Begriff könnte dazu dienen, „eine Legitimationsbasis für eine europaweite Definition von Daseinsvorsorgeanforderungen mitzuschaffen“, was bedeuten würde, dass die nationalstaatlichen Spielräume kleiner werden.

Klarheit schaffen

Wie schon das Referat von *H. Cox* über die Struktur der Daseinsvorsorge in Deutschland aufzeigt, erleben wir derzeit einen Paradigmenwechsel. Situationen des Umbruchs bieten Gelegenheiten zur Reflektion, zur Neugestaltung: Der immer wieder eingeforderte frische Wind kann wehen. Solche „Schwebephasen“ haben aber auch eine Kehrseite, wie *M. Schöneich* am Ende des Kolloquiums verdeutlicht: „Sie sind Gift für Unternehmensstrategien.“ Was geschieht mit der öffentlichen Wirtschaft? Wie sollen Kommunen mit ihren Unternehmen umgehen: sie verkaufen, behalten, Allianzen suchen? Es ist wichtig, Klarheit zu schaffen, was zugleich bedeutet, Entscheidungen zu treffen.

Dass die Entscheidungen mutig sein müssen, ist auch nach dieser Diskussion, offenkundig geworden: Das Thema „Daseinsvorsorge“ weist viele Seiten und Dimensionen auf, die komplex sind und daher noch nicht erschöpfend behandelt werden konnten.

Doch hat die Diskussion gezeigt, dass sich gemeinsam gangbare Wege abzeichnen: Den schroffen Gegensatz zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb, den *E. Denninger* in der deutschen Debatte ausmacht, hat er im Verlauf der Diskussion nicht entdecken können – trotz der „sehr unterschiedlich orientierten und verwurzelten Kolloquiumsteilnehmer“.

1) Vgl. seinen Beitrag in diesem Band: S. 25-40.

2) Vgl. seinen Beitrag in diesem Band: S. 11-24.

3) Vgl. seinen Beitrag in diesem Band: S. 41-54.

Daseinsvorsorge im europäischen Vergleich

Zur Eigenart des bundesdeutschen Systems gemeinwohlorientierter Dienstleistungen im Vergleich mit den Strukturen in anderen europäischen Staaten und unter den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts

Die unterschiedlichen Strukturen der gemeinwohlorientierten Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in den EU-Mitgliedstaaten lassen sich exemplarisch belegen einerseits am französischen Konzept des *service public* und andererseits an dem durch frühzeitige, umfassende Privatisierung und eine spezifische staatliche Regulierung gekennzeichneten Modell Großbritanniens. „Daseinsvorsorge“ in Deutschland steht nicht für eine vergleichbar geschlossene Konzeption. Einen vereinheitlichenden, deregulierenden Einfluss übt, auch wenn es den Mitgliedstaaten – vor allem auf Grund der Einflüsse des *service public*-Konzepts – beträchtliche Gestaltungsspielräume lässt, das EG-Recht aus. Die – teils hierdurch bewirkte – Liberalisierung stellt in Deutschland vor allem den Fortbestand der eigenen staatlichen / kommunalen Wirtschaftsbetätigung in Frage.

1. Einleitung

Wer sich mit der Zukunft der öffentlichen Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge beschäftigen will, hat – auch wenn sein Augenmerk besonders auf Deutschland gerichtet sein soll – mehrfach guten Grund, den Blick über die nationalen Grenzen hinaus zu werfen und sich für die Strukturen der sog. Daseinsvorsorge in anderen Ländern der Europäischen Union zu interessieren. Es besteht nicht nur ein – verfassungspolitisches oder verwaltungswissenschaftliches – Interesse daran, alternative Formen der sog. Daseinsvorsorge mit ihren Vorzügen und Nachteilen kennen zu lernen. Darüber hinaus setzt die Gestaltung der eigenen Wirtschafts- und Sozialordnung schon

auf Grund der wirtschaftlichen Verflechtung innerhalb des Europäischen Binnenmarktes die Kenntnis der Randbedingungen voraus, die die Organisation der Daseinsvorsorge in anderen Ländern vorgibt. Schließlich ist die Kenntnis der unterschiedlichen Strukturen der Daseinsvorsorge in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union von erheblicher Bedeutung für das Verständnis und die Anwendung des Rechtsrahmens, den das Europäische Gemeinschaftsrecht für die wirtschaftliche Betätigung und die Daseinsvorsorgeleistungen in den einzelnen Mitgliedstaaten errichtet.

Der so motivierte rechtsvergleichende Blick bedarf noch einer kurzen Vorüberlegung im Hinblick auf seinen – durch den Begriff der Daseinsvorsorge gekennzeichneten – Gegenstand. Dieser Begriff der Daseinsvorsorge ist als rechtswissenschaftlicher Begriff eine – auf Ernst Forsthoff¹⁾ zurückgehende – spezifisch deutsche Erscheinung; ihm korrespondieren in anderen Ländern andere Bezeichnungen wie *services of general interest*, *service public*, *servicio público* etc. Die nähere Diskussion im Hinblick auf Inhalt und Funktion dieser Begriffe kann hier zunächst auf sich beruhen, denn der zu unternehmende Vergleich zwischen verschiedenen Ländern ist nicht auf der Grundlage eines spezifischen nationalen, insbesondere des deutschen Daseinsvorsorgebegriffs, sondern nur sinnvoll möglich, wenn sein Gegenstand allgemeiner, d.h. losgelöst von Begriffsmerkmalen einer nationalen Rechtsordnung, bestimmt wird. In einem solchen allgemeineren Sinne kann Daseinsvorsorge verstanden werden als Erbringung von Leistungen (Waren oder Dienstleistungen), die nicht allein nach den Regeln des Marktes oder wirtschaftlichen Wettbewerbs, sondern gemeinwohlorientiert, unter hoheitlich auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen erfolgt.²⁾ Unter diesem weiten Begriff von Daseinsvorsorge interessiert insbesondere nicht allein das Angebot von Gütern und Dienstleistungen durch staatliche Verwaltungen und Unternehmen, sondern auch die Leistungserbringung durch nichtstaatliche Unternehmen, soweit sie hoheitlichen Gemeinwohlverpflichtungen unterworfen ist. Damit wird der Staat in einer zweifachen Rolle, sowohl als Träger von Unternehmen und insoweit als Wirtschaftssubjekt wie auch als hoheitliche Regulierungsinstanz im Verhältnis zu privatwirtschaftlichen Leistungserbringern, zum Gegenstand des Interesses.

Die nachfolgenden Überlegungen versuchen zunächst, der Unterschiedlichkeit der nationalen Konzepte gemeinwohlorientierter Dienstleistungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und vergleichend der Eigenart der bundesdeutschen Daseinsvorsorge nachzugehen (2.). Vor diesem Hintergrund soll es anschließend um die Frage gehen, inwieweit das Europäische Gemeinschaftsrecht noch Spielräume für solche unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Ausgestaltungen der Daseinsvorsorge lässt oder aber einen vereinheitlichenden Einfluss in Richtung Deregulierung und Priva-

tisierung ausübt (3.). Den Abschluss bilden einige kurze Bemerkungen zur aktuellen Situation und möglichen weiteren Entwicklung der Daseinsvorsorge in Deutschland (4.).

2. Unterschiedlichkeit der Organisation der Daseinsvorsorge in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union

2.1 Überblick

Die staatliche Verantwortung für die Grundversorgung der Bürger mit bestimmten Gütern und Dienstleistungen hat in den europäischen Ländern im Wesentlichen gleichlaufend ihren Ursprung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts³⁾; im Gefolge des Industrialisierungs- und Urbanisierungsprozesses entwickelten sich namentlich die öffentliche Versorgung mit Wasser und Energie, die öffentliche Abwasser- und Abfallentsorgung, später auch der öffentliche Nahverkehr und weitere einzelne Daseinsvorsorgeaktivitäten. Mit Recht wird angenommen, dass damit in allen Ländern vergleichbare Regelungsbedürfnisse aufgetreten sind und auch die gefundenen Lösungen sich in manchem gleichen.⁴⁾ Jedenfalls kennen in der Tat „alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union ... die unmittelbare Zuordnung wirtschaftlicher Tätigkeiten zu einem öffentlichen Interesse, das nicht oder nicht ausschließlich über den Markt vermittelt werden soll“.⁵⁾

Signifikante Unterschiede werden sich auch kaum ausmachen lassen, wenn man an die einzelnen Rechtsordnungen die Grundfrage richtet, welche Sektoren überhaupt einer – weit verstandenen – staatlichen Daseinsvorsorgeverantwortung unterfallen oder unterworfen werden können. Staatliche Interventionen, sei es durch hoheitlich regulierenden Eingriff, sei es durch staatliche Marktteilnahme, werden sich in allen hier interessierenden Ländern insbesondere auf den klassischen Feldern gemeinwohlorientierter Leistungserbringung (insbes. Verkehr, Energie- und Wasserversorgung, Entsorgung, Postwesen, Rundfunk und Telekommunikation) und darüber hinaus auf vielfältigen Gebieten feststellen lassen; dabei gibt es im Einzelnen unterschiedliche Auffassungen darüber, welche Aufgaben als sozial so bedeutsam anzusehen sind, dass sie staatlicher Daseinsvorsorge bedürfen.⁶⁾ Eine allgemeine Festlegung der Leistungen, die in den Bereich der Daseinsvorsorge fallen oder nicht fallen, aber wird sich nicht feststellen lassen. Das gilt zunächst für den deutschen Rechtsbegriff der Daseinsvorsorge. Schon Forsthoff, der darunter zunächst nur die Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse hatte verstehen wollen,⁷⁾ hat den Begriff später auf die Gesamtheit der Leistungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger für eine normale, dem jeweiligen Lebensstandard entsprechende Lebensführung ausgedehnt⁸⁾ und einzelne Betätigungs-

felder wie Versorgung, Verkehr, Sozialsysteme nur exemplarisch genannt. Ebenso werden auch für die französische Vorstellung vom *service public* keine abschließenden materiellen Definitionen angeboten;⁹⁾ vielmehr wird die Unbestimmtheit des Begriffs und seine Offenheit für veränderte wirtschaftliche und politische Verhältnisse betont.¹⁰⁾ Ähnlich hat sich das spanische Verfassungsgericht zum *servicio público* geäußert.¹¹⁾ In allen diesen Äußerungen spiegelt sich die – zutreffende – Einsicht, dass es eine raum- und zeitlose, allgemeine materielle Definition der öffentlichen Dienstleistungen nicht geben kann,¹²⁾ diese vielmehr Gegenstand politischer Entscheidung ist.

Auf die Unterschiede in der Ausgestaltung der Daseinsvorsorge in den einzelnen Mitgliedstaaten wird man erst bei einer näheren Untersuchung der Ziele und Mittel, mit denen der einzelne Staat bestimmte Daseinsvorsorgeaufgaben wahrnimmt, stoßen. Insofern verdient im Einzelnen eine ganze Reihe von Gesichtspunkten Beachtung, z.B. das Maß an Wettbewerbsbeschränkung oder Marktöffnung in bestimmten Daseinsvorsorgesektoren, der Anteil der öffentlichen im Unterschied zu den privaten Unternehmen, die – für die Intensität staatlicher Steuerung nicht unerhebliche – Verteilung des öffentlichen Eigentums an Unternehmen auf verschiedene staatliche Ebenen, die – für das Maß an staatlicher Steuerung und Kontrolle bzw. an unternehmerischer Autonomie im Verhältnis zum staatlichen Unternehmensträger bedeutsamen – Organisationsformen von öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge, schließlich auch die Ziele und Instrumente der staatlichen Regulierung der (privaten) Wirtschaftstätigkeit auf einzelnen Feldern der Daseinsvorsorge. Bei einem an diesen Gesichtspunkten orientierten Vergleich werden sich die Unterschiede dann allerdings als erheblich erweisen. Dies verdeutlicht bereits der unterschiedliche Umfang der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen.¹³⁾ Generell ist der Anteil des öffentlichen Sektors in den EU-Mitgliedstaaten in den zurückliegenden Jahren, wie sich mit Zahlen des CEEP¹⁴⁾ belegen lässt, geschrumpft. Ausgehend von dem Anteil der Beschäftigten, dem Anteil an der Wertschöpfung sowie dem Anteil an der Bruttobildung von Festkapital nimmt es an, dass der Anteil des öffentlichen Sektors im traditionellen Sinn, der die zumindest mehrheitlich in öffentlichem Kapitalbesitz stehenden Unternehmen erfassen soll, sich Anfang 1999 auf 8,9 % der europäischen nichtlandwirtschaftlichen marktbestimmten Wirtschaft belief und damit etwa 1,5 % unter dem für Ende 1995 geschätzten Wert von 10,4 % lag. Darin spiegelt sich die Privatisierungspolitik wider, die – nachdem sie in Großbritannien und den Niederlanden Mitte der 90er Jahre bereits fast abgeschlossen war – vor allem in Italien, Spanien, Österreich und Finnland den Anteil ihres traditionellen öffentlichen Sektors verringert hat. Das CEEP unterscheidet danach im Hinblick auf den relativen Anteil des öffentlichen Sektors an ihrer Volkswirtschaft Anfang 1999 drei Gruppen von EU-Ländern: eine erste Gruppe mit einem durchschnittlichen Anteil

von über 10 %, bestehend aus Griechenland (14,2 %), Schweden (13,1 %), Österreich (12 %), Frankreich (11,8 %), Deutschland (10,9 %), Belgien (10,9 %) und Irland (10,1 %); eine zweite Gruppe mit einem Anteil von noch mehr als 7 %, bestehend aus Italien (9,6 %), Portugal (8,5 %) und Dänemark (7,9 %); schließlich eine dritte Gruppe mit einem Anteil von weniger als 6 %, bestehend aus Luxemburg (5,7 %), den Niederlanden (4,6 %), Spanien (4,1 %) und Großbritannien (2,3 %). Nationale Besonderheiten, die für die Organisation der Daseinsvorsorge, insbesondere auch für die Intensität des staatlichen Einflusses von Bedeutung sind, zeigen sich weiter im Zentralisierungsgrad bzw. in der Verteilung auf die verschiedenen Ebenen des Staats- und Verwaltungsaufbaus. Vor allem Deutschland steht insoweit, erst recht nachdem der Bund zentrale Bereiche der früher von ihm verwalteten Daseinsvorsorge liberalisiert und (teil-) privatisiert hat, für eine stark dezentrale, lokale Daseinsvorsorge. Auch Belgien, Spanien und Dänemark gelten als Länder mit einem hohen Anteil des kommunalen Sektors an der (marktfähigen) Wirtschaft, während dieser in Italien, Griechenland, Irland, Österreich und dem Benelux noch beträchtlich und namentlich in Frankreich und Großbritannien schwächer ist.¹⁵⁾

2.2 Insbesondere: Frankreich und Großbritannien

Gerade die beiden letztgenannten Länder, Frankreich einerseits und Großbritannien andererseits, repräsentieren zwei deutlich unterschiedliche Konzepte von Daseinsvorsorge. Sie erscheinen daher für den Versuch, die bundesdeutsche Daseinsvorsorge im Vergleich mit anderen mitgliedstaatlichen Strukturen zu verorten, von hervorgehobener Bedeutung und sollen deshalb im Folgenden etwas näher betrachtet werden.

2.2.1 Das französische Konzept des *service public*

Mit Recht wird angenommen, dass kein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union eine derart geschlossene und rechtlich bedeutungsvolle, vom Staat her gedachte Konzeption der öffentlichen Dienstleistungen herausgebildet hat, wie sie sich in Frankreich mit dem Begriff des *service public* verbindet.¹⁶⁾ Dieser Begriff ist um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert von der sog. *service public*-Schule in die französische Verwaltungsrechtswissenschaft eingebracht und als Zentralbegriff etabliert worden. Er zielt darauf, die neuen Anforderungen an die Verwaltung eines freiheitlichen Verfassungsstaates nicht mehr von der *puissance public*, der öffentlichen Gewalt, sondern von der Verfolgung der öffentlichen Interessen mit den Mitteln des öffentlichen Rechts her zu erfassen. Im Laufe der Zeit hat der Begriff gewisse Ausweitungen erfahren. Zum einen erkennt die Rechtsprechung seit den 1920er Jahren über die mit Tätigkeiten hoheitlichen Charakters befassten *services publics administratifs* hinaus auch *services publics industriels et commerciaux*, also auch öffentliche Leistungen industrieller

und kaufmännischer Art an. Zum andern musste der Begriff des *service public* sich damit auseinandersetzen, dass zunehmend auch Private in die Aufgabenwahrnehmung eingeschaltet wurden. Nachdem diese Entwicklungen den *service public*-Gedanken um die Mitte des Jahrhunderts in eine heftige Krise geführt hatten, wird ihm heute wieder grundlegende juristische Bedeutung beigemessen.¹⁷⁾ Wesentlich ist dabei, dass für den Bereich des *service public industriel et commercial* nicht mehr das frühere organisatorische Verständnis des *service public*-Begriffs zugrunde gelegt wird, das darunter eine bestimmte Verwaltungsinstitution erfasste, sondern ein materieller oder funktioneller Begriff des *service public*, der maßgeblich auf die wahrgenommene Tätigkeit oder Aufgabe abstellt; in diesem Sinne gilt als *service public* eine durch staatliche Verwaltungen oder Unternehmen oder auch durch private Unternehmen unter staatlicher Kontrolle wahrgenommene Aufgabe, die unter zumindest teilweiser Anwendung von öffentlichem Recht bestimmten Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt. Hinsichtlich der obwaltenden inhaltlichen Regeln stehen dabei nach Entscheidungen des *Conseil d'Etat* drei Grundprinzipien („les lois du service public“) im Vordergrund: „continuité“ im Sinne einer allgemeinen, ununterbrochenen und flächendeckenden Versorgungspflicht; „égalité“ im Hinblick auf die Tarifgestaltung, die nur nach objektiven Kriterien differenzieren darf; „adaptabilité“ im Sinne von Anpassungsfähigkeit zur jeweils bestmöglichen Dienstleistung zu günstigsten Kosten.¹⁸⁾

Dieser im Ausgangspunkt staatsorientierten Konzeption der öffentlichen Dienstleistungen entsprechend hat Frankreich unter den Ländern mit einer besonders ausge dehnten staatlichen Wirtschaftstätigkeit traditionell einen besonders prominenten Platz eingenommen. Nach dem Zweiten Weltkrieg hatte Frankreich mit direkter zentralstaatlicher Planung und Lenkung die nötige Modernisierung und Umstrukturierung voranzutreiben versucht; öffentliche Unternehmen gewannen dadurch wesentliche Bedeutung für den Aufbau der Infrastrukturen, darüber hinaus aber auch als Instrument allgemeiner staatlicher Wirtschaftspolitik.¹⁹⁾ Die öffentliche Wirtschaft erstreckte sich früher in beträchtlichem Umfang auch auf erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen (Renault, Elf, Rhône-Poulenc, Paribas, Bull, Thomson), doch sind diese Gegenstand mehrerer Privatisierungswellen der jüngeren Vergangenheit insbesondere im Industrie- und Finanzsektor gewesen; die staatliche Erwerbswirtschaft hat damit auch in Frankreich an Bedeutung verloren.²⁰⁾ Die hier vornehmlich interessierende Versorgungswirtschaft aber ist nach wie vor durch eine starke Präsenz staatlicher (und gemischt-öffentlicher) Unternehmen, namentlich Electricité de France (EDF), Gaz de France (GDF), France Télécom und Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF), gekennzeichnet.

In organisatorischer Hinsicht findet die staatliche Unternehmenstätigkeit, soweit sie nicht durch unselbständige Regiebetriebe mit allenfalls begrenzter finanzieller und administrativer Autonomie erfolgt, in den sog. *entreprises publiques* statt, d.h. dem öffentlichen Sektor zuzurechnenden Einrichtungen industriell-kommerziellen Charakters mit eigener Rechtspersönlichkeit.²¹⁾ Diese wiederum können entweder als *établissements publics industriels et commerciaux* (im Unterschied zu den *établissements publics administratifs*), d.h. als juristische Personen des öffentlichen Rechts, oder aber als privatrechtliche Gesellschaften, als *sociétés privées à capital public* oder als *sociétés d'économie mixte*, organisiert sein. Diese organisatorische Differenzierung wird jedoch überlagert und in ihrer Bedeutung wesentlich relativiert durch den zentralen, materiellen Begriff des *service public*, als dessen Träger sowohl *établissements publics industriels et commerciaux* (wie etwa EDF, GDF und SNCF) wie auch *sociétés d'économie mixte* (wie etwa France Télécom oder Air France) in Betracht kommen. Gegenüber öffentlich-rechtlich wie auch gegenüber privatrechtlich organisierten Unternehmen des *service public* bestehen weitreichende interne staatliche Steuerungsmöglichkeiten durch Organbestellungs- und Entsendungsrechte sowie Befugnisse der Fach- und Finanzaufsicht, etwa durch Berichtspflichten und Nachschaurechte, durch Genehmigungsvorbehalte und Sitzungsteilnahmerechte von Staatsvertretern.²²⁾ Der Versuch, durch *contracts d'entreprises*, längerfristige strategische Planungsverträge zwischen Staat und Unternehmen, die staatliche Steuerung zurückzuführen und mehr unternehmerische Autonomie zu begründen, wird als kaum gelungen gewertet.²³⁾ Die verbleibende Abhängigkeit der öffentlichen Unternehmungen vom staatlichen Einfluss ist denn auch ein zentraler Punkt der heutigen Kritik etwa an der SNCF.²⁴⁾

Auch soweit Daseinsvorsorgeaufgaben auf privatwirtschaftliche (oder gemischt-öffentliche) Unternehmen übertragen werden, ist diese Übertragung in Frankreich noch immer deutlich von der Vorstellung des *service public* geprägt. Hierfür ist die Delegation des *service public* durch Konzession auf die ausführenden Unternehmen, die private, aber auch staatliche oder gemischt-wirtschaftliche Unternehmen sein können, von zentraler Bedeutung.²⁵⁾ Die Konzession gewinnt dabei die spezifische Funktion, das Unternehmen mit der Wahrnehmung eines Bereichs öffentlicher Verwaltung im eigenen Namen zu betrauen.²⁶⁾ Dieses spezifische, nationale Konzept des *service public* wird im Übrigen auch gegenüber Unternehmen zur Geltung gebracht, die auf gemeinschaftsrechtlich deregulierten Feldern tätig sind. So ist France Télécom als *service public* ein - über einen Universaldienstfonds finanzierter - Universaldienst auferlegt, der in der Sache deutlich über die gemeinschaftsrechtlichen Mindestanforderungen des Universaldienstes hinausgeht.²⁷⁾ Auch die im vergangenen Jahr erfolgte gesetzliche Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie,²⁸⁾ die eine partielle Liberalisierung

des bis dahin bestehenden Erzeugungs- und Verteilungsmonopols der EDF herbeigeführt hat, hält an dem Konzept des *service public* fest und sieht vor, dass einzelnen Unternehmen *service public*-Verpflichtungen auferlegt werden, die durch einen Fonds ausgeglichen werden.

2.2.2 Das wettbewerblich-regulatorische Modell Großbritanniens

Auch Großbritannien hatte früher, nachdem in den fünfziger Jahren die Labour Party in beträchtlichem Umfang eine staatliche Vereinnahmung von Unternehmen betrieben hatte, einen öffentlichen Sektor von beachtlicher Bedeutung aufzuweisen. Im Bereich der Erwerbswirtschaft wie auch der Versorgungswirtschaft gab es – zusammengefasst unter dem Begriff der *Nationalised Industries*, soweit in den Kernindustriezweigen tätig – bedeutende staatliche Unternehmen. Im Gegensatz zu Frankreich ist in Großbritannien die Vorstellung von den öffentlichen Dienstleistungen, vom *public service*, jedoch schon traditionell schwächer ausgeprägt gewesen.²⁹⁾ Dem entsprach es, dass die Definition der Kernverpflichtungen der öffentlichen Dienstleistungen unzureichend und die Interpretation des öffentlichen Interesses weithin den Unternehmensführungen selbst überlassen blieb.³⁰⁾ Vor dem Hintergrund einer beträchtlichen Unzufriedenheit mit der Leistungserbringung und Gesamteffizienz der öffentlichen Versorgungsunternehmen fand im Wesentlichen in den 80er Jahren, der Ära Thatcher, eine weitreichende Privatisierung dieser Unternehmen statt.³¹⁾ 1984 erfolgte die Privatisierung des Telekommunikationssektors, 1986 die Veräußerung von British Gas, 1989 die Privatisierung im Bereich der Wasser- und Stromversorgung und schließlich 1993 die Überführung des Eisenbahnwesens in den privaten Sektor; von den früheren staatlichen Versorgungsbetrieben hat allein das Post Office sich erhalten.³²⁾ Hinzu treten allerdings nach wie vor eine Reihe von ausgegliederten Verwaltungsträgern, die der Versorgung der Allgemeinheit im Bereich des Rundfunks (BBC als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt), im Kultur-, Erholungs- und Sportbereich (z.B. British Museum, Museum of London, National Gallery, Tate Gallery oder auch Sport England) sowie auf dem Nahverkehrssektor (Transport for London als *Executive Body*, der nach Abschaffung des öffentlichen Unternehmens London Transport im Jahr 1999 neben einer Reihe von privatisierten Unternehmen noch auf einzelnen Aufgabenfeldern tätig ist) dienen.³³⁾ Diese verbliebenen Daseinsvorsorgeeinrichtungen werden in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen als *Executive Agencies*, *Public Corporations* (Post Office sowie – auf Basis einer Royal Charter – die BBC) oder *Executive Non Departmental Public Bodies* geführt und sind damit – in im Einzelnen unterschiedlicher Weise – ausgegliederte Einrichtungen; im Wesentlichen gemeinsam ist diesen unterschiedlichen Organisationsformen, dass die staatliche Aufsicht und Kontrolle dem – zunächst für die *public corporations* entwickelten – *at arms length*-Prinzip folgt und

nur die strategisch-politische Lenkung in Anspruch nimmt, die exekutive Unternehmensführung hingegen – ungeachtet fortbestehender rechtlicher Möglichkeiten auch einzelner Direktiven – den Organen der einzelnen Einrichtungen überlässt.³⁴⁾

Mit den Privatisierungsgesetzen des Telecommunications Act 1984, des Gas Act 1986, des Water Act 1989 / Water Industry Act 1991 und des Electricity Act 1989 sind die wesentlichen Versorgungsleistungen jedoch in den privaten Sektor verlagert worden. Mit der Privatisierung ist weiter auch die Deregulierung des Telekommunikations- und des Versorgungssektors in Angriff genommen worden; die vier Privatisierungsgesetze stimmen darin überein, dass sie die zuvor gesetzlich festgeschriebene Monopolstellung der bisherigen Staatsbetriebe beseitigt oder zumindest eingeschränkt und stattdessen vorgeschrieben haben, dass alle Anbieter von Versorgungsleistungen einer Lizenz bedürfen.³⁵⁾ Die Marktöffnung und die Etablierung eines funktionierenden Wettbewerbs sind allerdings in den einzelnen Branchen in sehr unterschiedlichem Umfang rechtlich zugelassen, durch strukturelle Vorkehrungen ermöglicht worden und dann tatsächlich gelungen. So hatte sich die Regierung im Rahmen des ihr gesetzlich eingeräumten Ermessens auf dem Telekommunikationssektor zunächst für eine Duopol-Politik entschieden und die Vergabe nur einer weiteren Lizenz für leitungsgebundene Telefondienstleistungen zugelassen, sich 1991 dann jedoch für die weitere Marktöffnung entschieden;³⁶⁾ danach hat sich bald ein Wettbewerbsmarkt mit zahlreichen Teilnehmern entwickelt. Auf dem Elektrizitätssektor hat man die Entstehung von Wettbewerb dadurch befördert, dass man von Beginn an auf eine Aufspaltungsstrategie gesetzt, nämlich eine Aufspaltung des privatisierten staatlichen Monopolunternehmens in mehrere Stromerzeuger, 12 regionale Stromversorger und eine nationale Stromnetzgesellschaft vorgenommen hat.³⁷⁾ Bei der vorangegangenen Privatisierung des staatlichen Monopolunternehmens British Gas hatte man sich 1986 hingegen – wohl nicht zuletzt aus fiskalischen Erwägungen – gegen das Modell einer Aufspaltung in konkurrierende regionale Gesellschaften und eine nationale, das Leitungsnetz betreibende Gesellschaft und für eine Privatisierung des bisher staatlichen Monopolunternehmens entschieden; erst in einer mehrjährigen Auseinandersetzung mit dem privatisierten Monopolunternehmen ist es der staatlichen Regulierungsinstanz gelungen, diese Monopolstellung aufzubrechen.³⁸⁾ Auf dem Bahnsektor schließlich, wo Railtrack alleiniger Netzbetreiber ist und 25 verschiedene Betriebsgesellschaften jeweils für bestimmte Regionen oder Strecken zuständig sind, besteht bis heute praktisch kein Wettbewerb.³⁹⁾

Mit der Privatisierung und Deregulierung der genannten Sektoren hat sich freilich auch das britische Recht nicht ganz von der Daseinsvorsorgeverantwortung des Staates verabschiedet. Vielmehr werden zunächst im Rahmen des Lizenzierungsverfahrens,

weitgehend auf der Grundlage von Verhandlungen mit den Unternehmen, die an sie gerichteten Leistungsanforderungen regelmäßig vom Minister erstmals konkretisiert.⁴⁰⁾ Das entscheidende, das britische System kennzeichnende Gegengewicht bildet jedoch die Etablierung einer unabhängigen Regulierungsbehörde für die einzelnen Sektoren, so z.B. OFGEM (das nach anfänglicher Trennung der Sektoren inzwischen zu einer einheitlichen Energieaufsichtsbehörde verschmolzene Office of Gas and Electricity Markets), DGT (Director General of Telecommunication) und OFTEL (Office of Telecommunications) oder ORR (Office of the Rail Regulator). Die Ausgestaltung dieses Regulierungssystems hat sowohl in institutioneller Hinsicht wie auch mit Blick auf die Aufgabenstellung eine – bewusst nicht dem Vorbild amerikanischer Regulierungsbehörden folgende – Besonderheit dargestellt. Institutionell gesehen liegt diese in der starken Personalisierung des Regulierungssystems, das einen persönlich und rechtlich weitgehend freien Regulator vorsieht, der in einem komplexen Zusammenspiel mit anderen Instanzen handelt und dabei gerichtlich nur begrenzt kontrolliert ist. Seine Aufgabenstellung gilt einerseits und vor allem einer aktiven strukturverändernden Wettbewerbspolitik,⁴¹⁾ wie sie sich etwa in der bereits erwähnten Durchsetzung der Öffnung des Gasmarktes durch den zuständigen Regulator realisiert hat; zum anderen, in zweiter Linie ist er nach den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen auch auf die Verfolgung von Gemeinwohlzielen der Versorgungssicherung und des Verbraucherschutzes verpflichtet.⁴²⁾ Allerdings ist das Regulierungssystem vielfältiger Kritik ausgesetzt gewesen.⁴³⁾ In Reaktion hierauf sind zunächst schon durch den Competition and Service Utilities Act 1992 die den Regulatoren zustehenden Befugnisse im Hinblick auf die Qualität der Dienste im Bereich der Telekommunikation sowie der Gas-, Elektrizitäts- und Wasserversorgung gestärkt worden⁴⁴⁾. Ein weiterer Utilities Act aus dem Jahr 2000 hat – entgegen ursprünglich weitergehenden Plänen zunächst nur für den Bereich des Strom- und Gasmarktes – die Regulierungsinstanzen noch stärker auf die Belange des Verbraucherschutzes verpflichtet und darüber hinaus beträchtliche organisationsrechtliche Umgestaltungen vorgesehen. Insgesamt scheint das britische Regulierungssystem sich damit – nachdem die Phase der Marktöffnung abgeschlossen ist – in einem Wandlungsprozess zu befinden, in dem in organisatorischer Hinsicht eine Tendenz von der personalisierten hin zur Kommissionsregulierung und hinsichtlich der Aufgabenstellung eine stärkere Verpflichtung auf die Durchsetzung materieller Gemeinwohlbelange zu verzeichnen ist.⁴⁵⁾

2.3 Vergleichende Einordnung der bundesdeutschen Daseinsvorsorge

Vor dem Hintergrund dieser beiden Konzepte von Daseinsvorsorge betrachtet, entzieht sich das deutsche Modell einer ähnlich eindeutigen Beschreibung und Zuordnung. Vielmehr erscheint es gerade durch die Beteiligung einer Vielzahl unterschiedlicher

staatlicher und privater Akteure – staatlicher Gesetzgeber, staatliche Regulierungsbehörden, staatliche und kommunale Verwaltungseinrichtungen und Unternehmen unterschiedlicher Rechtsformen als Leistungserbringer, gemischtwirtschaftliche und private Unternehmen – gekennzeichnet. So vollzieht sich etwa Daseinsvorsorge im Bereich der Energieversorgung nach altem wie auch nach neuem Energiewirtschaftsrecht im Zusammenspiel von staatlichem Gesetzgeber und staatlichen Behörden, den Kommunen als Wegerechtsinhabern sowie privaten, gemischt-wirtschaftlichen und öffentlichen, insbesondere kommunalen Unternehmen, die – ihrerseits von unterschiedlicher Größe und auf unterschiedlichen Ebenen tätig – die Erzeugung und Verteilung der Energie leisten. Ähnliches gilt für den Telekommunikationssektor nach der Privatisierung, wo einerseits der Gesetzgeber und die Regulierungsbehörde, andererseits die Deutsche Telekom AG, private Unternehmen und auch kleinere kommunale Anbieter im Ergebnis die gemeinwohlgerechte Versorgung bewirken sollen. Auch für den Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs ist die Verbindung von unterschiedlichen Akteuren und Strukturen kennzeichnend.⁴⁶⁾

Diesem tatsächlichen Befund entsprechend hat sich auch keine geschlossene rechtliche Konzeption der Daseinsvorsorge etablieren können. Zwar scheint die Forsthoff'sche Vorstellung von der Daseinsvorsorge dem französischen Konzept des *service public*, auf das Forsthoff sich im Übrigen ausdrücklich bezogen hatte, im Ausgangspunkt insofern zu entsprechen, als auch sie die Leistungserbringung vom Staat her denkt; nach Forsthoff soll öffentliche Daseinsvorsorge, in welchen Formen auch immer ausgeübt, öffentliche Verwaltung sein.⁴⁷⁾ Auch wenn dieser Daseinsvorsorgebegriff in die Rechtsprechung⁴⁸⁾ und die Literatur, auch in die Gesetzessprache (vgl. etwa Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr.4 BayGO) als Umschreibung legitimer staatlicher Verwaltungsaufgaben Eingang gefunden hat, ist er jedoch sowohl hinsichtlich seiner inhaltlichen Reichweite wie auch seiner juristischen Relevanz umstritten geblieben.⁴⁹⁾ Als ein Rechtsbegriff, dem die normative Bedeutung zukäme, die von ihm erfasste Tätigkeit insgesamt dem Bereich der Verwaltung zuzuweisen, hat er sich jedenfalls nicht durchsetzen können. Schon die daseinsvorsorgende Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf dem Markt wird in der bundesdeutschen Rechtsordnung grundsätzlich als eine wirtschaftliche Betätigung angesehen, die – vorbehaltlich besonderer öffentlich-rechtlicher Regelungen – den Normen des Wirtschaftsrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts unterfällt.⁵⁰⁾ Erst recht ist es nicht möglich, unter Rückgriff auf die französische Vorstellung von der Übertragung eines *service public* durch Konzession private Unternehmen, die Aufgaben der Daseinsvorsorge etwa in der Energieversorgung wahrnehmen, als beliehene Unternehmen anzusehen, die eine Verwaltungsaufgabe wahrnehmen;⁵¹⁾ ihre Tätigkeit bleibt privatwirtschaftlicher Natur.

Daseinsvorsorge bedeutet also – wie zum Ausdruck kommt, wenn die Daseinsvorsorge im weiteren Sinne von der Daseinsvorsorge im engeren Sinne, die die unmittelbare Erbringung von Sach- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand bezeichnen soll, unterschieden wird⁵²⁾ – nicht notwendig Leistungserbringung durch staatliche Stellen oder Unternehmen bzw. staatliche Verwaltungstätigkeit. Kennzeichnend für die jüngere Vergangenheit ist vielmehr, dass die Wahrnehmung der staatlichen Daseinsvorsorgeverantwortung zunehmend weniger durch eigene Leistungserbringung erfolgt, sondern sich vermehrt in der staatlichen Steuerung oder Regulierung des privatwirtschaftlichen Leistungsangebots realisiert – eine Entwicklung, die in einer umfangreichen Literatur unter dem Schlagwort des Übergangs vom Leistungsstaat zum Gewährleistungs-, Steuerungs- oder Regulierungsstaat diskutiert wird. Ein besonders prägnantes Beispiel dafür gibt die Privatisierung bzw. Liberalisierung im Telekommunikationssektor, wo die Verfassung selbst diese Entwicklung widerspiegelt, indem sie einerseits in Art. 87f Abs. 1 GG dem Bund aufgibt, flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, und andererseits in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG Leistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation explizit zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der Telekom und anderer privater Anbieter erklärt.

Allerdings gilt nach wie vor, dass die staatliche Daseinsvorsorgeverantwortung auch nicht ganz auf die gemeinwohlorientierte Steuerung privatwirtschaftlichen Handelns reduziert ist, sondern staatliche Stellen selbst an der Leistungserbringung durch wirtschaftliche Betätigung teilhaben. Insbesondere auf kommunaler Ebene gibt es nach wie vor eine umfangreiche wirtschaftliche Betätigung zu Daseinsvorsorgezwecken, die ihre Grundlage in dem verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrecht hat; dieses garantiert nach ganz herrschender Auffassung auch das Recht der Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung, soweit diese der Wahrnehmung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dient.⁵³⁾ In den zurückliegenden Jahren wird sogar – gerade in Reaktion auf die Politik der Liberalisierung, die einen erhöhten Wettbewerbsdruck ausgelöst hat – eine tendenzielle Ausweitung der wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommunen konstatiert, die sich damit teilweise auch über das hinaus bewegen, was herkömmlich unter Daseinsvorsorge verstanden worden ist.

3. Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge und Europäisches Gemeinschaftsrecht

Soweit in der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge – bei allen fortbestehenden Unterschieden zwischen eher staatswirtschaftlichen und eher wettbewerbsorientierten Strukturen – doch gewisse Konvergenzen in Richtung auf Deregulierung und Privatisierung

festgestellt werden können, beruht das maßgeblich auf den einschlägigen Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Dieses hat in den vergangenen Jahren gerade in Wirtschaftsbereichen der Daseinsvorsorge besondere Wirksamkeit entfaltet und durch Vorgaben zur (partiellen) Liberalisierung verschiedener Sektoren, namentlich der Telekommunikationsdienste und -netze, des Postsektors und des Energiesektors, die Randbedingungen für die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge wesentlich – vereinheitlichend – verändert. Derartige gemeinschaftsrechtliche Deregulierung im Interesse von Binnenmarkt und unverfälschtem Wettbewerb steht in einem Spannungsverhältnis zur mitgliedstaatlichen Organisation von Daseinsvorsorge für das jeweilige Staatsgebiet und dessen Einwohner; nicht zu Unrecht ist sogar formuliert worden, dass das Gemeinschaftsrecht damit die Souveränitätsfrage in neuer Form virulent mache, geht es doch bei der Daseinsvorsorge gerade um Aufgaben, die kraft staatlicher Souveränität dem bloßen Marktgeschehen entzogen sein sollen.⁵⁴⁾ Dieser Konflikt wird in Deutschland derzeit in der Auseinandersetzung um die Zulässigkeit der Gestaltung des Landesbanken- und Sparkassenwesens deutlich; in einem Mitgliedstaat wie Frankreich, dessen System der Daseinsvorsorge in besonderer Weise auf den Staat bezogen ist, wird er ganz besonders wahrgenommen.

Angesichts der bestehenden Tendenz, dem EG-Vertrag eine eigene ordnungspolitische Grundentscheidung zugunsten einer primär marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsverfassung zuzuschreiben,⁵⁵⁾ ist insoweit daran zu erinnern, dass das einschlägige Gemeinschaftsrecht in seiner Entstehung maßgeblich geprägt worden ist von der Rücksichtnahme auf die großen Unterschiede, die die Daseinsvorsorge bzw. die öffentliche Wirtschaft in den Mitgliedstaaten aufwies. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung, namentlich der heutige Art. 86 EGV, stellt einen Kompromiss dar zwischen Mitgliedstaaten, die Wettbewerbsnachteile für ihre überwiegend privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen durch eine starke öffentliche Wirtschaft in anderen Mitgliedstaaten befürchteten, und Mitgliedstaaten wie Frankreich und Italien, die Beeinträchtigungen ihrer öffentlichen Unternehmen durch deren vollständige Gleichstellung mit privatwirtschaftlichen Unternehmen abwehren wollten. In diesem Kompromiss haben insbesondere die französischen Vorstellungen eines *service public* ihren Niederschlag gefunden,⁵⁶⁾ deren Bedeutung für das Verständnis des EG-Vertrages durch den – wiederum maßgeblich kraft französischer Initiative – neu eingefügten Art. 16 EGV im Übrigen noch gestärkt scheint.

3.1 Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen

Der Umstand, dass bei Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft der Staatsanteil an der Wirtschaft große Differenzen aufwies, vor allem in Italien und

Frankreich sehr groß, in den Benelux-Ländern nur gering war, führte zunächst zur Aufnahme von Art. 295 (ex-Art. 222) EGV mit der Klarstellung, dass der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt. Damit ist auch die Verteilung des Eigentums an Unternehmen zwischen staatlichen und privaten Inhabern dem Regelungsbereich des EG-Vertrages entzogen. Den Mitgliedstaaten bleibt mit dieser Vorschrift das Recht vorbehalten, selbst weiterhin über Verstaatlichungen und Privatisierungen – etwa auch in der Versorgungswirtschaft – zu entscheiden.

Wie weit die damit den Mitgliedstaaten zustehende Befugnis zur Entscheidung über die Existenz öffentlicher Unternehmen und die nähere rechtliche Ausgestaltung der Eigentumsverhältnisse daran, wie weit andererseits die – grundsätzlich zu Recht auch in Bezug auf öffentliche Monopolunternehmen bejahte⁵⁷⁾ – Anwendung von Beihilfe- und Wettbewerbsbestimmungen des Vertrages reicht, ist im Übrigen eine zentrale Rechtsfrage im derzeitigen Streit um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast im Sparkassenrecht. Zu deren Verteidigung ist insbesondere vorgetragen worden, dass es sich bei diesen Regelungen um Organisationsentscheidungen eines Mitgliedstaats in Bezug auf öffentliche Unternehmen handele, die nach Art. 295 EGV keine Frage des Gemeinschaftsrechts seien; ob ein Mitgliedstaat etwa seine Landesbanken und Sparkassen als unselbständige Anstalten oder aber als selbständige Anstalten, ggf. mit Gewährträgerhaftung und Anstaltslast, organisiere, sei eine Frage des nationalen Rechts. Würden gemeinschaftsrechtliche Beihilfe- und Wettbewerbsbestimmungen des EG-Vertrages so weit interpretiert, dass sie auch diese Organisationsentscheidung erfassen, würden sie im Ergebnis einen nach Art. 295 EGV unzulässigen Privatisierungszwang erzeugen.⁵⁸⁾

3.2 Die Gewährung von Ausschließlichkeits- und Sonderrechten im Wettbewerb

Darüber hinaus und vor allem hat die französische *service public*-Doktrin sich aber in Art. 86 (ex-Art. 90) Abs. 2 EGV zur Geltung gebracht, wonach die Vertragsvorschriften, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, nur gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, es sei denn, die Entwicklung des Handelsverkehrs würde in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Maße beeinträchtigt. Diese Regelung geht zurück auf einen Antrag der französischen Delegation, die für ihre Staatsbetriebe Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln des Vertrages anstrebte und sich dabei in der Formulierung der Voraussetzungen (Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, in der französischen

Fassung: *service d'intérêt économique général*) eng an die Definition des *service public* im französischen Verwaltungsrecht anlehnte.⁵⁹⁾

Die Bedeutung dieser Bestimmung ist in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs deutlich geworden. Nach dem insoweit grundlegenden Corbeau-Urteil aus dem Jahr 1993 erlaubt sie „den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln entgegenstehen können, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich sind, um die Erfüllung der den Unternehmen, die über die ausschließlichen Rechte verfügen, übertragenen Aufgaben sicherzustellen“.⁶⁰⁾ Die Reichweite der danach zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zugunsten betrauter Unternehmen hat der Gerichtshof dann in weiteren Entscheidungen vergleichsweise großzügig bemessen und dabei insbesondere die – dem *service public*-Gedanken entspringende – Verpflichtung zur Versorgung und zur Gleichbehandlung der Kunden als hinreichende Rechtfertigung angesehen.⁶¹⁾

Die Bestimmung eröffnet damit den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf marktbezogene Dienstleistungen, deren Ausführung als unternehmerische Betätigung den Wettbewerbsregeln des Vertrages unterfällt,⁶²⁾ gemeinschaftsrechtliche Spielräume der Daseinsvorsorge, d.h. zu gemeinwohlorientierter staatlicher Regulierung. Sie können öffentlichen oder auch privaten Unternehmen derartige Aufgaben eines *service public* bzw. Daseinsvorsorgeaufgaben übertragen und zugleich die zur Durchführung erforderlichen Wettbewerbsbeschränkungen vorsehen, ohne gegen den EG-Vertrag zu verstoßen. Diese mitgliedstaatliche Befugnis wird im Übrigen auch dort nicht von vornherein zu versagen sein, wo bereits gemeinschaftsrechtlich mit der Deregulierung zugleich Universaldienstleistungen festgelegt worden sind.⁶³⁾ Insbesondere die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV erscheint danach als ein wesentlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorbehalt zugunsten mitgliedstaatlicher Regulierungsspielräume, der unterschiedlichen nationalen Daseinsvorsorgekonzeptionen Raum lässt.

4. Schlussbemerkung zur Situation der Daseinsvorsorge in Deutschland

Für die Ordnung der Daseinsvorsorge in Deutschland werfen die aktuellen Deregulierungs- und Liberalisierungstendenzen – mögen sie nun europarechtlich vorgegeben oder aus eigenem politischem Antrieb vorgenommen worden sein wie etwa die über

die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen hinausgehende vollständige Liberalisierung der Stromversorgung – derzeit vor allem die Frage auf, inwieweit eine weitere Annäherung an ein Modell des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs ansteht, in dem die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge dem privaten Sektor überlassen bleibt und die öffentliche Wirtschaftsbetätigung zu Daseinsvorsorgezwecken zurückgedrängt wird. Mit der deutlicher hervortretenden Differenzierung zwischen der hoheitlichen Gewährleistung und Steuerung von Daseinsvorsorgeleistungen und deren „privatwirtschaftlicher“ Erbringung, wie sie exemplarisch in den Verfassungsbestimmungen der Art. 87e Abs. 3 und 4, 87f Abs. 1 und 2 GG vorgeführt wird, ist die Wirtschaftsbetätigung von staatlichen Stellen – ungeachtet der soeben konstatierten gegenwärtigen Tendenzen zu einer gewissen Ausweitung kommunalwirtschaftlicher Aktivitäten – unter einen Druck geraten, der teils durch rechtliche Legitimationsanforderungen, teils durch den wirtschaftlichen Wettbewerb erzeugt wird.

Am Beispiel des Stromsektors lässt sich das Problem verdeutlichen. Während unter dem früheren Energiewirtschafts- und Wettbewerbsrecht die Tätigkeit öffentlicher, insbesondere kommunaler Versorgungsunternehmen in geschlossenen Versorgungsgebieten unproblematisch als legitime Daseinsvorsorge für die Gemeindebewohner erschien, unterliegt deren Betätigung nach der Beseitigung der lokalen Monopole einerseits wirtschaftlich dem durch private Anbieter erzeugten Wettbewerbsdruck, stößt aber andererseits bei dem Versuch, diesen veränderten Wettbewerbsbedingungen gerecht zu werden, auf rechtliche Einwände. Über die Zulässigkeit einer gegenständlichen Ausweitung des Betätigungsfeldes von Stadtwerken etwa auf Telekommunikationsdienstleistungen oder einer räumlichen Ausdehnung ihrer Stromversorgungsaktivitäten durch übergebietliche Betätigung jenseits der Gemeindegrenzen werden intensive Debatten geführt. Zentrale Rechtsfragen sind dabei, inwieweit der nach mancher Auffassung schon von Verfassungs wegen, jedenfalls aber gemeindefirtschaftsrechtlich geforderte öffentliche Zweck der kommunalen Wirtschaftsbetätigung auch eine durch die Wettbewerbssituation erforderte erwerbswirtschaftliche Orientierung ihrer Aktivitäten zulässt, ob die für die Verwaltungstätigkeit geltenden, verfassungsrechtlichen bzw. gesetzlichen Kompetenzgrenzen auch die wirtschaftliche Betätigung räumlich begrenzen, ob die Grundrechte privater Konkurrenten öffentliche Wirtschaftstätigkeit zurückdrängen oder auch aus sonstigen Bestimmungen ein verfassungsrechtlicher Vorrang privater Wirtschaftsbetätigung folgt, inwieweit schließlich gesetzgeberische Beschränkungen der Kommunalwirtschaft zugunsten der Privatwirtschaft zulässig oder aber an der Garantie kommunaler Selbstverwaltung zu messen sind.

Ohne diesen Rechtsfragen hier im Einzelnen nachgehen zu können, sei darauf hingewiesen, dass die öffentliche Wirtschaftsbetätigung zu Daseinsvorsorgezwecken unter zwei Aspekten Berücksichtigung verdient. Zum einen kann sie diskutiert werden mit Blick auf die Erreichung von Gemeinwohlzielen im Bereich der Daseinsvorsorge; unter diesem Aspekt geht es um die Frage, inwieweit – über die sozusagen im Außenverhältnis von Staat und (öffentlichen wie auch privaten) Unternehmen wirksame Gewährleistung und Steuerung von Daseinsvorsorge durch den Gesetzgeber und staatliche Regulierungsbehörden hinaus – auch die internen Steuerungsinstrumente der öffentlichen Hand als Unternehmensträger die Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken fördern können. Zum anderen kann die Entscheidung über Fortbestand oder Privatisierung öffentlicher Unternehmen aber auch aus einem anderen Blickwinkel, nämlich mit Blick auf ihre kompetentiellen Auswirkungen im gegliederten Staatswesen der Bundesrepublik Deutschland betrachtet werden. Mit einem Übergang der öffentlichen Daseinsvorsorgeverantwortung auf Gesetzgeber und Regulierungsbehörden und dem Verlust der Möglichkeit, Daseinsvorsorge durch staatliche Wirtschaftsbetätigung zu betreiben, würden die Länder, die hierauf in der Auseinandersetzung um die Landesbanken hingewiesen haben, noch mehr aber vielleicht die Kommunen wesentliche politische Gestaltungsmöglichkeiten verlieren. Auch der politisch-demokratische Aspekt der Teilnahme der Gemeindebürger an der Erledigung ihrer örtlichen Angelegenheiten⁶⁴⁾ – und entsprechend des jeweiligen Landesvolks – fordert deshalb Beachtung bei der Verteilung der Daseinsvorsorgeverantwortlichkeit zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen und der Privatwirtschaft.

-
- 1) Forsthoff, Deutsches Recht 5 (1935), S. 398; ders., Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 4ff.
 - 2) Vgl. die Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge bzw. gemeinwohlorientierten Leistungen in: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung der Kommission vom 20. Sept. 2000, KOM (2000) 580 endg., Anhang II: „marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“.
 - 3) Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 15 (17).
 - 4) Lecheler, RdE 1996, 212 (215), der sich deshalb gegen die Annahme wendet, im deutschen Recht gebe es der Sache nach keine der Figur des *service public* vergleichbare Rechtsfigur.
 - 5) Mestmäcker, in: Festschrift Zacher, S. 635.
 - 6) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (573f.).
 - 7) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7.
 - 8) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 370.

- 9) Püttner, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 45 (51).
- 10) Mestmäcker, in: Festschrift Zacher, S. 635 (636).
- 11) Vgl. Guayo Castiella / Pielow, RdE 1995, 225 (226).
- 12) Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 15 (39); Cox, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 13 (22).
- 13) Darunter können in Anlehnung an die Definition der sog. Transparenzrichtlinie der EG (Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 195/80, 35 i.d.F. ABl. L 229/85, 20, L 254/93, 16 und L 193/2000, 73) alle Unternehmen verstanden werden, auf die die öffentliche Hand - auf Grund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln - unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Damit fallen hierunter die staatlichen Unternehmen aller Staats- und Verwaltungsebenen einschließlich kommunaler Unternehmen, u.U. aber auch dem Staat sonst besonders verbundene Unternehmen.
- 14) Die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Europa seit 1996. Ihr wirtschaftlicher Einfluss in der Europäischen Union. STATISTISCHE JAHRBÜCHER DES CEEP 2000, vgl. unter <http://www.ceep.org/fr/doc.htm>.
- 15) Vgl. hierzu Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 15 (24); Thiry, in: Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 29 (32); Die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Europa seit 1996. Ihr wirtschaftlicher Einfluss in der Europäischen Union. STATISTISCHE JAHRBÜCHER DES CEEP 2000, vgl. unter <http://www.ceep.org/fr/doc.htm>.
- 16) Vgl. etwa Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 15 (18f.); Tettinger, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 97 (99).
- 17) Lecheler, RdE 1996, 212 (214).
- 18) Fiquet, in: Tettinger (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, S. 15 (17f.).
- 19) Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 15 (21f.).
- 20) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (530).
- 21) Vgl. Knemeyer, Die Etablissements publics im französischen Verwaltungsrecht, S. 133.
- 22) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (533).
- 23) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (533).

- 24) Vgl. FAZ, 1. Dezember 2000, Nr. 280, S. 13, dort anekdotisch belegt mit dem Hinweis auf den „Bahnhof der roten Rüben“ (“la gare des betteraves”), dessen Bau für ein ca. 200 Einwohner zählendes, vornehmlich mit der Rübenzucht befasstes Dorf an einer Schnellbahnstrecke ein Politiker erstritt.
- 25) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (554).
- 26) Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 95.
- 27) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (558f.).
- 28) Gesetz Nr. 2000-108 betreffend die Modernisierung und Entwicklung des *service public* der Elektrizität vom 10. Februar 2000. Vgl. dazu Lecheler / Gundel, RdE 2000, 165.
- 29) Vgl. Mestmäcker, in: Festschrift Zacher, S. 635 (647).
- 30) McGowan, in: Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 105 (110f.).
- 31) Schmidt, RabelsZ 1994, 636 (638).
- 32) Vgl. Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (538).
- 33) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (539f.).
- 34) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (542).
- 35) Schmidt, RabelsZ 1994, 636 (645).
- 36) Prosser, Law and the Regulators, S. 47; Schmidt, RabelsZ 1994, 636 (638).
- 37) Wälde, in: Tettinger (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, S. 59 (83).
- 38) Wälde, in: Tettinger (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, S. 59 (71ff.).
- 39) Vgl. FAZ, 23. November 2000, Nr. 273, S. 17 sowie FAZ, 13. Dezember 2000, Nr. 290, S. 18.
- 40) Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (570f.).
- 41) Wälde, in: Tettinger (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, S. 59 (75).
- 42) Vgl. McGowan, in: Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, S. 105 (118ff.).
- 43) Vgl. Prosser, Law and the Regulators, S. 52f.
- 44) Vgl. Holoubek, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (568f.).
- 45) Vgl. zum Vorstehenden Schneider, ZHR 164 (2000), 513 (527ff.).
- 46) Vgl. dazu Fehling, Die Verwaltung 34 (2001), 25 (28ff.), der den Sektor als Verbindung von gewerberechtlichen Strukturen, Daseinsvorsorge neuer Prägung, staatlich initiiertem Wettbewerb und Elementen einer umweltgerechten Verkehrsplanung beschreibt.
- 47) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 370.
- 48) Vgl. etwa BVerfG, NJW 1990, 1783; WM 1994, 1971, zum öffentlichen Auftrag der Sparkassen; BayVerfGH, VGH n.F. 10 II, 113 = DÖV 1958, 217.
- 49) So zu Recht etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rdnr. 6.
- 50) Mestmäcker, in: Festschrift Zacher, S. 635 (639); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 254.
- 51) Vgl. dazu Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 96ff.
- 52) Rübner, in: Handbuch des Staatsrechts III, § 80 Rn. 6.

- 53) Vgl. dazu ausführlich Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, insbes. S. 145ff. m.w.N.
- 54) Mestmäcker, in: *Festschrift Zacher*, S. 635 (638).
- 55) Vgl. etwa Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, insbes. S. 26ff.
- 56) Vgl. Wieland / Hellermann, *Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht*, S. 165ff.; Tettinger, *RdE* 1999, 45 (48); Püttner, *ZöGU* 23 (2000), 373 (374).
- 57) Vgl. etwa EuGH, *Slg.* 1985, 873 (Tz. 886) - Italien / Kommission, sowie *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, Mitteilung der Kommission vom 20. Sept. 2000, *KOM* (2000) 580 endg., Tz. 21.
- 58) Vgl. Stern, in: *Festschrift Rommel*, S. 211 (230f.).
- 59) Vgl. dazu Wieland / Hellermann, *Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht*, S. 165f.
- 60) EuGH, *Slg.* 1993, I-2533 (Tz. 14) - Corbeau.
- 61) Vgl. insbesondere EuGH, *Slg.* 1997, I-5815 (Tz. 59) - Kommission / Frankreich, das französische Ein- und Ausfuhrmonopol für Gas und Elektrizität betreffend. Insgesamt zu dem Problem Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, S. 111ff.
- 62) Zur nichtunternehmerischen, den Wettbewerbsregeln nicht unterfallenden Daseinsvorsorge vgl. EuGH, *Slg.* 1993, I-637 (Tz. 18ff.) - Poucet, in Bezug auf Sozialversicherungssysteme, die eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter ausüben, wofür die Leistungserbringung nach dem Grundsatz nationaler Solidarität, auf gesetzlicher Grundlage, unabhängig von der Höhe der Beiträge sowie das Fehlen jeglichen Gewinnzwecks maßgeblich sein soll; zur Abgrenzung vgl. EuGH, *Slg.* 1995, I-4013 (Tz. 17ff.) - *Fédération française des sociétés d'assurance*, wo ein ergänzendes freiwilliges, nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitendes Rentenversicherungssystem als Unternehmen qualifiziert wird.
- 63) Vgl. dazu Mestmäcker, in: *Festschrift Zacher*, S. 635 (645ff.), der freilich auch das Konfliktpotential betont.
- 64) Vgl. dazu BVerfGE 79, 127 (153).

Literatur

- Ambrosius, Gerold: *Services Publics*, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universalienleistungen? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: Helmut Cox (Hrsg.), *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse*, Baden-Baden 2000, S. 15 - 43.
- Basedow, Jürgen: *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen 1992.

- CEEP: Statistische Jahrbücher 2000. Die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Europa seit 1996. Ihr wirtschaftlicher Einfluss in der Europäischen Union, vgl. unter <http://www.ceep.org/fr/doc.htm>.
- Cox, Helmut: Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste - Thesen zur Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen in Europa, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsfeld zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip, Baden-Baden, 1996, S. 13 - 27.
- Fehling, Michael: Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 25 - 57.
- Fiquet, Alain: Das französische System des Service Public unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, in: Peter J. Tettinger (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, Stuttgart u.a. 1996, S. 15 - 24.
- Forsthoff, Ernst: Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Deutsches Recht 5 (1935), S. 398 - 400.
- Ders.: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart / Berlin 1938.
- Ders.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.
- Guayo Castiella, Iñigo des / Pielow, Johann-Christian: Das spanische Konzept des *Servicio Público*, in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1995, S. 225 - 233.
- Hellermann, Johannes: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Tübingen 2000.
- Holoubek, Michael: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 60 (2001), S. 513 - 589.
- Knemeyer, Esther: Die *Etablissements publics* im französischen Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1996.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 580 endgültig vom 20.09.2000.
- Lecheler, Helmut: Die Versorgung mit Strom und Gas als „service public“ und die Bedeutung der „service public-Doktrin“ für Art. 90 Abs. 2 EGV, in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1996, S. 212 - 217.
- Lecheler, Helmut / Gundel, Jörg: Die Umsetzung der Elektrizitäts-Binnenmarkttrichtlinie in Frankreich: Hat der französische Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erfüllt?, in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2000, S. 165 - 174.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., München 2000.
- McGowan, Francis: Reform der öffentlichen Versorgungsdienstleistungen in Großbritannien: Die Rolle der Regulierung und deren Auswirkungen auf den Sektor der öffentlichen Dienstleistungen, in: Helmut Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Euro-

päischen Union. Zum Spannungsfeld zwischen *Service Public* und Wettbewerbsprinzip, Baden-Baden 1996, S. 105 - 123.

- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV, in: Franz Ruland u.a. (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1998, S. 635 - 651.

- Prosser, Tony: *Law and the Regulators*, Oxford 1997.

- Püttner, Günter: Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: Cox (Hrsg.), *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse*, Baden-Baden 2000, S. 45 - 55.

- Püttner, Günter: Die Aufwertung der Daseinsvorsorge in Europa, in: *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU)* 23 (2000), S. 373 - 376.

- Rüfner, Wolfgang: § 80. Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, Heidelberg 1988, S. 1037 - 1085.

- Schmidt, Marek: Die Regulierung der privatisierten Telekommunikations- und Versorgungswirtschaft in Großbritannien, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 58 (1994), S. 636 - 666.

- Schneider, Jens-Peter: Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 164 (2000), S. 513 - 544.

- Stern, Klaus: Die kommunalen Sparkassen im Visier der Europäischen Kommission, in: Gerhard Seiler (Hrsg.), *Gelebte Demokratie. Festschrift für Oberbürgermeister a.D. Dr. h.c. Manfred Rommel*, Stuttgart 1997, S. 211 - 231.

- Tettinger, Peter J.: Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, in: *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 1999, S. 45 - 51.

- Tettinger, Peter J.: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft. Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, in: Helmut Cox (Hrsg.), *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse*, Baden-Baden 2000, S. 97-115.

- Thiry, Bernard: Öffentliche Dienstleistungen - Konzepte und Realitäten, in: Helmut Cox (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsfeld zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip*, Baden-Baden 1996, S. 29 - 39.

- Wälde, Thomas W.: Die Regelung der britischen Energiewirtschaft nach der Privatisierung, in: Peter J. Tettinger (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, Stuttgart u.a. 1996, S. 59 - 93.

- Wieland, Joachim: *Die Konzessionsabgaben*, Berlin 1991.

- Wieland, Joachim / Hellermann, Johannes: Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, Verband kommunaler Unternehmen, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft Heft 85, Köln 1995.
-

Der Autor

Prof. Dr. iur. Johannes Hellermann, geb. 1957, Studium der Rechtswissenschaft in Bielefeld und Freiburg und jur. Vorbereitungsdienst, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Tätigkeit im Bauverwaltungs- und Rechtsamt der Stadt Freiburg, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bielefeld, 1992 Promotion, 1998 Habilitation, seit Januar 2000 Universitätsprofessor für Öffentliches Recht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Arbeitsschwerpunkte: Verfassungsrecht, öffentliches / europäisches Wirtschaftsrecht, Kommunalrecht.

Christoph Kulenkampff, Kirsten Mensch,
Claudia Pfeiff

Grundlagenpapier zum Kolloquium

1. Ausgangssituation

Mit dem Verfahren der europäischen Kommission wegen angeblich unzulässiger staatlicher Beihilfen zugunsten der WestLB und der Ankündigung weiterer wettbewerbsrechtlicher Überprüfungen der Landesbanken und Sparkassen in Deutschland, insbesondere auch mit Blick auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, wurde eine lebhafte und inzwischen breit geführte Diskussion über das deutsche System der öffentlichen Banken und Sparkassen sowie generell über Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse durch Unternehmen in öffentlicher Hand eingeleitet. Es stehen sich hierbei gegenüber auf der einen Seite die innerstaatlichen Ebenen der Bundesrepublik, insbesondere die Bundesländer und Kommunen, sowie die betroffenen Organisationen, und – wie es scheint – auf der anderen Seite die Europäische Kommission.

Die Ministerpräsidenten der deutschen Bundesländer sehen durch das Vorgehen der Europäischen Kommission ihre Kompetenzen gefährdet. Sie fordern eine klare Festschreibung ihrer Zuständigkeiten und greifen hierfür auf den Begriff „öffentliche Daseinsvorsorge“ zurück.

2. Zum Begriff „Daseinsvorsorge“

„Öffentliche Daseinsvorsorge“ beschreibt eine Staatsaufgabe, die bereits seit Beginn der Industrialisierung im 19. Jahrhundert wahrgenommen wurde, nämlich die Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit Grundgütern, die nach neuem Staatsverständnis durch das Gemeinwesen sicherzustellen ist, wie u.a. die Versorgung mit Wasser, Energie, Infrastruktureinrichtungen, Gewährleistung der sozialen Sicherheit.

Auch wenn die Entstehung des Phänomens weiter zurückreicht, geht seine Bezeichnung mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ auf ForsthoFF zurück, der ihn in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts einführt.¹⁾

Der Begriff „Daseinsvorsorge“ findet heute noch Verwendung und das, was er umfasst, wird als fester und wesentlicher Bestandteil der Sozialstaatlichkeit nach Art. 20 und 28 GG verstanden.

Danach müssen u.a. Güter und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge der Gesellschaft diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Für Post und Telekommunikation bestimmt das Grundgesetz beispielhaft, dass der Bund in diesen Bereichen für flächendeckende, angemessene und ausreichende Dienstleistungen verantwortlich ist (Art. 87f GG).

3. Bedeutung der Daseinsvorsorge

„Öffentliche Daseinsvorsorge“ bedeutet tendenziell eine Ausweitung staatlichen Handelns. Dabei darf der Staat nach der Lehre von Forsthoff Leistungen auch in privatrechtlicher Form erbringen, ohne dass diese ihren öffentlich-rechtlichen Charakter verlieren. Die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben wird danach unabhängig von der Art ihrer Organisation als „öffentliche Daseinsvorsorge“ bezeichnet.

Zugleich bedeutet die Lehre von der Daseinsvorsorge eine Begrenzung des privaten Wirtschaftens der öffentlichen Hand. So soll die öffentliche Hand eigene Unternehmen in privater Rechtsform lediglich betreiben, wenn diese Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen (vgl. §65 BHO, gleichlautende Ländervorschriften sowie die entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen, z.B. §121 HGO). Ferner gelten – heute unbestritten – die Grundrechte auch dann, wenn die öffentliche Hand Leistungen in privater Rechtsform erbringt.

Für die öffentliche Hand ergaben sich daher in der Vergangenheit mehrere Möglichkeiten zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge. In dem hier interessierenden Zusammenhang kamen jedenfalls vor Abschluss der EU-Verträge fraglos folgende Modelle in Betracht:

1. Übertragung der Daseinsvorsorge auf öffentliche Monopole (Bsp.: Briefmonopol der Post).
2. Versorgung durch öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform, die als Mitbewerber am Markt agieren. (Bsp.: EVU, kommunale Wohnungsunternehmen).

Neuerlich sind folgende Modelle hinzugekommen:

3. Beauftragung von Privatunternehmen mit vertraglichen Auflagen für Mindeststandards (Bsp.: ÖPNV).
4. Versorgung ausschließlich durch Wettbewerb und zugleich dessen (hoheitliche) Regulierung (Bsp.: Telekommunikation).

Variante 1 ist inzwischen problembehaftet. Bei den anderen Varianten muß z.B. bedacht werden, ob die Kontinuität der Leistungen und die Einhaltung qualitativer Standards sichergestellt ist (Bsp.: Trinkwasser). Ferner sollten neben Überlegungen zu Effizienz und Preisgestaltung auch Aspekte der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit bedacht werden. Nicht-ökonomische Faktoren wie (lokale oder regionale) Identifikationen und Gewohnheiten könnten ebenfalls zu berücksichtigen sein. Möglicherweise kann lediglich sektorenspezifisch entschieden werden, wie Daseinsvorsorge unter Geltung der Europäischen Verträge sinnvoll zu gewährleisten ist. Bei solchen Überlegungen wird etwa auch von Bedeutung sein, ob für die Versorgung (kapitalintensive) Leitungsnetze erforderlich sind und / oder welches Gewicht Regulierungs- bzw. Qualitätsprobleme haben können.

4. Begriffliche Abgrenzung

Bis heute bleibt die Frage unbeantwortet, was der Sozialstaat unter dem Aspekt der „allgemeinen öffentlichen Daseinsvorsorge“ zu leisten hat oder (noch) leisten darf. Der Begriff „öffentliche Daseinsvorsorge“ läßt – mit Blick auf sich stetig verändernde gesellschaftliche Verhältnisse möglicherweise zurecht – völlig offen, was denn sein Gegenstand genau ist.

Auch im Kreis der EU-Mitgliedstaaten scheinen unterschiedliche Vorstellungen darüber vorzuliegen, welche Leistungen vom Staat zu gewährleisten und somit unter „Daseinsvorsorge“ bzw. *services d`intérêt général* oder *services of public interest* zu verstehen sind.

Die Verwendung des Begriffs in der aktuellen Debatte kann im Übrigen gelegentlich den Verdacht erwecken, dass es hier dem einen oder anderen weniger um das „Gemein-

wohl“, sondern eher um politische Machtausübung und Einflussnahme gehen könnte. Hierzu hat zweifellos beigetragen, dass sich viele öffentliche Unternehmen und Anstalten der Daseinsvorsorge über ihre angestammten (reinen Versorgungs-) Aufgaben hinaus weitere Tätigkeitsfelder erschlossen haben und sich dabei zunehmend marktwirtschaftlich und gewinnorientiert gerieren.

Auch die deutschen Ministerpräsidenten, denen der Begriff der „Daseinsvorsorge“ seine aktuelle Renaissance verdankt, verwenden ihn als kompetenzrechtlichen „Kampfbegriff“ bei ihrem Widerstand gegen den der EU-Kommission unterstellten Versuch, unter Berufung auf europäisches Wettbewerbsrecht den öffentlichen Unternehmen in Deutschland den Garaus zu machen. Die vermeintlichen Zugriffe der EU auf die Kompetenzen der Länder und Kommunen in diesem Bereich sollen mit Verweis auf die Daseinsvorsorge abgewehrt werden.

5. Europäisches Wettbewerbsrecht und öffentliche Daseinsvorsorge

Die wettbewerbsrechtlichen Überprüfungen und Verfahren, die die EU-Kommission gegen die Bundesrepublik durchführt, stützen sich auf Art. 86 und 87 EGV (i. d. F. des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union pp. vom 2. Oktober 1997).

Nach Art. 86 Abs. 2 EGV gilt das Beihilfeverbot grundsätzlich auch für Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anbieten, es sei denn, die öffentliche Aufgabe würde andernfalls verhindert werden – eine bloße Behinderung reicht demnach nicht aus.

Art. 87 EGV stellt klar, dass staatliche Zuwendungen an Versorgungsunternehmen als Beihilfen zu betrachten und daher nur in Ausnahmefällen mit dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar sind.

Eine neue Hervorhebung erfahren die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in dem 1997 durch den Amsterdamer Vertrag eingeführten Art. 16 EGV. Die Vorschrift wird allerdings von einigen eher als Programmnorm verstanden. Welche Rechtswirkung der Art. 16 EGV entfaltet, ist bislang unklar.

In ihrer Mitteilung vom 20. September 2000 - KOM (2000) 580 endgültig -, die sie auf Ersuchen des Europäischen Rats gefertigt hat, verweist die Europäische Kommission ebenfalls auf Art. 16 EGV. Die Mitteilung ist eine aktualisierte Version eines unter gleichem Titel herausgegebenen Kommissionsberichts von 1996. Die Mitteilung erläutert - wenngleich sehr vage - die Anwendung von Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln durch die Europäische Kommission und schildert im Übrigen praktische Erfahrungen aus unterschiedlichen Sektoren der öffentlichen Versorgung, die seit 1996 für den Wettbewerb geöffnet wurden. Die Kommission betont die Vereinbarkeit von hohen Standards bei Leistungen der Daseinsvorsorge mit den EU-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln. Sie will Art. 86 EGV nach folgenden Grundsätzen anwenden:

1. Neutralität in Bezug auf die Eigentumsstruktur von Unternehmen.
2. Gestaltungsfreiheit der einzelnen Mitgliedstaaten bei der Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge; diese werden jedoch durch die Kommission kontrolliert.
3. Verhältnismäßigkeit soll gewährleisten, dass eine mögliche Einschränkung des Wettbewerbs nicht über das zur Verwirklichung der Ziele erforderliche Maß hinausgeht.

Die Kommission betont, dass Art. 86 EGV lediglich bei wirtschaftlichen Aktivitäten zur Anwendung kommt, die den Binnenmarkt beeinträchtigen können, nicht-wirtschaftliche Aktivitäten demnach vom Wettbewerbsrecht nicht betroffen sind.

Die Mitgliedstaaten sind von der Kommission angehalten, Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge auf der lokalen, regionalen und nationalen Ebene eindeutig zu definieren, um größtmögliche Transparenz zu gewährleisten. Dies ist von deutscher Seite bislang nicht geschehen. Das Schader-Kolloquium sieht eine seiner Aufgaben darin, hier einen Impuls für die laufende Debatte zu liefern.

6. Die Zukunft der Daseinsvorsorge?

Aus den bisherigen Überlegungen ergeben sich etwa folgende Fragen:

1. Welche Vorsorge muss der Sozialstaat gewährleisten und welchem Wandel unterliegt sie?
2. Kann allgemein bestimmt werden, auf welche Art Daseinsvorsorge am besten zu gewährleisten ist, oder muss eine Abwägung von Fall zu Fall stattfinden?

3. Welche Vor- bzw. Nachteile weist die Bereitstellung von Gütern der Daseinsvorsorge durch öffentliche bzw. durch private Unternehmen auf?
4. Welche Rolle sollen und dürfen öffentliche Unternehmen in Bereichen spielen, die immer stärker von Wettbewerbsprinzip und Gewinnstreben charakterisiert sind?
5. Welcher Zusammenhang besteht zwischen der Organisation von Daseinsvorsorge und Mitsprache- und Teilnahmemöglichkeiten der Bürger?
6. Wie ist bei der Gewährleistung von Daseinsvorsorge die Kopplung von Liberalisierung mit staatlicher Regulierung zu bewerten?
7. Welche Kriterien wären bei einer Regulierung ausschlaggebend (Wettbewerb, Gemeinwohl, Kontinuität, Qualität etc.)? Wem steht hierbei die Regelungskompetenz zu?

1) Siehe u.a. E. Forsthoff, 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger Stuttgart / Berlin : Kohlhammer.

Die Autoren

Christoph Kulenkampff, geb. 1947, Studium der Rechtswissenschaften in München und Gießen, 1986 bis 1991 Generalstaatsanwalt des Landes Hessen, 1991 bis 1993 Staatssekretär im Hessischen Ministeriums des Inneren und für Europaangelegenheiten, seit 1994 Rechtsanwalt, 1995 bis 2000 Verbandsdirektor des Verbandes der Südhessischen Wohnungswirtschaft e.V., seit März 2000 geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Dr. Kirsten Mensch, geb. 1967, Studium der Sozialwissenschaften mit Schwerpunkt Politikwissenschaft, 1993 Studienaufenthalt an der Universität Groningen, Niederlande, 1994 bis 1998 wiss. Mitarbeiterin am Institut für Politikwissenschaft der TU Darmstadt, seit Januar 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Claudia Pfeiff, geb. 1972, Studium der Angewandten Geographie / Raumentwicklung an der Universität Trier, seit August 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Roland Sturm, Markus M. Müller

Öffentliche Daseinsvorsorge im deutsch-britischen Vergleich: Konvergenz oder Divergenz?

Die Reform der Daseinsvorsorge in Deutschland und Großbritannien ist zwar Ausdruck eines gewandelten Verhältnisses von Staat und Wirtschaft, jedoch verdeutlicht die Analyse der Veränderungen in einzelnen Sektoren der Versorgungswirtschaft, dass es sich keineswegs um einen länderübergreifend gleichförmigen Prozess handelt. Abhängig von den jeweiligen Marktstrukturen, ihrer Dynamik sowie den rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen haben sich in den vergangenen beiden Jahrzehnten stark sektoral ausgerichtete Regime gebildet. Zwar ist in Großbritannien das Maß an Kohärenz größer als in Deutschland; dennoch kann auch dort von einem *blueprint* eines neuen Modells der Daseinsvorsorge keine Rede sein.

Die konservative Wende in Deutschland und Großbritannien in den achtziger Jahren schien erneut zu bestätigen, dass beide Länder in ganz unterschiedlichen Traditionslinien hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Wirtschaftsordnung stehen (Dyson, 1980). Während beispielsweise im Elektrizitätssektor in Großbritannien die Privatisierungslösung gesucht und durchgesetzt wurde (Sturm, 1996), stellte der damalige Hauptgeschäftsführer der „Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke“ (VDEW) Joachim Grawe fest: „In der Diskussion um zukünftige Strukturen der Versorgungswirtschaft kann der Wettbewerb nicht von vornherein ein *Prae*, eine Vermutung der besseren Lösung, für sich genießen. Denn das geltende System hat hohe Leistungsfähigkeit, aber auch hohe Anpassungsfähigkeit und Flexibilität bewiesen“ (Grawe, 1996, S. 177f.).

Aus heutiger Perspektive sind Zweifel an der oben genannten Unterschiedlichkeit der beiden Länder erlaubt. Nicht nur in Großbritannien, sondern auch in Deutschland hat sich in den letzten zwanzig Jahren die Rolle des Staates in der Wirtschaft dramatisch verändert. Vor allem weite Bereiche der Daseinsvorsorge, wie die Versorgungswirtschaft, also Elektrizität, Gas und Wasser, aber auch die Telekommunikation oder die Bahn sind aus öffentlichem Besitz, wenn auch nicht unbedingt gleichzeitig aus

staatlicher Verantwortung, entlassen worden. Statt vom Staat wird heute vom Markt der entscheidende Beitrag zur Daseinsvorsorge erwartet. Staatliche Betriebe wurden privatisiert, neue Anbieter wurden zugelassen. Wo in Sektoren der Daseinsvorsorge Marktmechanismen fehlten, wurde der Markt eingeführt.

Der wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Kontext der „revolutionären“ Umwälzungen bei der Organisation der öffentlichen Daseinsvorsorge ist allerdings weiter. Er umfasst nämlich eine Neudefinition der Rolle des Staates in der Wirtschaft angesichts globaler ökonomischer und technischer Herausforderungen. So ist beispielsweise die deutsche Finanz- und Bankwirtschaft heute nur noch in Teilen diejenige der sechziger oder siebziger Jahre. Einerseits haben neue Finanzprodukte dem traditionell eher unspektakulären Bankgewerbe eine neue Prägung verliehen, andererseits reorganisieren sich Akteure und Märkte im Zeichen internationalisierter Finanzen in atemberaubendem Tempo. Auch im Rundfunkwesen, das primär nicht-wirtschaftlichen Zielen dient, haben sich durch die Zulassung privaten Rundfunks in Deutschland Anfang der achtziger Jahre Entwicklungen sowohl im öffentlich-rechtlichen als auch im kommerziellen Bereich ereignet, die zuvor von niemandem so vorhergesehen werden konnten. Dies gilt vor allem in den Bereichen Programmgestaltung und Senderkonzentration. Der Staat hat sich aber von keinem der genannten Sektoren völlig verabschiedet und das Feld allein den freien Kräften des Marktes überlassen. Seine Rolle und sein Selbstverständnis haben sich allerdings verändert und damit seine Erscheinungs- und Handlungsformen, teilweise auch seine Zielsetzungen.

Das Ergebnis ist aber keineswegs weltweite Uniformität. Obgleich die genannten Entwicklungen ein omnipräsentes Phänomen zu sein scheinen, unterscheiden sich die Bedingungen für die Neuorganisation der öffentlichen Daseinsvorsorge grundlegend. Großbritannien beispielsweise, in mancher Hinsicht ein Vorreiter der Umgestaltung der Daseinsvorsorge, war noch Ende der siebziger Jahre derjenige westliche Industriestaat mit dem größten öffentlichen Sektor. Weite Bereiche der Industrie, auch jenseits der Versorgungswirtschaft, waren verstaatlicht. Mit dem Amtsantritt von Margaret Thatcher 1979 begann eine Phase der Privatisierung und, wenngleich meist mit Verspätung und in nicht immer gleichem Umfang, der Liberalisierung. Das in Großbritannien erreichte Ausmaß der Privatisierung ehemals staatlicher Betriebe und sonstiger Leistungsanbieter sollte in Westeuropa jedoch einmalig bleiben.

Demgegenüber war der öffentliche Sektor in der Bundesrepublik Deutschland zu keinem Zeitpunkt zu einer mit den vormaligen britischen Verhältnissen vergleichbaren

Größe angewachsen. Zwar waren auch hier die Telekommunikation oder die Bahn, als Sondervermögen zudem noch verfassungsrechtlich geschützt, in der Hand des Bundes. Doch die Kernbereiche der Versorgungswirtschaft wiesen eine gemischt-wirtschaftliche Struktur auf, unter Beteiligung sowohl aller Gebietskörperschaften als auch von Privaten (Ortwein, 1996). Das Nebeneinander von privaten und öffentlichen Anbietern war und ist ebenso ein Charakteristikum der Bankwirtschaft. Insofern war die in den achtziger Jahren zwar einsetzende, mit voller Kraft aber erst in den neunziger Jahren durchgreifende Liberalisierung in Deutschland auch nicht immer von Privatisierungsanstrengungen dominiert. In Deutschland ging es um den Umbau von Wirtschaftssektoren, um Wettbewerb zu ermöglichen.

Ein wieder anderes Bild bieten die Vereinigten Staaten von Amerika. Hier gab es nie einen nennenswerten öffentlichen Sektor, schon gar nicht auf Bundesebene. Die Anbieter auch auf den für Wettbewerb als untauglich befundenen Bereichen der Versorgungswirtschaft waren und sind in der Regel nicht-staatlich. Es war Aufgabe des Staates, durch verschiedene regulatorische Eingriffe die unvollkommenen Wettbewerbsverhältnisse auszugleichen bzw. einen gleichwertigen „Ersatz“ für die fehlende disziplinierende Wirkung von Märkten bereitzustellen. Gleichwohl ging die erwähnte Liberalisierungswelle auch an den USA nicht vorbei. Bereits seit den siebziger Jahren wurden dort die regulatorischen Eingriffe des Staates als zu restriktiv und als wirtschaftlich eher schädlich kritisiert. Es setzte eine Phase der Deregulierung ein; der Staat zog sich aus der Preis-, Markteintritts- und Marktaustrittsregulierung in vielen Bereichen mit der Begründung zurück, dass regulatorische Eingriffe entweder schädlicher als die Unzulänglichkeiten eines unvollkommenen Wettbewerbs oder aber einfach überflüssig seien.

Dieser kurze Überblick verdeutlicht, dass das, was als Liberalisierung, Privatisierung und Deregulierung der Daseinsvorsorge diskutiert wird, zwar ein länderübergreifender Trend ist, jedoch in den einzelnen Ländern zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führte. In Großbritannien stand in der Regel die Privatisierung des übergroßen öffentlichen Sektors im Vordergrund (die Liberalisierung bzw. Regulierung des Wettbewerbs war ein aus der Privatisierung folgendes, notwendiges Korrelat). In den USA ging es primär um die Deregulierung der von (wirtschaftlich oft schädigenden) regulatorischen Eingriffen unnötig belasteten Industrien und in Deutschland stand die Liberalisierung vormals nicht-wettbewerblicher Sektoren der Daseinsvorsorge im Vordergrund.

Tabelle 1: Schwerpunkte der Neuorientierung der Daseinsvorsorge in Deutschland, Großbritannien und den USA

Land	Deutschland	Großbritannien	USA
Schwerpunkt	Liberalisierung	Privatisierung	Deregulierung

Mit der Neuorientierung der Daseinsvorsorge ist aber nicht das verbunden, was oft unkritisch und unreflektiert vermutet wird, nämlich das Verschwinden eines staatlich definierten *öffentlichen Interesses*. Zwar ist auch das Gemeinwohl bzw. das öffentliche Interesse keine statische Kategorie, doch muss analytisch zwischen der Definition des Ziels einer öffentlichen Daseinsvorsorge und der Wahl der Mittel zum Erreichen dieses Ziels klar unterschieden werden. Dabei wird schnell deutlich, dass der Wandel bei der Wahl der Mittel wesentlich signifikanter ist als die nur teilweise erfolgte Neuausrichtung der Zielsetzung.

1. Das globale Modell einer neuen Marktwirtschaft?

Geht man davon aus, dass die neue Rolle des Marktes in der Daseinsvorsorge alternativlos ist, so wäre zu vermuten, dass deren Ausgestaltung in Deutschland und Großbritannien konvergiert, ja dass am Ende der Entwicklung ein allen Ländern gemeinsames Wirtschaftsmodell steht. Es wäre dies ein Modell der Rolle des Staates im Markt, das den Marktkräften einen größtmöglichen Freiheitsraum zur Verfügung stellt und den Staat auf bestimmte, nun enger gefasste Aufgaben beschränkt.

Die Analyse der Entwicklungen in Deutschland und Großbritannien zeigt allerdings, dass solche Verallgemeinerungen auf unzureichenden Annahmen basieren. Es gibt noch nicht einmal nationale „Modelle“, nach denen sich das Verhältnis von Staat und Markt insgesamt und im Detail bestimmen lässt. Art und Umfang der staatlichen Daseinsvorsorge sind auch innerhalb nationaler Grenzen nicht durchgängig nach gleichgerichteten Kriterien bestimmt. Vielmehr erkennen wir sektorenspezifische Regulationssysteme, die sich zum Teil aus gewachsenen Traditionen, zum Teil aus den sachlichen Notwendigkeiten und Voraussetzungen des jeweiligen Marktes, zum Teil aus europarechtlichen und europapolitischen Vorgaben und schließlich auch zum Teil als Folge der Globalisierung ergeben. Sicherlich sind sowohl nationale als auch im internationalen Vergleich sektorenübergreifende Gemeinsamkeiten festzustellen. Zu den nationalen Charakteristika gehören nach allgemeiner Überzeugung in Deutschland etwa

korporatistische Entscheidungsstrukturen, eine gewisse Vorliebe für Konsensentscheidungen oder das Fehlen einer staatlichen Industriepolitik, für die traditionell die Kreditinstitute (via Industriebeteiligungen bzw. Kreditengagements) substituieren (Müller, 2000). Doch das Maß an Verallgemeinerung, das solche generellen und eher abstrakten Beschreibungen zulassen, ist eher gering.

Die Diskussion um die neue Rolle des Staates in der Wirtschaft, seine reduzierten Handlungsmöglichkeiten bzw. seinen Rückzug aus der Daseinsvorsorge neigt dazu, den originär politischen Charakter solcher „Umbauerscheinungen“ von Staatlichkeit zu unterschätzen. Auch wenn es so scheint, als sei diese Entwicklung von außen vorgegeben, so bleibt sie dennoch immer im nationalen Rahmen politisch gestaltbar. Tatsächlich vorgegeben sind allenfalls einzelne „Handlungskorridore“, innerhalb derer aber Spielräume zur politischen Entscheidung bestehen bleiben.

Gerade der Fall Großbritanniens illustriert darüber hinaus, dass die Reorganisation der Daseinsvorsorge vor allem innerstaatliche Ursachen haben kann. Ungeachtet der relativ geringen Produktivität der britischen Volkswirtschaft in den 70er Jahren war das Privatisierungsvorhaben der Thatcher-Regierung keineswegs nur eine Reaktion auf den gewachsenen Konkurrenzdruck durch die Internationalisierung der Märkte. Es handelte sich vielmehr um ein dezidiert politisches, ideologisch fundiertes Unternehmen, das nicht zuletzt zum einen die Macht der Gewerkschaften brechen sollte und damit auch ein Angriff auf die organisatorische und politisch mit den Gewerkschaften eng verflochtene oppositionelle Labour Party darstellte. Zum anderen war die Privatisierungspolitik ein wichtiges Instrument zur Verbesserung der Staatseinnahmen und damit zum Erreichen konservativer Ziele in der Haushaltspolitik.

Demgegenüber fehlt es dem Staat in Deutschland an den formalen Möglichkeiten eines derart radikalen Wechsels. Der Föderalismus reduziert die Möglichkeiten eines zentralstaatlichen Durchregierens, wie sie im britischen Regierungssystem traditionell existieren. Eine radikale Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft setzt daher immer einen breiten Konsens von Bund und Ländern – und gerade im Hinblick auf die Versorgungswirtschaft mitunter auch der Gemeinden – voraus.

Der deutsch-britische Vergleich lässt keine endgültigen Qualitätsurteile über das gefundene Arrangement von Staat und Markt zu. Weder die Überzeugung Alberts (1994), dass ein mutmaßlich existierender „rheinländischer“ Kapitalismus deutscher bzw. französischer Prägung dem „angelsächsischen“ Gegenmodell langfristig überlegen

sei, lässt sich belegen, noch die gegenteilige Vermutung, dass die „deutsche Krankheit“ (erkennbar an Reformunfähigkeit und wirtschaftlicher Stagnation) nur durch einen Rekurs auf die Heilmittel des „marktnäheren“, angelsächsischen Ansatzes zu kurieren sei.

Weiterführend ist eine vergleichende Analyse von zentralen Sektoren der Daseinsvorsorge in Deutschland und Großbritannien, die hier an den Beispielen der Elektrizitätswirtschaft, der Telekommunikation und der Bankwirtschaft geleistet werden soll. Diese verdeutlicht, dass Deutschland und Großbritannien in mancher Hinsicht voneinander gelernt haben, und dass dieser Prozess des *policy-transfer* in Zukunft wohl stärker werden wird.

2. Liberalisierung mit oder ohne Privatisierung: die Elektrizitätswirtschaft

Bis in die achtziger Jahre war die britische Stromversorgung ausschließlich Angelegenheit des Staates. Ein staatlicher Elektrizitätsrat, das Central Electricity Generating Board (CEGB), bestimmte in England und Wales sowohl über Transport als auch über fast die gesamte Stromerzeugung. So genannte *area boards* kauften die Elektrizität vom CEGB und sorgten für die Verteilung an die Endverbraucher. Faktisch kam ihnen ein lokales Versorgungsmonopol zu (Gilland, 1996, S. 240). Für Schottland existierte schon vor der durchgreifenden Reform des Jahres 1989 eine eigenständige Versorgungsordnung, die zwar im Zuge der Liberalisierungsschritte in England und Wales von Veränderungen betroffen wurde, ihren Sonderstatus insgesamt aber nicht einbüßte (ausführlich Sturm, 1996, S. 59-75).

Man kann wohl nicht einmal davon sprechen, dass sich die ursprüngliche, staatlich ausgerichtete Ordnung der britischen Stromwirtschaft als völlig untauglich erwies (Pfaffenberger, 1996, S. 146). Die Versorgungssicherheit war angemessen, ebenso das Preisniveau. Im europäischen Vergleich war der britische Elektrizitätsmarkt (sofern sich hier überhaupt von „Markt“ sprechen lässt) sicherlich eher unauffällig. Da der Energieexport über die Landesgrenzen hinweg keine überwältigende Rolle spielte (zumal die europäischen Nachbarstaaten von einer Liberalisierung ihrer Stromwirtschaften weit entfernt waren), kann auch nicht von einem Reformdruck gesprochen werden. Insofern hat man der Neuordnung der britischen Elektrizitätswirtschaft auch einen „experimentellen“ Charakter zugeschrieben: Man ersetzte ein bestehendes und im Wesent-

lichen auch funktionierendes Modell durch ein völlig neuartiges und ungeprüftes (Sturm et al., 1998).

Der erste Versuch der Neuordnung der Elektrizitätswirtschaft, der Energy Act von 1983, hob die Monopolstellung des CEBG auf und bestimmte, dass neugegründeten stromproduzierenden Unternehmen der Netzzugang nicht verwehrt werden dürfe. Das CEBG reagierte auf die gesetzliche Neuregelung mit einer veränderten Ausrichtung der Preispolitik, die es unabhängigen Stromproduzenten unmöglich machte, mit Aussicht auf Gewinn in den Markt einzutreten (Sturm, 1996, S. 67). Erst nach dem dritten Wahlsieg Margaret Thatchers 1987 beschloss die britische Regierung die strukturelle Reform des Stromsektors.

Der Kern der Reform von 1989 besteht einerseits in der Trennung von Transportfunktion, Stromproduktion und Verteilung, andererseits in der graduellen Einführung von Wettbewerb, vor allem, aber nicht nur, auf der Erzeugerebene. Das CEBG wurde zum einen in einen Netzbetreiber, zum anderen in drei Erzeuger aufgeteilt, wobei einer (Nuclear Electric) den gesamten Bestand an Kernkraftwerkskapazitäten erhielt und im Unterschied zu den sonstigen Anbietern bis auf weiteres in staatlichem Besitz verbleiben sollte. Während man weiterhin dem Netz die Eigenschaft eines sogenannten „natürlichen Monopols“ zuschrieb, ging man nun davon aus, dass es hinsichtlich der Produktion von Elektrizität durchaus Wettbewerb geben kann, ohne dass *economies of scale* verloren gehen. Diese Idee entstand nicht erst in den achtziger Jahren, sondern wurde bereits in den siebziger Jahre von dem Deutschen Helmut Gröner (1975) entwickelt und war in der einschlägigen Fachliteratur als so genanntes „Gröner-Modell“ bekannt.

Die durch die Reform entstandenen und in Teilschritten privatisierten Stromproduzenten sollten in einen Wettbewerb eintreten, der zunächst nur die Groß- und Großverbraucher, 1998/99 dann auch die privaten Tarifkunden mit der Auswahlmöglichkeit unter verschiedenen Stromanbietern begünstigen sollte. Für eine Übergangsphase bis zur vollständigen Ausbildung eines wettbewerblichen Marktes sollte eine Regulierungsbehörde, das Office for Electricity Regulation (OFFER), die sektorale Aufsicht führen. Aufgabe dieses im britischen Regierungssystem neuartigen Typus von Regulierungsbehörde war und ist vor allem die Preis-, Markteintritts- und Marktaustrittsregulierung. Es war die erklärte Absicht des ersten Generaldirektors von OFFER, Stephen Littlechild, einem Anhänger der ökonomischen Lehrmeinungen Friedrich Alexander von Hayeks, Regulierung als den notwendigen Zwischenschritt hin zum vollständigen

und freien Wettbewerb zu verstehen, nicht hingegen als eine Dauereinrichtung des Staates. Inzwischen fusionierte OFFER zwar mit der Regulierungsbehörde für Gas (OFGAS) zu einer gemeinsamen Regulierungsbehörde (Office of Gas and Electricity Markets, OFGEM); ihre regulatorischen Aufgaben und Instrumente sind aber im Wesentlichen erhalten geblieben. Dazu zählt vor allem auch der innovatorische Ansatz zur Preisregulierung, genannt *price cap regulation*. Diese soll durch eine von Littlechild erfolgreich propagierte Formel „RPI – X“ (Inflationsrate minus X) umgesetzt werden, die nicht auf die Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungserstellung bzw. eines angemessenen Gewinns für die regulierten Unternehmen abzielt, sondern auf die Erhöhung / Senkung der Preise entsprechend dem Inflationsausgleich minus einer vom Regulierer immer wieder neu vorzugebenden Größe „X“. Diese Größe repräsentiert den von der Aufsicht erwarteten Produktivitätsanstieg. Bereits in den vergangenen Jahren hat der Regulierer mit der Einschränkung des Umfangs von Preisregulierung, etwa für Großverbraucher, seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, dass der Wettbewerb auf einzelnen Segmenten des Strommarktes schon funktioniert (Littlechild, 2001). Das mag man auch als Anzeichen dafür deuten, dass die Vorstellung von Regulierung als ein temporäres Wettbewerbssurrogat tatsächlich verwirklicht werden soll.

An dieser Stelle bietet es sich daher an, generell nach der Validität dieser in der britischen Liberalisierungsdebatte zentralen Prämisse zu fragen, nämlich „Regulierung“ sei ausschließlich als ein zeitlich befristetes „Substitut“ für den noch nicht (vollständig) ausgebildeten Wettbewerb zu begreifen. Pfaffenberger (1996, S. 148) bemerkte bereits vor der Liberalisierung des Strommarktes in Deutschland, die Intensität der Regulierung des britischen Elektrizitätsmarktes, gemessen an der Größe und Ausstattung der Regulierungsinstitutionen, betrage in etwa das Zehnfache dessen, was in Deutschland für die Aufsicht über die Stromwirtschaft zur Verfügung steht. Man darf hinzufügen, dass auch nach der Liberalisierung 1998 die deutschen Aufsichts- bzw. Kartellbehörden keine vergleichbare personelle Stärkung erfahren haben – im Gegenteil, je nach Bundesland wurde gerade im Aufsichtsbereich eher gekürzt. Insofern ist es überaus fraglich anzunehmen, dass der britische Ansatz der „eingriffssärmere“ sei.

Auch ein Blick auf die zeitliche Veränderung der Größe dieser Regulierungsinstitutionen in Großbritannien im vergangenen Jahrzehnt kann in keiner Weise die These vom Rückgang der Regulierungstätigkeit belegen. Wie sonst ist zu erklären, dass entgegen der Modellannahme sowohl die Betriebsausgaben der Regulierungsbehörden als auch ihre Personalausstattung im Zeitraum 1991 bis 2000 teilweise signifikant gestiegen und nicht gesunken sind? Die folgenden Tabellen (aus Turvey, 2001, S. 7) geben

die Zahlen für Betriebsausgaben und Personal von OFFER, OFGAS (seit 2000 OFGEM), OFTEL (für die Telekommunikation) sowie OFWAT (für die Wasserwirtschaft) wieder.

Tabelle 2: Betriebsausgaben der Regulierungsbehörden in Großbritannien in Mio £ (in Preisen von 1999 / 2000)

Jahr	OFTEL	OFFER	OFGEM	OFGAS	OFWAT
1991	-	8.72	-	2.12	5.04
1992	-	10.35	-	2.38	6.80
1993	8.25	9.96	-	3.84	8.03
1994	9.41	12.06	-	4.61	9.46
1995	10.11	11.02	-	4.32	10.38
1996	10.36	11.86	-	9.28	9.86
1997	9.69	14.61	-	11.21	10.28
1998	10.60	17.35	-	12.56	10.38
1999	10.75	23.78	-	13.40	10.34
2000	-	-	41.98	-	10.87

Quelle: CRI 2001 (vgl. Turvey, 2001)

Tabelle 3: Mitarbeiter der Regulierungsbehörden in Großbritannien 1991 bis 2000

Jahr	OFTEL	OFFER	OFGEM	OFGAS	OFWAT
1991	-	198	-	28	112
1992	-	214	-	28	132
1993	150	224	-	35	-
1994	147	222	-	45	-
1995	157	215	-	65	-
1996	164	217	-	86	194
1997	168	231	-	126	190
1998	172	233	-	130	206
1999	176	252	-	150	220
2000	183	-	402	-	209

Quelle: CRI 2001 (vgl. Turvey, 2001)

Diese Zahlen legen insbesondere drei Schlussfolgerungen nahe. Erstens, der Übergang von in Eigenregie erbrachter Daseinsvorsorge durch staatliche Unternehmen hin zu privatisierten und regulierten Märkten bedeutet, dass substantielle und personal-

intensive Aufgaben zur Sicherung auch einer auf die Marktkräfte vertrauenden Ordnung der Versorgungswirtschaft beim Staat verbleiben. Zweitens, wenn wie in Großbritannien der Weg zu mehr Wettbewerb über den „Zwischenschritt“ Regulierung gesucht wird, dann muss damit gerechnet werden, dass der Regulierungsbedarf nicht nur für viele Jahre existiert, sondern dabei auch wächst (Hogwood, 1998). Das schließlich bringt uns zur dritten, hier zentralen Schlussfolgerung: Das angelsächsische „Modell“, wenn man überhaupt davon sprechen kann, ist eben gerade nicht der Prototyp einer Wirtschaftspolitik, die auf die schleichende Abschaffung des Staates hinausläuft. Politische Rhetorik und regulatorische Realität klaffen gerade in Großbritannien mitunter auseinander (siehe auch Burton, 1997).

Die Voraussetzungen für die **Liberalisierung des deutschen Strommarktes** 1998 waren von den britischen grundverschieden. In der Bundesrepublik Deutschland gab es nie eine verstaatlichte Elektrizitätsversorgung. Vielmehr bestand und besteht ein Geflecht von überregionalen, regionalen und kommunalen Stromversorgern, die in unterschiedlichem Umfang Strom produzieren bzw. über ihre Netze transportieren und verteilen. Damit waren Netz und Produktionskapazitäten nie in einer nationalen Hand.

Faktisch gab es bis zum neuen Energiewirtschaftsgesetz von 1998 lokale und regionale Monopole von Unternehmen (in den so genannten geschlossenen Versorgungsgebieten), die, teils in öffentlichem, teils in privatem und teils in gemischt-wirtschaftlichem Eigentum befindlich, in ein komplexes Netzwerk von Konzessions-, Versorgungs- und Demarkationsverträgen eingebunden waren. Diese für den außenstehenden Betrachter nicht ohne weiteres zu durchschauende Ordnung war Ausfluss der Marktentwicklungen in den ersten Jahrzehnten unseres Jahrhunderts. Mit dem Segen des Gesetzgebers ausgestattet und dadurch für die kommenden Jahrzehnte „zementiert“ wurde sie erst 1935 durch die erste Fassung des Energiewirtschaftsgesetzes (Ortwein, 1996, S. 77ff.). Noch stärker als in Großbritannien bescherte uns diese Ordnung ein in der Welt sonst nirgends erreichtes Niveau an Versorgungssicherheit, allerdings zu entsprechend hohen Kosten.

Mit der Gesetzesnovelle von 1998 sollte sich die in über sechzig Jahren nicht in Frage gestellte Ordnung schlagartig verändern. In Ausführung einer entsprechenden Richtlinie der Europäischen Union liberalisierte der Gesetzgeber diesen nicht ohne weiteres zu liberalisierenden Bereich der Daseinsvorsorge; allerdings nicht graduell (wie es die Richtlinie durchaus als Option vorgab), sondern sofort und umfassend (Kumkar, 2000, S. 407ff.). Das britische Modell war ausgeschlossen, denn dazu hätten zunächst die Netzeigentümer enteignet und auf den Bereich der Stromproduktion beschränkt werden

müssen, ein nicht zuletzt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten praktisch nicht gangbarer Weg. Möglich wäre allenfalls die freiwillige Gründung einer deutschen „Netz AG“ gewesen, in welche alle Netzbetreiber ihre Leitungsnetze einbringen und entsprechende Anteile an der Gesellschaft erhalten. Auch dazu kam es nicht. Stattdessen wählte der Gesetzgeber einen Ansatz, der die gegebenen Eigentumsverhältnisse beließ und lediglich die Netznutzung zur Durchleitung für Dritte – alternativ und lediglich für einen befristeten Zeitraum auch das so genannte Alleinabnehmer-Modell – vorsieht.

Um einem unfairen, diskriminierenden Umgang mit dieser Norm keinen Vorschub zu leisten, verlangte der Gesetzgeber nun die funktionelle, d.h. zumindest buchhalterische, Entflechtung der verschiedenen Funktionen (Verteilung, Transport und Erzeugung). Insgesamt sollte damit jedem Anbieter die Möglichkeit eröffnet werden, den gewerblichen oder privaten Endverbraucher mit seiner Stromlieferung auch zu erreichen. Die oben erwähnten Verträge zwischen den verschiedenen Versorgungs- und Verteilungsunternehmen waren im Zuge der Gesetzesreform hinfällig geworden (bzw. unterliegen nun erstmals dem allgemeinen Kartellverbot des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), wengleich es hierzu erst noch einiger klärender Rechtsprechung bedurfte.

Im Unterschied zu Großbritannien änderte sich in Deutschland also zunächst nichts an der Marktstruktur; dafür wurden die Spielregeln aber *in uno actu* für alle Marktteilnehmer neu gefasst und Wettbewerb eingeführt. Dieser Ansatz setzt darauf, dass die Marktanbieter, die es im Wesentlichen bereits gibt und die nicht erst durch einen staatlichen „Zerschlagungsakt“ wie in Großbritannien geschaffen werden müssen, das neue Regelwerk annehmen und Wettbewerb unter sich zulassen. Der Staat vertraut zunächst darauf, dass die beteiligten Unternehmen unter Mithilfe ihrer Verbände zur Einigung im Hinblick auf die Vielzahl der sich neu stellenden Einzelfragen kommen (Kumkar, 2000, S. 414), angefangen mit den Netznutzungsentgelten, bis hin zu originär technischen Problemen. Erst wo Einigung nicht möglich ist bzw. das Verhalten einzelner, etwa durch unangemessene Durchleitungspreise, den Wettbewerb faktisch unmöglich macht, greift der Staat mit den bekannten und erprobten Instrumenten des Wettbewerbsrechts, insbesondere der Missbrauchsaufsicht, ein. Zuständig hierfür sind die Kartellbehörden auf Bundes- und Landesebene. Erwähnenswert ist auch, dass die Novelle den Bundeswirtschaftsminister ermächtigt, eine Verordnung für die Ausgestaltung der Netznutzungsrechte zu erlassen (Kumkar, 2000, S. 414); das Ministerium hat bis dato allerdings deutlich erkennen lassen, dass es nicht gewillt ist, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen. Es ist hier des Weiteren zu vermerken, dass der Staat sich keineswegs nur auf die Sicherstellung von hinreichendem Wettbewerb auf dem Strommarkt zurückgezogen hat. Nach wie vor sind die Stromversorger dazu ver-

pflichtet, ihren so genannten Tarifikunden einen Pflichttarif anzubieten. Zwar wurde vereinzelt das Ende der Tarifikunden bzw. der Preisaufsicht durch die Landeswirtschaftsministerien prophezeit (Schulte Janson, 1999, S. 74), bisher ist diese Staatsaufgabe aber noch nicht verschwunden. Angesichts der seit Mitte / Ende 2000 tendenziell wieder ansteigenden Strompreise muss eine solche Prognose wohl eher kritisch gesehen werden.

Bereits aus diesem kurzen Überblick wird deutlich, dass aufgrund strukturell unterschiedlicher Ausgangslagen in Deutschland und Großbritannien entsprechend grundverschiedene Wege zur Öffnung und Neuordnung der Strommärkte gegangen werden mussten. Eine Privatisierung wie in Großbritannien war in Deutschland weder möglich noch nötig, denn es gab nie ein staatliches Monopol. Daher war auch die Umsetzung des Gröner-Modells in Deutschland ausgeschlossen. Dass dies aber nicht notwendigerweise den Verzicht auf eine Regulierungsbehörde mit einschließt, zeigt sich, wenn man andere netzgebundene und nicht-netzgebundene Sektoren in Deutschland (und Großbritannien) betrachtet, die durchaus von einer Aufsichtsbehörde reguliert werden: die Telekommunikation (RegTP); die Eisenbahn (Eisenbahnbundesamt); die Bankwirtschaft (BAKred); der Rundfunk (LMAs) und viele weitere. Zwar steht zu vermuten, dass der „Regulierer-freie“ Zustand der Stromwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland keinen Bestand haben wird, wenn alle anderen Mitgliedstaaten der EU einen solchen Regulierer einrichten. Doch bleibt zunächst einmal festzuhalten, dass die Öffnung des Elektrizitätssektors für Wettbewerb auf völlig verschiedenen Wegen erzielbar ist. Denn dass es sowohl in Großbritannien als auch in Deutschland zunächst zu einem Preisverfall kam, mag als Zeichen dafür gewertet werden, dass in beiden Ländern der Wettbewerb durchaus erfolgreich Einzug halten konnte.

Und dennoch: Muss man vermuten, die Reform der deutschen Elektrizitätswirtschaft sei eigentlich auf halber Strecke liegen geblieben? Kein Regulierer kümmert sich um eine landesweite, einheitliche Rechtspraxis, man überlässt es ggf. neu in den Markt kommenden Unternehmen, sich mit den Netzbetreibern um Zugangsrechte bzw. -entgelte zu streiten und ist nur bereit, auf dem Wege der Wettbewerbskontrolle *ex post* diese auch durchzusetzen. Schließlich fällt auf, der Gesetzgeber scheute sich offenbar davor, im neuen Energiewirtschaftsrecht eine ebenso klare Sprache zu verwenden wie etwa im zwei Jahre zuvor in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetz (Ehmer, 1998). Die Folge davon war nicht nur eine, zumindest anfänglich nicht überall einheitliche Anwendungspraxis des Gesetzes durch die Länder, sondern auch erhöhter Klärungsbedarf vor den Gerichten. Insgesamt finden sich zahlreiche kritische Stimmen, die dem Gesetzgeber kein gutes Arbeitszeugnis ausstellen (zum Beispiel Kumkar, 2000, S. 412ff.; Franke, 1999; Börner, 1998).

Es ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber zwar die Liberalisierung, nicht aber die Auseinandersetzung mit den Interessen der eingesessenen Elektrizitätswirtschaft wollte. Freilich erkannten viele der überregionalen und regionalen Versorgungsunternehmen die Chancen, die ihnen der Wettbewerb bietet. Andere, insbesondere die lokalen Verteiler (d.h. vor allem die Stadtwerke) befürchteten, einem ungebremsen Wettbewerb um Kunden nicht gewachsen zu sein. Der Gesetzgeber trug dem in zweierlei Hinsicht Rechnung. Einerseits vermied er es, das Regelungsziel des Gesetzes, nämlich die Einführung von Wettbewerb, ebenso konsequent im Normgehalt des Energiewirtschaftsgesetzes erkennen zu lassen wie zuvor im Telekommunikationsgesetz. Andererseits eröffnete er mit dem erwähnten „Alleinabnehmer-Modell“ (das auf europäischer Ebene als *single-buyer*-Modell etwa von Frankreich zur vorläufigen Rettung seines staatlichen Stromkonzerns Electricité de France (EdF) eingesetzt wurde) insbesondere den Stadtwerken eine zusätzliche Option zur, wenn man so will, unternehmensvertraglichen „Absorption“ des einsetzenden Wettbewerbs. Dieses Modell blieb in der Bundesrepublik für die Praxis eher bedeutungslos.

Die Arbeit der Aufsichts- und Kartellbehörden sowie die Rechtsprechung der Gerichte zeigten in den folgenden Jahren zudem, dass viele Befürchtungen unbegründet waren. Einerseits ist das „Stadtwerke-Sterben“ ausgeblieben; im Gegenteil, durch mitunter überhöhte Netznutzungsentgelte für die Stromproduzenten, die ihren Endabnehmer über das Netz eines Stadtwerks erreichen müssen, gehören die Stadtwerke bisher zu den Gewinnern der Reform. Solange sie ihre Netze behalten und ihre Kosten im Wesentlichen auf den Netzbetrieb zurückzuführen sind (für Stromproduzenten sind sie traditionell sowieso eher von marginaler Bedeutung), werden uns die Stadtwerke wohl auch in Zukunft erhalten bleiben (vgl. auch Schulte Janson, 1999, S. 68). Andererseits hat der *Ad-hoc*-Ansatz der sofortigen Einführung des Wettbewerbs für alle Kundensegmente insgesamt durchaus gegriffen. Besonders gut sieht es hier für die großen Industriekunden aus; die privaten Haushalte haben nicht in gleichem Maße von der Reform profitiert – wobei die mangelnde Bereitschaft vieler Haushalte, den Anbieter zu wechseln, ein Übriges tut. Der Markt selbst hat in Deutschland eine Vielzahl von neuen Anbietern hervorgebracht. Diese fungieren allerdings im Wesentlichen als Händler, die oft als Töchter eingesessener deutscher Elektrizitätsversorger oder ausländischer Stromkonzerne lediglich Strom vertreiben, ohne selbst aber in neue Kapazitäten in Deutschland zu investieren. Das unterscheidet den Elektrizitätsmarkt sicherlich erheblich von den Entwicklungen etwa auf dem Telekommunikationssektor. Angesichts eines stark gesunkenen Strompreises, der mitunter unterhalb der langfristigen Produktionskosten liegt, und einer, nicht zuletzt aufgrund des nunmehr vollständig

verfügbaren, ausländischen Angebots erheblichen Ausdehnung des Kapazitätszugriffs, sind in Deutschland Investitionen in neue Kapazitäten fast zum Stillstand gekommen.

Schließlich bleibt zu erwähnen, dass von der geschätzten Kostenentlastung in Höhe von 15 Mrd. DM für Industrie und private Haushalte aufgrund gesunkener Strompreise lediglich etwa 2 Mrd. DM übriggeblieben sind, da der Bundesfinanzminister über verschiedene neue Steuern und Abgaben etwa 13 Mrd. DM abgeschöpft hat.

Aus der Neuordnung der Strommärkte in Deutschland und Großbritannien lässt sich vor allem aber eine zentrale Schlussfolgerung für das jeweilige Verständnis des Verhältnisses von Staat und Markt und damit der öffentlichen Daseinsvorsorge ableiten. Zwar erfolgte die Marktliberalisierung in Deutschland erst erheblich nach der Marktreform in Großbritannien. Doch während letztere die Strategie einer graduellen Einführung des Wettbewerbs verfolgte, entschied sich der Gesetzgeber in Deutschland 1998 für die sofortige Liberalisierung – auch wenn man über die Qualität des Energiewirtschaftsgesetzes im Einzelnen debattieren kann. Mehr noch: In Großbritannien wurde ein eigenständiges Instrumentarium für die Ausgestaltung der neuen Ordnung der Elektrizitätswirtschaft geschaffen, insbesondere ein aus dem Regierungssystem teilweise ausgegliederter Regulierer. Demgegenüber arbeiten die in Deutschland für die energierechtliche und kartellrechtliche Marktaufsicht zuständigen Behörden, vor allem Kartellämter und Landeswirtschaftsministerien, in erster Linie mit den bekannten Mitteln des Wettbewerbsrechts. Insbesondere erfolgt die Aufsicht und ggf. Korrektur von wettbewerbsfeindlichem Verhalten in Deutschland grundsätzlich *ex post*, während es das Ziel des britischen Regulierers gerade auch in der Anfangsphase war, *ex ante* Bedingungen zu schaffen, die ein wettbewerbskonformes Verhalten der Marktteilnehmer garantieren. Das legt den Schluss nahe, dass der deutsche Ansatz, stärker als der britische, vom „Endzustand“ eines funktionierenden Wettbewerbsmarktes her gedacht ist. Nur so ist es zu erklären, dass bislang das Fehlen einer Sonderbehörde zur Regulierung des Strommarkts in Deutschland allgemein nicht als Defizit empfunden wird.

3. Das Regulierungsmodell: Telekommunikation

Ganz anders verlief die Liberalisierung der Telekommunikation sowohl in Deutschland als auch in Großbritannien. Zwar war es wieder Großbritannien, das mit der beginnenden Privatisierung von British Telecom (BT) sowie der Zulassung eines weiteren Wettbewerbers Anfang der achtziger Jahre im Vergleich zu Deutschland den ersten Schritt hin zur Öffnung des Fernmeldewesens ging. Doch blieb dieser Schritt nur begrenzt

erfolgreich. Der Marktneuling Mercury erreichte in zehn Jahren Wettbewerb mit BT nur einen Marktanteil von etwa 10 Prozent. Erst in den neunziger Jahren griff in Großbritannien der Wettbewerb richtig. Deutlich wird hier, dass auch in Großbritannien die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Markt bzw. der Umbau der staatlichen Daseinsvorsorge nicht nach einem nationalen Modell vollzogen wurde, sondern den Besonderheiten der jeweiligen Sektoren unterlag (siehe auch Hall et al., 2000).

Warum begann das „Regulierungsexperiment“ in Großbritannien ausgerechnet mit dem Fernmeldewesen? Die Regierung Thatcher verfolgte zwar, wie erwähnt, ein massives Privatisierungsprogramm, doch über die Aufgabe der staatlich kontrollierten Daseinsvorsorge bestand keineswegs von Anfang an Klarheit. Beobachter der Entwicklungen in Großbritannien leugnen daher auch die Existenz eines *blueprints* der Reformen; vielmehr muss der fortschreitende Einzug des Wettbewerbs in bis dato nicht-wettbewerblich verfasste Wirtschaftsbereiche wohl eher als Ausfluss eines historischen Lernprozesses verstanden werden, der an vielen Punkten auch einen anderen Weg hätte einschlagen können. Das Fernmeldewesen hatte sich jedenfalls insofern als ein für das „Regulierungsexperiment“ eher geeignetes Feld angeboten, als der Telekommunikation Anfang der achtziger Jahre nicht der gleiche Stellenwert zukam wie heute im Zeitalter der Informationstechnologie. Das Risiko zu scheitern, war zwar gegeben; aber ein Scheitern im Telekommunikationsbereich wäre einerseits politisch sicherlich eher zu verkraften gewesen als ein Fehlschlag etwa bei der Strom- oder Wasserwirtschaft, andererseits bot das zunächst gewählte Regelwerk (mit einem von der British Telecom dominierten Duopol) hinreichend Gewähr dafür, dass die Versorgungssicherheit nicht insgesamt in Frage stand.

Bei aller Unterschiedlichkeit von Strom- und Telekommunikationswirtschaft, die Regulierung dieser Sektoren innerhalb Großbritanniens weist insbesondere drei Gemeinsamkeiten auf. Erstens, Ausgangs- und Mittelpunkt der jeweiligen Reform war die Privatisierung der öffentlichen Unternehmen, wenngleich aus einer Reihe unterschiedlicher Motive. Regulierung war insofern ein notwendiges Korrelat der Privatisierungspolitik, um im Sinne der Daseinsvorsorge in den nunmehr privatisierten Versorgungsbereichen Telekommunikation, Strom, Wasser, Gas etc. weiterhin das öffentliche Interesse bestimmen und wahrnehmen zu können.

Zweitens, die Liberalisierung der Sektoren schritt graduell voran; Markt und Wettbewerb wurden nicht über Nacht eingeführt, sondern bildeten sich langsam heraus, wobei immer weitere Segmente (sowohl von Produkten und Dienstleistungen als auch von Abnehmern) dem Wettbewerb ausgesetzt wurden. Im Telekommunikationssektor

steht etwa das so genannte *unbundling des local loop*, also die effektive Liberalisierung des örtlichen Telekommunikationsmarktes, auch erst seit 1998/99 auf der Tagesordnung des Regulierers. In gewisser Weise ist Großbritannien hier sogar hinter den Status quo der deutschen Telekommunikationsregulierung zurückgefallen (Fox, 2001, S. 116).

Drittens schließlich lässt sich über die Sektoren hinweg eine gewisse Konsolidierung im Hinblick auf die Wahl der institutionellen Strukturen, einschließlich der zum Einsatz kommenden Instrumente, erkennen. Die Regulierungsbehörden gleichen sich in Aufbau und Arbeitsweise im Wesentlichen, auch wenn nach der Errichtung von OFGEM das Direktoren-Modell modifiziert wurde. Nach wie vor ist Regulierung in Großbritannien stark personalisiert. Darüber hinaus haben sich die Aufsichtsinstrumente angeglichen, wenngleich sie, je nach persönlicher Ausrichtung des *Director General* der jeweiligen Regulierungsbehörde, unterschiedlich zum Einsatz kommen. Hier zeigt sich auch ein weiteres, allgemeines Charakteristikum britischer Wirtschaftsaufsicht: ein hohes Maß an diskretionären Spielräumen und das traditionelle Fehlen dezidierter, rechtlicher Vorgaben. Dementsprechend ist die Rolle der Gerichte grundsätzlich eng auf formelle, prozedurale Aspekte der Überprüfung hoheitlicher Akte beschränkt. Letztlich fehlt in Großbritannien eine dem kontinentaleuropäischen Verständnis von „Öffentlichem Recht“ vergleichbare Lehre; die jeweiligen Vorstellungen von Rechtsstaat in Deutschland und *rule of law* in Großbritannien sind substantiell verschieden. Zumindest fällt ihnen in der Verwaltungspraxis eine höchst unterschiedliche Rolle zu.

Die Neuordnung des Fernmeldewesens in Deutschland vollzog sich ebenso wie in Großbritannien nicht über Nacht. Vielmehr steht das insgesamt sehr erfolgreiche und weithin gelobte Telekommunikationsgesetz von 1996 am Ende einer dreistufigen Postreform. Nach einer Trennung der drei Bereiche Telekommunikation, Postdienst und Bank innerhalb der damaligen Deutschen Bundespost 1989, ergab sich nicht zuletzt aufgrund der Wiedervereinigung und des enormen Investitionsbedarfs in den neuen Ländern die Notwendigkeit, die DBP Telekom sowohl finanziell hinreichend solide auszustatten, als auch für den internationalen Wettbewerb tauglich zu machen. So erfolgte 1994 die Umwandlung der Deutschen Bundespost, bis dahin Sondervermögen des Bundes, in drei selbständige, privatrechtlich geführte Unternehmen (ausführlich Jäger, 1994). Anteile der aus dieser Formalprivatisierung entstandenen Deutschen Telekom AG (DTAG) wurden zum Teil an die Börse gebracht; allerdings hält der Bund nach wie vor über 60 Prozent der Aktien.

Die Liberalisierung der verschiedenen Märkte des Telekommunikationssektors, insbesondere der Bereiche Endgeräte, Mobilfunk, Sprach- und Datenübermittlung sowie Netze, erfolgte in Deutschland, ebenso wie in praktisch allen OECD-Ländern, stufenweise, beginnend mit den Endgeräten. Bereits zu Beginn der neunziger Jahre kam der Mobilfunk hinzu; seit 1996 bzw. 1998 sind sämtliche Teilmärkte liberalisiert. Im Unterschied etwa zur Elektrizitätswirtschaft setzte auf den Telekommunikationsmärkten eine geradezu hektische Investitionstätigkeit auf der Anbieterseite ein. Dabei zeigte sich, dass entgegen der allgemeinen Erwartung zuvor nun die Marktneulinge vor allem am Bau zusätzlicher Netzkapazitäten interessiert waren. Die Telekommunikation hat so einmal mehr den Beweis dafür erbracht, dass die Eigenschaft eines „natürlichen Monopols“, entgegen dem intuitiven Verständnis des Begriffs, eben keine dauerhafte sein muss. Je nach technologischem Fortschritt und Nachfrageverhalten der Leistungsbezieher wird man sie immer wieder einer kritischen Begutachtung unterziehen müssen.

In institutioneller Hinsicht entschied sich der Gesetzgeber in Deutschland für das Modell, das Großbritannien und auch die Vereinigten Staaten von Amerika bereits vorgelegt hatten: eine unabhängige Regulierungsbehörde. Mehr noch: Zum ersten Mal fand der Begriff „Regulierung“ Eingang in ein deutsches Gesetz sowie den Namen einer Aufsichtsbehörde. Allein dieser Umstand lässt erahnen, in welchem Maße die Neuordnung der Telekommunikation in Deutschland durch das TKG 1996 von den Einflüssen aus anderen Ländern, insbesondere der USA und Großbritanniens, geprägt ist. Zwar weicht die organisatorische Verfassung der „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ (RegTP) sowohl vom britischen Direktoren-Modell als auch vom amerikanischen Kommissions-Modell ab. Doch Zuständigkeiten und Aufgabengebiete, samt zugehöriger Instrumente, sind im Wesentlichen identisch. Begriffe, wie *price cap*, wurden erst gar nicht übersetzt, sondern tauchen als Lehnworte ohne weiteren Kommentar im deutschen Rechtstext auf. Und das vorher unbekannte Mittel der Auktion von Lizenzen, zuletzt genutzt im Sommer 2000 bei der Versteigerung der UMTS-Lizenzen, ist ein weiterer Beleg für die offensichtliche normative Kraft des britisch-amerikanischen Regulierungsansatzes.

In diesem Zusammenhang ist die Übernahme der so genannten *essential facilities*-Doktrin (also des Rechts auf Zugang zu wesentlichen Einrichtungen) aus dem amerikanischen Aufsichts- bzw. Kartellrecht besonders bemerkenswert. Diese Doktrin fand Eingang in das Regelwerk nicht nur der Telekommunikation, sondern auch der Elektrizitätswirtschaft. Im Hinblick auf den letztgenannten Sektor ist sie bereits im europäischen Kartellrecht rezipiert worden (Börner, 1998, 19 ff.) und gelangte von dort auch in das nationale Recht. Es ist dies, wie die einschlägige Fachliteratur berichtet

(ausführlich Börner, 1998), eine Merkwürdigkeit besonderer Art, denn weder ist diese Rechtsfigur im Energierecht ein systemkonformes Instrument, noch scheint der Gesetzgeber die originäre Funktion der Doktrin wirklich verstanden zu haben. Es handelt sich insofern um einen Beispielsfall von „symbolischem Lernen“ aus ausländischen Rechtssystemen, das materiell wohl als wenig geglückt bezeichnet werden muss.

Darüber hinaus gilt sowieso: Es gibt keine sektoralen Aufsichtsregime, die das gesamte Regelwerk anderswo einfach nur „kopieren“. Denn im Hinblick auf andere Regelungsaspekte als die erwähnten weichen die Ansätze zur Regulierung der Telekommunikation, trotz grundsätzlicher Übereinstimmung zwischen dem britischen und dem deutschen Ansatz, voneinander ab. Beispielhaft sei hier nur auf die Vorschriften zur Sicherstellung des so genannten „Universaldienstes“ hingewiesen, ein Bereich, dem, vom Blickwinkel der Daseinsvorsorge aus betrachtet, besondere Bedeutung zukommt. Hier ist das deutsche System weltweit einzigartig und folgt keinem der sonst üblichen Ansätze. Dass es aber einmal zum Einsatz kommen könnte, ist aufgrund der nach wie vor hervorragenden, infrastrukturellen Gegebenheiten in Deutschland eher fraglich, und angesichts zahlreicher Kritikpunkte am deutschen Sonderweg in der Universaldienstesicherung (Geppert et al., 1998) wohl auch zu hoffen.

Welche Schlussfolgerungen sind aus dem Vergleich an dieser Stelle zu ziehen? Während die Ausgestaltung der Telekommunikationssektoren in Deutschland und Großbritannien ein hohes Maß an Konvergenz aufweisen, kommt ihnen in den jeweiligen Ländern selbst ein unterschiedlicher Stellenwert zu. Großbritannien zeigt heute im Bereich der Versorgungswirtschaft insgesamt ein eher kohärentes Bild. Es gibt sektorale, relativ unabhängige, stark auf die Person des jeweiligen Direktors ausgerichtete Regulierungsbehörden mit gleichen oder artverwandten Aufsichtsinstrumenten. Demgegenüber zeigt die Regulierungspraxis in der deutschen Versorgungswirtschaft, insbesondere beim Vergleich von Telekommunikation und Strommarkt, ein differenzierteres Bild. Im einen Fall ist Deutschland den „angelsächsischen“ Weg einer Regulierungsbehörde gegangen, im anderen nicht. In der Telekommunikation setzt man auf die britischen Instrumente, wie etwa *price cap*-Regulierung oder Versteigerung von Lizenzen, in der Stromwirtschaft hingegen nicht. Das beachtliche Maß an Konvergenz innerhalb Großbritanniens ist sicherlich auch dadurch zu erklären, dass es dort bereits vor der Liberalisierung in etwa gleiche Voraussetzungen in allen Sektoren der Daseinsvorsorge gab, nämlich die Aufgabenwahrnehmung durch den Staat selbst.

4. Globalisierung ohne Entstaatlichung: die Finanzwirtschaft

Die Analyse eines dritten Sektors außerhalb der Versorgungswirtschaft, nämlich der Finanzwirtschaft, macht erst recht deutlich, wie wenig überzeugend die These ist, dass sich das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in Großbritannien und Deutschland in einem umfassenden Sinne und sektorenübergreifend angleicht.

Die Bankwirtschaft, ein wesentlicher Teil des Finanzwesens, war und ist sowohl in Deutschland als auch in Großbritannien kein von einem oder mehreren staatlichen Unternehmen geprägter Sektor. Vielmehr haben wir es mit einer signifikanten Zahl auch privater Banken zu tun, die schon lange einer staatlichen Aufsicht unterliegen. Das gilt für beide Länder. Die Rechtfertigung für staatliche Regulierung ist dabei zwar von denjenigen für die so genannten netzgebundenen Industrien verschieden. Doch in beiden Bereichen hat Regulierung etwas mit der Möglichkeit von Marktversagen zu tun. Während es in der Versorgungswirtschaft in der Regel um das Problem des natürlichen Monopols geht, besteht in der Bankwirtschaft die Gefahr negativer Externalitäten. Das heißt, der Zusammenbruch eines Unternehmens kann Rückwirkungen auf das Vertrauen aller in die heimische Bankwirtschaft haben und ggf. die Stabilität des Bankensystems als solche gefährden. Insofern ist ein hochgradig riskantes Finanzmanagement in einem Bankhaus mit Gefahren für alle Mitbewerber behaftet.

Die britische Bankenaufsicht war traditionell Aufgabe der Bank of England, also der Notenbank. Die „Inspektoren“ der Notenbank pflegten enge und vertrauensvolle Kontakte zu den Geschäftsbanken, eine Praxis, die dem Aufsichtsstil britischer Behörden insgesamt sehr entspricht (siehe hierzu auch Kagan, 1994). Das Verfahren einer von festgeschriebenen, transparenten Regeln eher befreiten und wiederum stark auf persönlichen Beziehungen und Kontakten basierenden Aufsicht bildete sich wohl nicht zuletzt deshalb heraus, weil die „Klientel“ der Bankenaufsicht im Wesentlichen vor Ort, das heißt in London, sitzt. Hier zeigt sich einmal mehr, dass die Marktstruktur für die Herausbildung institutioneller und eben auch instrumenteller Besonderheiten im Regulierungsansatz eine entscheidende Bedeutung besitzt.

Demgegenüber liegt die Bankenaufsicht in Deutschland seit 1961 in der Zuständigkeit des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen. Zuvor waren es die zuständigen Landesministerien in Zusammenarbeit mit den Landeszentralbanken, die über die Einhaltung bestimmter, gesetzlich vorgegebener Kriterien etwa zur Eigenkapitalausstattung oder Fristenkongruenz einzelner Aktiva und Passiva zu wachen hatten. Nach einer heftigen Auseinandersetzung, die, wie in Deutschland nicht ungewöhnlich,

letztlich gerichtlich entschieden wurde, fand sich mit einer in Berlin ansässigen Bundesaufsicht über die Kreditwirtschaft eine gleichwohl nicht unbedingt zentralistische Lösung. Das Amt begann 1961 seine Arbeit mit einer Handvoll Mitarbeitern, weniger als 100, um etwa 9.000 Banken zu dieser Zeit zu beaufsichtigen. Das war nur möglich, weil wesentliche Aufsichtsfunktionen delegiert wurden. Einerseits substituiert die Bundesbank für die fehlende Infrastruktur des Bundesaufsichtsamtes durch ihr Filialnetz. Sie leistet insbesondere technische Unterstützung bei der Erhebung des notwendigen Datenmaterials, ist aber gleichzeitig auch materiell bei grundsätzlichen Fragen der Aufsicht beteiligt. Andererseits kommt den Wirtschaftsprüfern bzw. Prüfverbänden der Sparkassen und Genossenschaftsbanken eine erhebliche Bedeutung zu. Sie prüfen regelmäßig nicht nur nach den allgemeinen Bilanzierungsvorschriften, sondern berücksichtigen gleichermaßen die bankaufsichtsrechtlich einschlägigen Regelungen. In gewisser Weise erledigen sie in erheblichem Umfang die Aufgaben, die in anderen Ländern von Bankinspektoren erledigt werden. Ein solches Verfahren wäre unmöglich, wäre die Bankaufsicht in Deutschland in ähnlichem Maße auf das persönliche Vertrauensverhältnis von Regulierer und Regulierten aufgebaut wie in Großbritannien. Stattdessen gehören traditionell stark formalisierte und quantifizierte Regeln zu den Charakteristika des deutschen Ansatzes. Die Vorgaben an die Kreditinstitute sind traditionell eher rigide und für alle beaufsichtigten Banken gleich. Spielräume für institutsbezogene Einzelregelungen sind hier eher systemfremd.

Mit der Einrichtung der Financial Services Authority (FSA) ist die britische Notenbank zwar nicht aus der Bankenaufsicht völlig verschwunden; doch das „diskretionäre“ Element ist in der Aufsichtspraxis in Großbritannien auf dem Rückzug. Stärker als in der Vergangenheit setzt der britische Ansatz nun auf extern nachvollziehbare Aufsichtsverfahren (MacNeil, 1999). Das Ziel größerer Transparenz ist fraglos, dass nunmehr die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung befördert wird, eine Grundanforderung des europäischen Binnenmarktes. Im Unterschied dazu steuert die deutsche Bankenaufsicht gerade den umgekehrten Kurs: Hier bemerken wir nämlich einen relativen Bedeutungsverlust der rigiden, detaillierten und vor allem stark quantifizierten Kriterien und stattdessen die Implementierung flexiblerer und mit größeren Entscheidungsspielräumen für die aufsichtsführenden Organe ausgestatteter Regeln. Hier bringt der Wandel im Ansatz zwangsläufig auch einen erhöhten Personalbedarf mit sich, denn das überkommene Delegieren wichtiger Aufsichtsfunktionen an die Wirtschaftsprüfer und Prüfverbände ist angesichts neu gewonnener Entscheidungsspielräume nicht mehr ohne weiteres zu rechtfertigen.

Was sind die Ursachen dafür, dass trotz Globalisierung und des Zusammenwachsens der Finanzmärkte dieser Welt die Entwicklung der zum Einsatz kommenden Regulierungsinstrumente in Deutschland und Großbritannien offenkundig in entgegengesetzten Richtungen verläuft? Mehr noch: Müssten wir angesichts der *race-to-the-bottom*-Hypothese, die von einem tendenziellen Verschwinden hochgradig regulierender Regime auf nationalstaatlicher Ebene ausgeht und die Herausbildung einer global implementierten, „regulierungsarmen“ Minimalaufsicht vermutet, nicht vielmehr erwarten, dass nun alle Länder eine einzige und überall gleichlaufende Entwicklung hin zur Abschaffung von Regulierung nehmen?

Die scheinbar entgegengesetzt laufende Entwicklung der Regulierungsansätze in Deutschland und Großbritannien erklärt sich aus der Tatsache, dass beide Länder, von völlig verschiedenen Ausgangssituationen kommend, nun auf ein gemeinsames Aufsichtsmodell zusteuern. Dieses Modell, das sich durch einige wesentliche Grundprinzipien umreißen lässt, wird im Wesentlichen im so genannten Baseler Ausschuss formuliert, der seit Mitte der siebziger Jahre die Bankaufsichtsbehörden wichtiger Industrieländer zusammenbringt und sich um die Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung nationalstaatlicher Regelungen bemüht. Mit dem für Herbst 2001 zur Annahme erwarteten so genannten Baseler Akkord II wird dieses „Modell“ eine neue Qualität erreichen und nicht zuletzt für die deutsche Bankenaufsicht wohl ein neues Zeitalter einläuten.

Ein Blick auf die Grundprinzipien, die im Baseler Prozess als gemeinsame Grundlage der Bankenaufsicht vereinbart wurden, zeigt, dass die Erwartung eines tendenziellen Verschwindens nationalstaatlicher Regulierung in der stark internationalisierten Finanzwirtschaft enttäuscht werden muss. Schon in den ersten Beschlüssen des Baseler Ausschusses bis Ende der achtziger Jahre wurde nie die Legitimität, Nützlichkeit und Notwendigkeit staatlicher Regulierung angezweifelt. Freilich zielen die Vertreter der nationalen Bankenaufsicht in Basel auch darauf, die Wettbewerbsfähigkeit „ihrer“ Institute nicht zu gefährden. Doch hat dies eben gerade nicht zu einem *race to the bottom* geführt, sondern mündete vielmehr in einen Ansatz, der nun erhöhte Individualisierung und Flexibilisierung des Risikomanagements in den Kreditinstituten mit größtmöglicher Transparenz zu verbinden sucht. In gewisser Weise verbindet Basel damit bewährte Elemente sowohl des angelsächsischen wie des deutschen Aufsichtsmodells; doch im Einzelnen betrachtet zeigt sich, dass es sich gerade nicht um einen Formelkompromiss, sondern um etwas Neues handelt.

Etwas überspitzt formuliert kann man die herausragende Bedeutung des Baseler Prozesses für die Herausbildung eines länderübergreifenden Aufsichtsregimes, das dennoch in der Hand der nationalen Aufsichtsbehörden verbleibt, auch als Ausdruck einer „Entpolitisierung“ der Regulierung der Bankwirtschaft begreifen. Nationale Notenbanken und Aufsichtsbehörden haben dort praktisch vollständige Kontrolle über eine Materie erlangt, die dem Zugriff der übergeordneten Finanzminister zwar nicht formal, dennoch aber substantiell größtenteils entzogen ist. Damit ist die Formulierung nationaler Positionen zwar nicht unmöglich geworden; sie beschränkt sich aber weitgehend auf Fragen der Wettbewerbsverzerrung durch bestimmte Grundsatzentscheidungen und reicht längst nicht mehr bis zu Einzelfragen. Das hat fraglos zur Rationalisierung der Baseler Verhandlungen beigetragen und den Baseler Prozess möglicherweise so gestärkt. Die Auswirkung der Reform der Bankenaufsicht durch den Baseler Prozess steht den enormen aufsichtsrechtlichen Veränderungen der Bereiche Telekommunikation und Elektrizitätswirtschaft in Qualität und Umfang sicherlich in nichts nach. Aber es handelt sich hier um eine „stille Revolution“, die schon seit Jahren auf dem Weg ist und von der Öffentlichkeit höchstens am Rande zur Kenntnis genommen wird. Auch zielt sie auf eine Stärkung der Handlungsspielräume der Anbieter; aber um eine „Liberalisierung“ eines vormals nicht-wettbewerblich funktionierenden Wirtschaftszweiges, vergleichbar den beiden anderen Sektoren, handelt es sich nicht.

Welche Schlussfolgerungen sind für das Verhältnis von Staat und Markt aus der Analyse der strukturellen Anpassung der Bankenaufsicht zu ziehen? In der Tat scheint sich hier ein stark international ausgerichtetes Regime zu entwickeln, das die nationalen Regulierungsbehörden, seien es Notenbanken oder mehr oder weniger unabhängige Aufsichtsämter auf nationaler oder regionaler Ebene, mit einem grob betrachtet „einheitlichen“ Instrumentarium ausstattet (siehe auch Moran, 1991). Insofern sieht es hier am ehesten so aus, als hätte die Globalisierung nationale Souveränität in der Gestaltung staatlichen Zu- und Eingriffs auf bestimmte Wirtschaftsbereiche verdrängt. Eine solche Abstrahierung missachtet jedoch drei Umstände. Erstens, die Ergebnisse des Baseler Prozesses sind keineswegs identisch mit den Prinzipien des angelsächsischen Modells. Das Ergebnis liegt vielmehr jenseits aller nationalen Traditionen und verbindet allenfalls Elemente dieser Traditionen mit einem neuen Verständnis von Bankenaufsicht. Insofern kann man hier auch nicht von einer Übernahme britischer Positionen oder gar eines vermeintlichen Modells des „angelsächsischen Kapitalismus“ sprechen.

Zweitens, durch Basel wird Regulierung in der Finanzwirtschaft nicht „minimalistisch“, und die Nationalstaaten verlieren auch nicht ihre Rolle in der Bankenaufsicht. Gerade der Baseler Akkord II nimmt hierauf, und auf die damit zusammenhängenden unterschiedlichen Marktstrukturen der vertretenen Länder, mit dem Angebot verschiedener Optionen Rücksicht. Das führt zur dritten Bemerkung: Das Regulierungsinstrumentarium hat sich qualitativ stark gewandelt. Es verlagert den Schwerpunkt staatlicher Aktivität auf den so genannten *supervisory review process* und weist den Regulierten so neue Aufgaben zur eigenständigen Gestaltung und Verantwortung etwa des Risikomanagements zu. Das ist keineswegs mit „Deregulierung“ zu verwechseln, denn die Rolle des Staates wandert lediglich auf eine andere Ebene, nämlich der Kontrolle individuell entwickelter, institutsbezogener Modelle der Selbstkontrolle und des Selbstschutzes. Regulierung wird in gewisser Weise zu einer „Regulierung zweiter Ordnung“.

5. Die Zukunft der öffentlichen Daseinsvorsorge: jenseits der Liberalisierungseuphorie

Wir haben unseren Streifzug durch die Regulierungslandschaft mit der Beobachtung begonnen, dass die Entwicklungen der vergangenen Jahrzehnte trotz ihrer unterschiedlichen Schwerpunkte und teilweise massiven Differenzen im Einzelnen doch zumindest gemeinsam haben, dass sie die Spielräume der Privaten erweitert haben. Gegen diese Ausgangsvermutung lassen sich bei der Analyse der hier betrachteten Sektoren der Daseinsvorsorge keine substantiellen Einwände erheben. Jedoch lehrt das Beispiel Großbritannien, in vieler Hinsicht ein Vorreiter der Reform der öffentlichen Daseinsvorsorge, dass die gegenwärtigen Reformen, auch wenn sie heute so erscheinen mögen, nicht das Ende der Geschichte bedeuten. Großbritannien erlebte seit 1945 zwei Phasen der umfassenden Verstaatlichung, gefolgt von Privatisierungswellen. Da erscheint es nur folgerichtig, die Frage aufzuwerfen, ob der Status quo wirklich einen dauerhaften Endzustand beschreibt. Betrachtet man jüngste Debatten um die Zukunft der britischen Eisenbahn, deren Zustand von vielen als verheerend und stark reformbedürftig empfunden wird, oder auch der lokalen Wasserversorgung in den Kommunen, dann sind immer stärker werdende Forderungen nach „De-Privatisation“ nicht zu überhören. Einerseits wird etwa die Verstaatlichung des Netzeigentümers Railtrack gefordert, um Sicherheit und Effizienz des britischen Eisenbahnwesens wieder zu gewährleisten. Andererseits diskutiert die britische Öffentlichkeit unter der Überschrift „*Mutualisation*“

Pläne für eine örtlich-genossenschaftliche Ordnung der Wasserversorgungssysteme. Zwar ist die Rückkehr zu einer unverblühten Verstaatlichungspolitik schon aus technischen, das heißt insbesondere fiskalischen, Gründen äußerst unwahrscheinlich. Doch lassen sich durchaus neue Modelle einer staatsnäheren – oder zumindest marktferneren – Ordnung verschiedener Sektoren der Daseinsvorsorge vorstellen. Und so könnte der vermeintliche Vorreiter einer „marktnahen“ und staatsfernen Versorgung mit öffentlichen Gütern in Zukunft vielleicht auch (wieder) den Zug der Wirtschaftsreformer in die entgegengesetzte Richtung führen.

Literatur

- Albert, Michel, 1994: *Capitalism against Capitalism*. London: Whurr.
- Börner, Achim-Rüdiger, 1998: Stromdurchleitung: Anregung aus US-Regulierung? In: *Kölner Miscellen zum Energierecht* 6, S. 1-133.
- Burton, John, 1997: *The Competitive Order or Ordered Competition? The UK model of Utility Regulation in Theory and Practice*. In: *Public Administration* 75, S. 157-188.
- Dyson, Kenneth, 1980: *The State Tradition in Western Europe*. Oxford: Oxford UP.
- Ehmer, Jörg, 1998: Regulierung im Telekommunikationswesen: sind die tatsächlichen Gegebenheiten und der rechtliche Rahmen mit der Energiewirtschaft vergleichbar? In: *Kölner Miscellen zum Energierecht* 7, S. 1-36.
- Fox, Mike, 2001: *Telecommunications Regulation*. In: *Centre for the Study of Regulated Industries (Hrsg.): Regulatory Review 2000/2001. Millennium edition*. Bath: CRI, S. 111-127.
- Franke, Peter, 1999: *Vollzugsprobleme des neuen Energiewirtschaftsrechts*. In: *Kölner Miscellen zum Energierecht* 8, S. 5-54.
- Geppert, Martin / Ruhle, Ernst-Olav / Schuster, Fabian, 1998: *Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation*. Baden-Baden: Nomos.
- Gilland, Tony, 1996: *The Regulatory Regime of the Electricity Industry in England and Wales*. In: *Sturm, Roland / Wilks, Stephen (Hrsg.): Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien*. Baden-Baden, S. 239-260.
- Grawe, Joachim, 1996: *Die Haltung der deutschen Elektrizitätswirtschaft zu den geplanten Deregulierungsbestrebungen in der Energieversorgung auf nationaler und EU-Ebene*. In: *Sturm, Roland / Wilks, Stephen (Hrsg.): Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien*. Baden-Baden: Nomos, S. 177-188.
- Gröner, Helmut, 1975: *Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Hall, Clare / Scott, Colin / Hood, Christopher, 2000: *Telecommunications Regulation: Culture, Chaos and Interdependence inside the Regulatory Process*. London: Routledge.

- Hogwood, Brian, 1998: Regulatory Institutions in the United Kingdom: Increasing Regulation in the shrinking state. In: Doern, G. Bruce / Wilks, Stephen (Hrsg.): Changing Regulatory Institutions in Britain and North America. Toronto: University of Toronto Press, S. 80-108.
- Jäger, Bernd, 1994: Postreform I und II. Die gradualistische Telekommunikationspolitik in Deutschland im Lichte der Positiven Theorie staatlicher Regulierung und Deregulierung. Köln: Institut für Wirtschaftspolitik.
- Kagan, Robert, 1994: Regulatory Enforcement. In: Handbook of Regulation and Administrative Law. New York: Marcel Decker, S. 383-422.
- Kumkar, Lars, 2000: Wettbewerbsorientierte Reformen der Stromwirtschaft. Eine institutionenökonomische Analyse. Tübingen: Mohr.
- Littlechild, Stephen, 2001: Electricity Regulation. In: Centre for the Study of Regulated Industries (Hrsg.): Regulatory Review 2000/2001. Millennium edition. Bath: CRI, S. 25-62.
- MacNeil, Ian, 1999: The Future for Financial Regulation: the Financial Services and Markets Bill. In: Modern Law Review 62, S. 725-743.
- Moran, Michael, 1991: The Politics of the Financial Services Revolution. The USA, UK and Japan. Basingstoke: Longman.
- Müller, Markus M., 2000: Die Banken zwischen Staat und Wirtschaft. Von der Hausbank zum „Global Player“. In: Gegenwartskunde 49 (4), S. 447-455.
- Ortwein, Edmund, 1996: Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft. In: Sturm, Roland / Wilks, Stephen (Hrsg.): Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien. Baden-Baden: Nomos, S. 77-132.
- Pfaffenberger, Wolfgang, 1996: Vergleich des Ordnungsrahmens der Stromversorgung in Deutschland und England. In: Sturm, Roland / Wilks, Stephen (Hrsg.): Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien. Baden-Baden: Nomos, S. 133-150.
- Schulte Janson, Dieter, 1999: Neue Fragestellungen für die Strompreisaufsicht und das Konzessionsabgabewesen. In: Kölner Miszellen zum Energierecht 8, S. 55-75.
- Sturm, Roland, 1996: Voraussetzungen und Rahmenbedingungen einer Reform der nationalen Wettbewerbsordnungen in der Elektrizitätswirtschaft im deutsch-britischen Vergleich. In: Sturm, Roland / Wilks, Stephen (Hrsg.): Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien. Baden-Baden: Nomos, S. 59-76.
- Sturm, Roland / Wilks, Stephen / Ortwein, Edmund / Müller, Markus M., 1998: Wettbewerbspolitik und die Regulierung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Großbritannien. London: Anglo-German Foundation.
- Turvey, Ralph, 2001: Introduction. In: Centre for the Study of Regulated Industries (Hrsg.): Regulatory Review 2000/2001. Millennium edition. Bath: CRI, S. 1-7.

Die Autoren

Dr. Markus M. Müller, geb. 1969, Studium der Politikwissenschaft und Rhetorik, zuletzt tätig als wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Roland Sturm, Universität Erlangen-Nürnberg, seit Juli 2001 Persönlicher Referent des Ministerialdirektors im Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg in Stuttgart.

Prof. Dr. Roland Sturm, geb. 1953, Studium der Politikwissenschaft, Anglistik und Geschichte, 1991-96 Professor für Politikwissenschaft an der Universität Tübingen, seit 1996 Ordinarius für Politische Wissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg, Arbeitsschwerpunkte: Vergleichende Politikwissenschaft, Politische Wirtschaftslehre, Politikfeld- und Europaforschung.

Matthias Kurth

Ist die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes ein Beispiel für andere Bereiche der Daseinsvorsorge?

Im nachfolgenden Beitrag wird untersucht, ob das (De-)Regulierungsmodell des Telekommunikationsmarktes als geeignetes Instrument auf andere Bereiche der Daseinsvorsorge übertragbar ist. Die für eine erfolgreiche Liberalisierung erforderlichen Voraussetzungen werden untersucht und die Vorteile eines Wettbewerbsmarktes dargestellt.

In den vergangenen Jahren ist ein erheblicher Wandel im Verständnis der Rolle des Staates und dem von den privaten Marktkräften zu regelnden Aufgaben eingetreten. Während dieser Funktionswandel durch Privatisierung, Liberalisierung, Deregulierung und verstärkten Wettbewerb bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gekennzeichnet ist, steht dahinter ein grundlegend neues Verständnis vom Staat als Dienstleistungsbetrieb, der Produkte erzeugt und von den Bürgern als Kunden und nicht mehr Antragsteller. Das ökonomische Paradigma hat unter dem Begriff „Staatsmodernisierung“ in den 80er Jahren einen weltweiten und schließlich sogar die Länder des früheren Ostblocks erfassenden Siegeszug angetreten, der im Ziel eines „schlanken Staates“, der sich auf Kernaufgaben beschränkt, mündet und selbst den Staat mit seinen internen Strukturen, d.h. die Verwaltung ökonomischen Prinzipien unterwirft.

Die entscheidende Ursache für den Erfolg war sicher auch die Erkenntnis, dass der Staat sich in einer ausufernden Weise immer größeren Sektoren gewidmet hat, seinen Bereich, was z.B. eine Staatsquote bei einem Drittel der OECD-Staaten von über 50 % des BIP zeigt, auf immer weitere Sektoren ausgedehnt hat und die öffentlichen Bediensteten zwischen 1950 und 1998 von 2,2 Mio. auf 5,2 Mio. sich mehr als verdoppelt haben.

Paradoxerweise hat diese gigantische Expansion des Staates, die durch eine Explosion der Staatsverschuldung und ein Ansteigen der Steuer- und Abgabenquote erkauft wurde, bei den Bürgern, mit deren allgemeinem Wohl diese Ausweitung der Staatsaktivität begründet wurde, keineswegs zu mehr Glück und Zufriedenheit geführt, sondern

die Klagen über Ineffizienz und Mangelverwaltung (man nehme nur den Ausbildungs- oder Gesundheitssektor) blieben wie ein Fluch dem immer eifriger agierenden Staat an den Fersen kleben.

Die Erkenntnis, dass die wachsende Expansion schlicht nicht mehr finanzierbar war und gerade die Bürger unter der Steuer- und Abgabenlast dem Staat die Loyalität aufzukündigen drohten, erleichterte den Durchbruch alternativer privater Aufgabenerfüllungen.

Man darf sich allerdings keinen Illusionen darüber hingeben, dass der alte Leviathan sich schon geschlagen gegeben hätte. Bis in das 21. Jahrhundert hinein finden auf allen Sektoren Rückzugsgefechte oder manchmal auch erfolgreiche Verteidigungen von Bastionen statt. So ist z.B. die Tatsache, dass auf europäischer Ebene noch nicht einmal bis 2010 ein verbindliches Enddatum für die Postmonopole erreichbar ist, ein trauriger Höhepunkt für Rückschläge, denn in Deutschland glaubte man schon mit dem Postgesetz von 1997 den Wettbewerb geschaffen zu haben. Dabei hatte doch zumindest in Deutschland alles so gut angefangen und die Ergebnisse der ersten Schritte für mehr Liberalisierung und Wettbewerb hätten eigentlich den Mut zum weiteren Vorschreiten gegeben.

Häufig werden diese Rückschläge allerdings nicht durch einen transparenten und argumentativ ausgetragenen Diskurs begleitet, sondern sie entstehen in einem Geflecht von Besitzstandsdenken, Macht- und Interessengegensätzen und in den schwer durchschaubaren Zonen zwischen nationaler und europäischer Verantwortung.

An dieser Stelle lohnt sich also ein Innehalten, um einige grundsätzliche Überlegungen anzustellen, die sich aus den beschriebenen Symptomen ergeben, und zu fragen:

- Was sind denn eigentlich die Kernaufgaben des Staates?
- Welche Güter muss bzw. soll er den Bürgern bereitstellen?
- Wann ist eine Versorgung über den Markt besser und von welchen Kriterien hängt dies ab?

Zu den Kernaufgaben gehören sicherlich die Gewährleistung innerer und äußerer sowie sozialer und Rechtssicherheit, d.h. der Staat kann z.B. das Überwachen der Einhaltung von Regeln und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung nicht privaten Wachgesellschaften überlassen, sondern muss mit eigenen Polizeikräften, Justizbeamten und einer funktionierenden Verwaltung selbst dafür sorgen.

Wenn auch diese Bereiche unstreitig zu den Kernaufgaben des Staates gehören, ist doch die weitergehende Frage zu stellen, welche Güter noch zur Grundversorgung (im Sinne der Daseinsvorsorge) zu zählen sind, deren Bereitstellung vom Staat sichergestellt werden sollte, auch wenn ihre Erbringung nicht zwingend durch den Staat erfolgen muss, wie dies der Fall bei den Kernbereichen ist. Generell sind dies sog. „Kollektivgüter“¹⁾, die durch zwei Charakteristika definiert werden. Es handelt sich dabei um Güter, die gemeinsam (kollektiv) genutzt werden können und von deren Nutzung niemand (ohne Schwierigkeiten) ausgeschlossen werden kann. Beide Eigenschaften – Nichtrivalität im Konsum und Nichtexkludierbarkeit von der Nutzung – machen ein privates Angebot schwierig oder unmöglich, weil in diesem Fall die Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Markt auf der Nachfrageseite, nämlich die Offenbarung der Präferenzen über die Zahlungsbereitschaft, nicht oder nur in eingeschränkter Form erfüllt ist. Wenn der Staat diese Güter zur Grundversorgung rechnet und ihr Angebot (in bestimmtem Umfang) sicherstellen will, muss er sie in aller Regel ebenfalls selbst bereitstellen, weil sich aufgrund der genannten Eigenschaften (häufig) kein privater Anbieter finden wird. Als Beispiel lässt sich hier an den Bildungsbereich sowie bestimmte Kultur- und Freizeiteinrichtungen denken.

Schließlich gibt es Bereiche, die bis vor kurzem wegen Besonderheiten bei der Produktion für nicht geeignet gehalten wurden, im Wettbewerb über den Markt angeboten zu werden, weshalb der Staat in der Regel ihre Bereitstellung mit Hilfe öffentlicher Unternehmen und / oder weiterer besonderer Regulierungen wie der Vergabe von Exklusivrechten und der Ausnahme von der generellen Wettbewerbsordnung übernahm bzw. für ein ausreichendes (erschwingliches) Angebot sorgte. Es handelt sich um die klassischen Versorgungsbereiche Energie (Elektrizität und Gas), Wasser und Kanalisation, Verkehr, Post- und Telekommunikation, denen gemeinsam ist, dass ihre Produkte über ein (leitungsgebundenes) Netz erzeugt werden, dessen Aufbau hohe Anfangsinvestitionen erfordert, wodurch *sunk costs* (irreversible Kosten) entstehen, das dann aber durch Kostenvorteile in Form von Skalen- und Verbunderträgen gekennzeichnet ist. Wegen dieser Eigenschaften wurden diese sehr kapitalintensiven Bereiche für sog. natürliche Monopole gehalten, in denen kein Wettbewerb möglich sei, so dass dem Staat die Aufgabe des Infrastrukturaufbaus zugewiesen wurde. Hier hat sich u.a. aufgrund neuerer technischer Entwicklungen, die einen geringeren Anfangsaufwand bewirken, die Erkenntnis durchgesetzt, dass auch diese Güter besser über einen Markt, auf dem Wettbewerb herrscht, als durch den Staat, der versucht, Unternehmer zu sein, bereitgestellt werden können,²⁾ weshalb begonnen wurde, die Märkte der Versorgungsbereiche ebenso zu liberalisieren wie den bislang auch zu den sog. Ausnahmebereichen des GWB gehörenden Banken- und Versicherungssektor.

Der Markt erfüllt die Aufgabe, die von den „Bürger-Konsumenten“ nachgefragten Güter in ausreichender Menge und gewünschter Qualität bereitzustellen, effizienter als der Staat, der zum einen ohne Wettbewerb keinen sog. *hard budget constraints* unterliegt wie ein Unternehmen, das im Wettbewerb bestehen muss, und der deswegen ineffizienter produzieren wird. Zum anderen muss der Staat in diesem Fall für die Planung der benötigten Kapazität auch die Abschätzung der Nachfrage übernehmen anstelle sie den Betroffenen bzw. Begünstigten gemäß ihren Präferenzen zu überlassen, so dass im Ergebnis häufig am tatsächlichen Bedarf vorbeiproduziert wird.

Allein die Erklärung von Gütern als zur Grundversorgung zu zählende, rechtfertigt also noch nicht die Bereitstellung durch den Staat. Es ist zusätzlich zu prüfen, ob es sich um „marktfähige“ Güter handelt, d.h. ob ein normales Angebots- und Nachfrageverhalten eine Allokation über den Markt zulässt. Wenn ja, ist die (privatwirtschaftliche) Versorgung über den wettbewerblichen Markt effizienter als über den Staat, was diesen entlastet und zu gesamtwirtschaftlichen Vorteilen führt, weshalb dieser Allokationsmechanismus als Form der Bereitstellung vorzuziehen ist. Die Versorgungsgüter sind also nicht *per se* „Daseinsvorsorgegüter“, deren Bereitstellung der Staat garantieren muss, sondern sie werden *per definitionem* erst dazu gemacht, indem der Staat einen bestimmten Versorgungsumfang (Mindestversorgung) zu einem für erschwinglich gehaltenen Preis vorgibt, d.h. anstelle der betroffenen Bürger über deren Nachfrage entscheidet, obwohl eine marktmäßige Bereitstellung nicht nur möglich, sondern auch besser wäre.

Solange also keine Unvollkommenheiten auf der Angebots- oder Nachfrageseite vorliegen, was bei den genannten Versorgungsgütersektoren grundsätzlich nicht (mehr) der Fall ist, führt eine Bereitstellung über einen wettbewerblichen Markt zu besseren Ergebnissen als eine staatliche Bereitstellung dieser Güter. Der Staat kann sich durch die Entlastung zum einen auf seine Kernaufgaben, bei dessen Erbringung er Vorteile gegenüber der Organisation über den Markt hat, konzentrieren und zum anderen seine neue Rolle der Schaffung und Förderung von (funktionsfähigem) Wettbewerb in den bisher von den Wettbewerbsregeln ausgenommenen Bereichen übernehmen und ausfüllen. Denn er muss zur Einleitung und zur Sicherstellung einer dauerhaften wettbewerblichen Entwicklung auf den liberalisierten Märkten für stabile Rahmenbedingungen sorgen, d.h. er muss die rechtliche Markttöffnung mittels Regulierung ökonomisch begleiten. Deregulierung verstanden als Überführung eines bisher staatlich reglementierten Bereichs in einen marktwirtschaftlich organisierten Sektor lässt sich somit in drei Schritte gliedern:

- Privatisierung (Umwandlung öffentlicher in privatrechtliche Unternehmen),
- Liberalisierung (rechtliche Marktöffnung durch Aufhebung der Monopolrechte),
- Regulierung (ökonomische Begleitung durch sektorspezifische Wettbewerbsförderung).

Am Beispiel der erfolgreichen Deregulierung des Telekommunikationsmarktes in Deutschland wird nachfolgend dargestellt, welchen Maßnahmen entscheidende Bedeutung für die eingeleitete positive und rasche Entwicklung dieses für das Wachstum einer modernen Dienstleistungswirtschaft herausragenden Sektors zukommt.

Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Liberalisierung ist das Herauslösen bisheriger öffentlicher Unternehmen aus der staatlichen Einflussphäre durch Privatisierung, denn nur mit einer klaren Trennung von Eigentümerinteressen und wirtschaftspolitischen Aufgaben kann Deregulierung erfolgreich gestaltet werden. Mit dem Börsengang der privatrechtlichen Deutschen Telekom AG im November 1996 ist hier der erste Schritt vollzogen worden, dem weitere Börsengänge folgten, so dass die öffentliche Hand mittlerweile nur noch 60 % (einschließlich 17 % Kreditanstalt für Wiederaufbau) hält und keinen Einfluss mehr auf das operative Geschäft nimmt.

Mit dem am 1.8.1996 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetz (TKG) wurde der rechtliche Rahmen für die mit der Aufhebung des Sprachtelefonienmonopols am 1.1.1998 erfolgte Marktöffnung geschaffen. Der Gesetzgeber hat damit die Rolle des „Veranstalters“ übernommen, denn nach dem ordo-liberalen Ansatz Euckens³⁾ ist „Wettbewerb eine staatliche Veranstaltung“, d.h. der Staat hat durch stabile Rahmenbedingungen dafür zu sorgen, dass sich Wettbewerb auf den Märkten entfalten kann. Im Falle der Überführung eines bisherigen Ausnahmebereichs in einen zukünftigen Wettbewerbsmarkt hat der Staat in Form einer unabhängigen Institution darüber hinaus die Aufgabe, aktiv für den Übergang vom Monopol in den selbsttragenden Wettbewerb zu sorgen, d.h. er übt als Regulierungsbehörde die Funktion eines neutralen Spielleiters oder Schiedsrichters aus. Da sich Wettbewerb nach gut 100-jährigem Monopol nicht von selbst einstellen wird, wurde der Behörde mit dem TKG ein sektorspezifisches Instrumentarium zur Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt an die Hand gegeben, das über die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts, in die es insbesondere durch die Bezugnahme auf die GWB-Vorschriften zur Feststellung der Marktbeherrschung eingebunden ist, hinausgeht.⁴⁾

Ohne dieses spezielle regulatorische Instrumentarium würde das aufgrund seiner bisherigen Monopolstellung Marktmacht besitzende ehemalige Staatsunternehmen versuchen, nach dem Wegfall der rechtlichen Schranken neue, ökonomische Eintrittsbarrieren zu errichten. Der Regulierer muss also vor allem den Marktzutritt offen halten. Des Weiteren muss er für ein *level playing field* sorgen, d.h. für materielle Chancengleichheit der neuen Marktteilnehmer, in dem er den bisherigen Monopolisten daran hindert, seine Marktmacht z.B. in Form unfairer Vertragskonditionen auszuspielen. Hierfür stehen ihm drei Hauptinstrumente zur Verfügung:

- Missbrauchsaufsicht (§ 33 TKG),
- entbündelter Netzzugang (§§ 33, 35 TKG),
- *Ex-ante*-Entgeltregulierung (§§ 24, 25, 39 TKG).

Die spezielle Missbrauchsaufsicht ist die Verbindung zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht des Kartellrechts und beinhaltet den Grundsatz, dass Dritten für wesentliche Leistungen dieselben Konditionen zu gewähren sind, wie sie sich das Unternehmen intern selbst einräumt (interne gleich externe Behandlung oder *golden rule of non-discrimination*). Diese Vorschrift dient der Verhaltenskontrolle des marktbeherrschenden Unternehmens zur Verhinderung von Marktmachtmissbrauch. Die Vorschriften zur Entbündelung und zur Gewährung von besonderem Netzzugang dienen der Marktöffnung und resultieren aus der Tatsache, dass der ehemalige Monopolanbieter anfangs alleine über ein flächendeckendes Netz und damit über den alternativlosen Zugang zum Kunden verfügt, d.h. die neuen Netzbetreiber sind zunächst auf den Zugang zum Netz des Altanbieters angewiesen, um ihrerseits den Endkunden Telekommunikationsdienste anbieten zu können. Ohne diesen Zugang kann sich Wettbewerb folglich nicht entwickeln, kann also auch keine neue Infrastruktur in Ergänzung zur bestehenden aufgebaut werden, weshalb die Verpflichtung zur Gewährung von entbündeltem Zugang zu sog. *bottleneck resources* unerlässlich ist.

Beide Instrumente blieben jedoch ohne die Ergänzung durch das dritte – die *Ex-ante*-Entgeltregulierung – wirkungslos. Hierunter wird die Genehmigung von Entgelten – insbesondere für den Netzzugang – verstanden, bevor das marktbeherrschende Unternehmen sie von seinen Vertragspartnern, d.h. den neuen Netzbetreibern und Anbietern von Telekommunikationsdiensten, erheben darf. Sie werden auf ihre Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geprüft, was über die Prüfung im Rahmen kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht hinausgeht, weil diese einen bereits im Markt befindlichen Preis auf antikompetitive Auf- oder Abschläge und diskriminierende Wirkung prüft, während im Fall der Regulierung der kostenorientierte Preis

erst durch die Genehmigung in den Markt gegeben wird, das genehmigte Entgelt somit zum Startschuss für das Marktgeschehen wird.

Durch die Festlegung eines kostenorientierten Entgelts stößt der Regulierer das Geschehen dabei in die gewünschte wettbewerbliche Richtung, weil der Wettbewerb die Unternehmen zwingt, effizient zu produzieren und folglich der sich im Wettbewerb einstellende Marktgleichgewichtspreis die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung widerspiegelt. Indem der Regulierer mit dem festgelegten kostenorientierten Entgelt den zukünftigen Preis auf einem Wettbewerbsmarkt antizipiert, agiert er somit als temporärer Wettbewerbs- oder Marktersatz (Als-ob-Wettbewerb), bis die Marktkräfte greifen und der Preismechanismus selbst die Herstellung produktiver, allokativer und dynamischer Effizienz bewirkt.

Seine Aufgabe besteht also darin, den notwendigen Impuls in Form des kostenorientierten Entgelts in den Markt zu geben, gewissermaßen das Spiel anzupfeifen, es danach aber laufen zu lassen, denn nur die Akteure selbst sind dann für ihren Erfolg oder Misserfolg verantwortlich. Wettbewerb kann nicht von oben verordnet werden, sondern entsteht von unten aus dem Markt heraus, d.h. durch die Aktionen aller Marktteilnehmer (Spieler), die Verträge über die technischen und kommerziellen Bedingungen ihres Leistungsaustauschs miteinander abschließen. Im TKG ist deshalb in § 37 bewusst die Maxime des Vorrangs der Privatautonomie verankert. Der Regulierer hat für ein Umfeld zu sorgen, in dem trotz Verhandlungsungleichgewicht faire Bedingungen sichergestellt werden, aber er darf nicht von sich aus in laufende Verhandlungen eingreifen, sondern wird erst auf Anrufung der Akteure aktiv.

Auf dem Telekommunikationsmarkt ist der Prozess in Gang gekommen, auch wenn noch kein selbsttragender Wettbewerb erreicht worden ist, so dass der Regulierer weiterhin die Schiedsrichterfunktion wahrnehmen und wachsam das Marktgeschehen beobachten muss. Gleichwohl lassen sich die erzielten Ergebnisse durchaus sehen und bestätigen die These, dass die Allokation über den Markt für deutlich bessere Ergebnisse sorgt als die Bereitstellung durch den Staat. Es gab Anfang 2001 knapp 2000 Anbieter von Telekommunikationsdiensten (vgl. hierzu und zu folgenden Angaben den RegTP-Jahresbericht 2000, Bonn 2001, S. 10ff.) und die Deutsche Telekom AG hat mit über 100 neuen Netzbetreibern Zusammenschaltungsverträge geschlossen, d.h. der Marktzutritt ist in erheblichem Umfang erfolgt.

Die Wettbewerber haben einen Anteil von etwa 22 % an allen Verbindungsminuten, d.h. das Marktgeschehen wurde mit der Festlegung kostenorientierter Zusammen-

schaltungsentgelte in die richtige Richtung angestoßen. Die Eroberung eines Marktanteils durch die neuen Netzbetreiber in einer solchen Höhe ist bisher in keinem anderen Land innerhalb einer so kurzen Zeitspanne nach der Liberalisierung erreicht worden. Die große Zahl neuer Anbieter zeigt den erfolgreichen Start, wobei allerdings auch festzustellen ist, dass sich der Markt gegenwärtig in einer gewissen Bereinigungssituation befindet und eine erste Konsolidierungsphase mit Aufkäufen von, aber auch Ausscheiden erfolgloser Unternehmen, deren Geschäftsmodelle nicht wie geplant funktionierten, durchläuft, was indessen ebenfalls als Zeichen eines allmählich funktionierenden Prozesses gedeutet werden sollte.

Seit der Marktöffnung wuchs das Verkehrsvolumen im Festnetzbereich jährlich mit zweistelligen Wachstumsraten und es wurden allein in diesem Bereich über 30 Milliarden DM investiert. Davon entfiel etwa ein Drittel auf die neuen Wettbewerber, die neue Glasfasernetze aufbauten, d.h. die Liberalisierung löste einen regelrechten Investitionsboom aus, und durch die hohen Wachstumsraten wurden auch neue Arbeitsplätze geschaffen. Es lässt sich somit festhalten, dass die Deregulierung eine beispiellose Dynamik des Telekommunikationssektors bewirkt.

Die Gesprächspreise für Fern- und Auslandsverbindungen sind im Vergleich zum Zeitpunkt vor der Marktöffnung um teilweise über 90 % gesunken,⁵⁾ was ebenfalls eine bis dato nicht für möglich gehaltene Größenordnung darstellt. Die Endkunden können jetzt gemäß ihren Vorstellungen zwischen einer Vielzahl von Telekommunikationsdiensten in den unterschiedlichsten Kombinationen (Produktbündel) verschiedener Anbieter wählen und in der Hälfte aller deutschen Städte über 50.000 Einwohner wegen des Zugangs über die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (s.o.) auch für den kompletten Telefonanschluss zu einem neuen Netzbetreiber wechseln.

Beides zusammen – größere Auswahl und reale Einkommenssteigerungen durch gesunkene Preise – bedeuten, dass durch die Bereitstellung über den Markt sowohl quantitativ wie qualitativ eine wesentlich verbesserte Versorgung mit Telekommunikationsleistungen entsprechend den Wünschen der „Bürger-Konsumenten“ erreicht worden ist. Somit erübrigt sich dann auch die Frage nach der Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst), für die der Staat gemäß den in § 2 TKG genannten Regulierungszielen ebenfalls sorgen soll, weil bei Preissenkungen im genannten Umfang die Erschwinglichkeit nicht mehr gesondert festgestellt zu werden braucht. Bisher musste jedenfalls von den in § 17 TKG vorgesehenen Möglichkeiten der Universaldienst Einrichtung kein Gebrauch gemacht werden. Der Markt hat so erfolgreich gewirtschaftet, dass die Universaldienstverpflichtung überflüssig wird.

Die Entwicklung im Telekommunikationssektor, insbesondere die zuletzt erwähnten Vorteile für die Nachfrager, bestätigen folglich, dass der Staat sich aus den Bereichen, in denen der Markt für eine effizientere Allokation sorgt, zurückziehen und die Bereitstellung dieser Güter dem Markt überlassen sollte. Er sollte sich auf seine Kernaufgaben beschränken. Durch diese „Arbeitsteilung“ zwischen marktmäßiger und staatlicher Leistungserbringung kommt es zu gesamtwirtschaftlichen Vorteilen (Wachstum), womit gleichzeitig die Erreichung des wirtschaftspolitischen Oberziels der Wohlstandsmaximierung unterstützt wird.

Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Staat durch Regulierung den Wettbewerb auf den Märkten der Versorgungsgüter sicherstellt, denn nur wenn auf den Märkten (funktionsfähiger) Wettbewerb herrscht, können sich die beschriebenen Vorteile einer Allokation über den Markt entfalten. Der Staat darf diese marktwirtschaftliche Organisation dann auch nicht durch „marktfremde“ Vorschriften behindern oder durch eine falsche bzw. nach anderen Kriterien als dem oben beschriebenen Maßstab der Kostenorientierung erfolgende Preissetzung verzerren, die den wettbewerblichen Prozess in eine falsche Richtung steuern. Er darf also nicht mehr in das Geschehen eingreifen (keine diskretionären Marktinterventionen), sondern sollte, sofern sich trotz einer einsetzenden wettbewerblichen Entwicklung ein Handlungsbedarf abzeichnet, ebenfalls nur mit marktkonformen Mitteln wie z.B. einem Universaldienstfonds gegensteuern.

Wenn sich der Staat an die beschriebene Vorgehensweise zur Deregulierung und Förderung des Wettbewerbs hält, ist davon auszugehen, dass die Erfolge der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes auch auf die anderen Versorgungsbereiche übertragbar sind, wobei ein wesentlicher Erfolgsfaktor die eindeutige Konzentration auf die Schaffung von Wettbewerb in den liberalisierten Sektoren durch stabile Rahmenbedingungen und einen starken und unabhängigen Regulierer ist.

1) Vgl. hierzu z.B. Stobbe, A., Volkswirtschaftslehre II (Mikroökonomik), Heidelberg u.a.O. 1983, S. 467-474 u. S. 496ff.

2) Vgl. hierzu z.B. Graack, C., Telekommunikationswirtschaft in der Europäischen Union, Heidelberg 1997; Welfens, Paul J.J., Graack C., Telekommunikationswirtschaft, Berlin u.a.O. 1996; Witte, E. (Vorsitz der Regierungskommission Fernmeldewesen), Neuordnung der Telekommunikation, Heidelberg 1987.

3) Vgl. hierzu Eucken, W. Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern, Tübingen 1952.

- 4) Zum Verhältnis von allgemeinem Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung vgl. ausführlich Martenczuk, B. / Thomaschki, K., Der Zugang zu Netzen zwischen allgemeinem Kartellrecht und sektorieller Regulierung, in RTkom, 51. Jg. (1999), S. 15ff.
- 5) Siehe Jahresbericht 2000, ebenda, S. 18.
-

Literatur

- Eucken, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern, Tübingen 1952.
 - Graack, C.: Telekommunikationswirtschaft in der Europäischen Union, Heidelberg 1997.
 - Martenczuk, B. / Thomaschki, K.: Der Zugang zu Netzen zwischen allgemeinem Kartellrecht und sektorieller Regulierung, in: RTkom 51. Jg. (1999).
 - Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation: Jahresbericht 2000, Bonn 2001.
 - Stobbe, A.: Volkswirtschaftslehre II (Mikroökonomik), Heidelberg 1983.
 - Welfens, Paul J. J. / Graack, C.: Telekommunikationswirtschaft, Berlin 1996.
 - Witte, E.: Neuordnung der Telekommunikation, Heidelberg 1987.
-

Der Autor

Matthias Kurth wurde 1952 in Heidelberg geboren. Nach dem juristischen Studium in Frankfurt war er als Richter und Rechtsanwalt tätig. Nach seiner Zeit als Abgeordneter des Hessischen Landtags bekleidete er von 1994 bis 1999 das Amt eines Staatssekretärs im hessischen Ministerium für Wirtschaft. In den Jahren 1999 bis 2000 war er als Mitglied der Geschäftsleitung bei der COLT Telekom GmbH tätig. Im März 2000 wurde er zum Vizepräsidenten der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post berufen. Im Februar 2001 folgte die Ernennung zum Präsidenten der Regulierungsbehörde.

Michael Schöneich

Das Beispiel der Wasserversorgung in der Diskussion um Daseinsvorsorge

Kritik am zu hohen Staatsanteil, Privatisierungsforderungen und die strikte Brüsseler Wettbewerbspolitik haben die öffentliche Wirtschaft insgesamt in eine Legitimationskrise gestürzt. Die kommunale Wirtschaft ist davon akut betroffen und wirkt verunsichert. Das Fundament „Daseinsvorsorge“ als bewährtes Argument für kommunalwirtschaftliche Aktivitäten wird brüchig. Vor allem um die kommunale Dominanz in der Wasserversorgung werden gegenwärtig große Schlachten geschlagen. In diesem vor allem ideologisch und ordnungspolitisch geführten Streit wird anhand des Beispiels Wasserversorgung für eine vermittelnde Lösung geworben: Neudefinition der Daseinsvorsorge bzw. des öffentlichen Auftrags, Anpassung der nationalen Rechtsgrundlagen kommunalwirtschaftlicher Tätigkeit vor dem Hintergrund Brüsseler Wettbewerbsprinzipien und schließlich Sicherung der Spielräume kommunaler Wirtschaft im gleichberechtigten Nebeneinander mit Dienstleistern der privaten Wirtschaft.

Einleitung

Die Daseinsvorsorge ist ins Gerede gekommen und die kommunalen Unternehmen befinden sich in einer Legitimationskrise. Mit diesem knappen Befund lässt sich der gegenwärtige Zustand eines Wirtschaftszweiges beschreiben, dessen Wurzeln angeblich schon in der Antike liegen und dessen wirtschaftliche Bedeutung ganz erheblich ist: Insgesamt beschäftigen die kommunalen Unternehmen, deren Prototyp das „Stadtwerk“ mit den Versorgungssparten Strom, Gas, Wärme und Wasser ist, derzeit etwa 130.000 Personen; sie investieren jährlich mehr als 11 Mrd. DM und erzielen Umsatzerlöse von mehr als 72 Mrd. DM pro Jahr. Dieser Teil der öffentlichen Wirtschaft wurde in einer langen Entwicklung aufgebaut und unterhält heute einen beträchtlichen Teil unserer lokalen Ver- und Entsorgungs-Infrastruktur. Das hat zur Akkumulation eines wert-

vollen und technisch anspruchsvollen Anlagenbestandes geführt und sichert ein zuverlässiges Funktionieren für die Bevölkerung.

Viele dieser Stadtwerke können zur Zeit auf eine 100-jährige oder noch längere Unternehmensgeschichte zurückblicken: Bei den anstehenden Jubiläumsfeiern kommt zur Sprache, dass sich der Wind gedreht und in der Bundesrepublik Deutschland eine neoliberale Orientierung an Boden gewonnen hat, die einen Vorrang privater Wirtschaftstätigkeit postuliert und bei deren Ideologieprägung die gesamte öffentliche Wirtschaft generell „schlechte Karten“ hat.¹⁾ Was ist passiert und warum haben sich auf einmal die ordnungspolitischen Leitvorstellungen geändert?

Da ist zunächst der Zeitgeist, der den Rückzug des Staates und die Vorfahrt der Privatwirtschaft fordert. Ferner ist die Liberalisierungspolitik der EU zu nennen, die strikt das Ziel verfolgt, dass jedwedes wirtschaftliche Handeln in Europa primär am Maßstab des freien, von keinerlei Verzerrungen, Beihilfen oder Vorrechten verfälschtem Wettbewerb gemessen wird. Dies stellt überkommene Rechte und Pflichten vieler öffentlicher Unternehmen auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene in Frage und behandelt auch diese wie ganz gewöhnliche Wirtschaftssubjekte, zumal sie ebenfalls in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften agieren. Schließlich ist da der Rückzug des Bundes aus vielen seiner Unternehmen wie Lufthansa, Deutsche Telekom, Deutsche Post u.a. Dieser hat den Eindruck entstehen lassen, dass wirtschaftliches Handeln grundsätzlich Sache der „privaten“ Wirtschaft sei und öffentlichen Unternehmen allenfalls eine Ausnahmerolle zukomme. Der mehrfache Paradigmenwechsel hat viele Folgen, u.a. auch die, dass kommunale Eigentümer erheblich verunsichert sind, was die Perspektiven ihrer Unternehmen angeht. Dies wiederum befördert die zahlreichen *public-private-partnership*-Projekte bzw. Teil- oder sogar Totalverkäufe von kommunalen Unternehmen.

Insgesamt lässt sich die eingetretene Situation als Umbruchphase bezeichnen, die keineswegs in eine „Alles-oder-nichts-Lösung“ münden muss. Die Geschichte von über 100 Jahren Stadtwirtschaft hat gelehrt, dass das Pendel zwischen privater und öffentlicher Aufgabenerfüllung immer wieder hin und her schwingt und davon beeinflusst wird, ob Marktversagen festzustellen ist, Krisensituationen gemeistert werden müssen, bzw. ob lauter oder leiser nach gemeinwohlorientierten Leistungen gerufen wird. Unabhängig von dieser Einschätzung erscheint es aber ratsam, den gegenwärtigen Standort der kommunalen Wirtschaft näher zu bestimmen, ihren Auftrag zu hinterfragen und den bisher gültigen Legitimationsgrund „Daseinsvorsorge“ zu überprüfen. Nachdem inzwischen auch die Strom- und Gasliberalisierung neue Entwicklungslinien erkennen

lässt und sich die Stadtwerke-Landschaft in diesen klassischen Versorgungsbereichen erheblich verändert hat, bietet es sich an, aus Anlass der jetzt beginnenden Wasser-Liberalisierungsdiskussion in Deutschland ein Zwischenfazit zu wagen und eine Antwort auf die Frage zu versuchen: Daseinsvorsorge – *quo vadis?*

1. Die Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte – Erste Folgen für die kommunalen Unternehmen

Mit der einheitlichen europäischen Akte von 1986 wurde die Vollendung des Binnenmarktes zu einem Hauptanliegen der Europäischen Union. Seitdem wurden wichtige öffentlich regulierte Dienstleistungsbranchen für den Wettbewerb geöffnet. Neben den sektoralen Maßnahmen stehen allgemeine branchenübergreifende Maßnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs wie Richtlinien und Verordnungen zur Transparenz, Ausschreibung und Vergabe. Durch diese Politik haben sich die Bedingungen für die kommunalen Unternehmen grundlegend verändert. Am bislang folgenreichsten für die kommunalen Unternehmen war die Liberalisierung der Strom- und Gasversorgung, auf welche die EU-Kommission über 10 Jahre lang hingearbeitet hat. Der Durchbruch zu einem wettbewerbsorientierten Ordnungsrahmen kam mit der Verabschiedung der Binnenmarktrichtlinie Strom 1996 und einer entsprechenden Richtlinie für die Gasversorgung 1998.

Die Strom-Richtlinie führte Wettbewerb auf der Grundlage dreier Elemente ein: freie Erzeugung, freier Zugang zum Netz und freier Bau von Direktleitungen. Die Gas-Richtlinie verlangte ebenfalls Regelungen über Netzzugang und Direktleitungsbau. Die Binnenmarktrichtlinie Strom musste bis Februar 1999 in nationales Recht umgesetzt werden, die Binnenmarktrichtlinie Gas bis August 2000. Die Umsetzung erfolgte in der Bundesrepublik weitgehend mit der Reform des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), die im April 1998 abgeschlossen war. Mit dem novellierten Gesetz wurde die kartellrechtliche Freistellung von Demarkationsverträgen und ausschließlichen Konzessionsverträgen aufgehoben, das heißt, der Gebietsschutz beseitigt und damit auch der Bau von Parallellleitungen möglich. Außerdem besteht ein Rechtsanspruch auf Durchleitung.

Aufgrund der beschriebenen deutschen Regelungen und der Attraktivität des hiesigen Marktes hat sich der Wettbewerb – und zwar zunächst im Stromsektor – auf Deutschland konzentriert. Bevor die Voraussetzungen dafür geschaffen waren, begann 1998 der Wettbewerb um die Haushaltskunden. Der heftige Preiskampf führte dazu, dass die Strompreise auf breiter Front fielen (für Industriekunden um bis zu 50 %, für

Haushaltskunden um bis zu 20 %). Entsprechend schrumpften die Margen der Versorgungsunternehmen. Die Situation ist jetzt nach der ersten Runde im Wettbewerb keineswegs einheitlich: Es gibt Gewinner und Verlierer. Zu den Verlierern gehören die Stromerzeuger und zum Teil auch die kleinen Händler. Die kommunalen Verteilerunternehmen haben sich dagegen gut im Wettbewerb behauptet. Sie konnten wettbewerbsfähige Preise bieten und ihre Kunden zum überwiegenden Teil mit flexiblen Angeboten halten. Die Wechselquote bei Privatkunden liegt deshalb bislang unter 5 %. Die positiven Wirkungen des Wettbewerbs sind jedoch in Gefahr. Durch Fusionen und Beteiligungen ist in der Branche ein Konzentrationsprozess in Gang gekommen, der zu einer oligopolistischen Struktur mit nur wenigen beherrschenden Marktakteuren führen könnte. In der Stromerzeugung kontrollieren beispielsweise die beiden Konzerne E.ON und RWE allein 70 % des Marktes. Unabhängige Stadtwerke werden damit zu Garanten für Wettbewerb in einem zum Oligopol tendierenden Markt.

Mit dem Wettbewerb verändern sich aber auch die kommunalen Unternehmen. Konnten sie sich bislang darauf berufen, für die Versorgung der Einwohner ihrer Städte allein zuständig zu sein, müssen sie sich nun in der Konkurrenz behaupten. Um sich im Markt zu positionieren, sind nicht nur strikte Wirtschaftlichkeit und strategisches Denken gefragt. Es muss das Unternehmen auch auf Markt und Kunden ausgerichtet werden. Eigner und Unternehmensleiter müssen entscheiden, welche Geschäfte sie in Zukunft mit Erfolg betreiben können und in welchen Märkten sie aktiv sein wollen. Der Wandel durch den Wettbewerb ist erheblich und insgesamt vielfältig. Hier soll insbesondere auf drei Entwicklungen aufmerksam gemacht werden: Zum einen geraten die kommunalen Unternehmen, deren Hauptgeschäftsfelder die Strom- und Gasversorgung sind, immer mehr in das Spannungsverhältnis zwischen Gemeinwohlorientierung und Wettbewerb. Das Primat der Wirtschaftlichkeit bei allen Entscheidungen führt nicht nur dazu, dass Personal abgebaut wird, sondern auch, dass immer mehr der Unternehmensertrag in den Vordergrund rückt und die Stadtwerke einen Kommerzialisierungs-Prozess durchlaufen. Dadurch werden sie den gemeinen (privaten) Wirtschaftsunternehmen immer ähnlicher, andererseits tritt ihr ursprünglicher öffentlicher Auftrag immer mehr in den Hintergrund. Diese Entwicklung führt zu der Frage: Was rechtfertigt öffentliche Trägerschaft bzw. öffentliche Unternehmen überhaupt, wenn den öffentlichen Unternehmen allmählich die öffentlichen Aufträge abhanden kommen?²⁾ Und schließlich drittens: Wenn sich kommunale Unternehmen im Wettbewerb behaupten sollen, dann muss überprüft werden, welche Behinderungen im Wettbewerb ihnen das Gemeindefinanzierungsrecht noch auferlegen darf.

2. Die Wasserversorgung in der Diskussion

Eine Liberalisierung der Wasserversorgung durch die EU entsprechend der Strom- bzw. Gasliberalisierung ist bislang nicht geplant. Allerdings wird derzeit auf nationaler Ebene leidenschaftlich über Vor- und Nachteile von Wettbewerb und Marktöffnung in der Wasserversorgung diskutiert. Die Bundesregierung hat eine Überprüfung des derzeitigen Ordnungsrahmens angekündigt.

Blicken wir zunächst auf die rechtlichen Grundlagen in den Kommunalverfassungen bzw. Gemeindeordnungen der Länder. Nach ihnen ist die Wasserversorgung seit jeher klassischer Bestand der kommunalen Daseinsvorsorge, deren Zweck nach Forsthoff die „Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse zu sozial angemessenen Bedingungen ist.“⁽³⁾ Die Versorgung mit Trinkwasser taucht also stets auf im Kanon der Selbstverwaltungsangelegenheiten, wenn diese mehr oder weniger konkret in den einzelnen Gemeindeordnungen aufgeführt werden (vgl. § 3 Abs. 2 Kommunalverfassung des Landes Brandenburg oder als „Pflichtaufgabe“ in § 57 Abs. 2 Gemeindeordnung von Bayern).

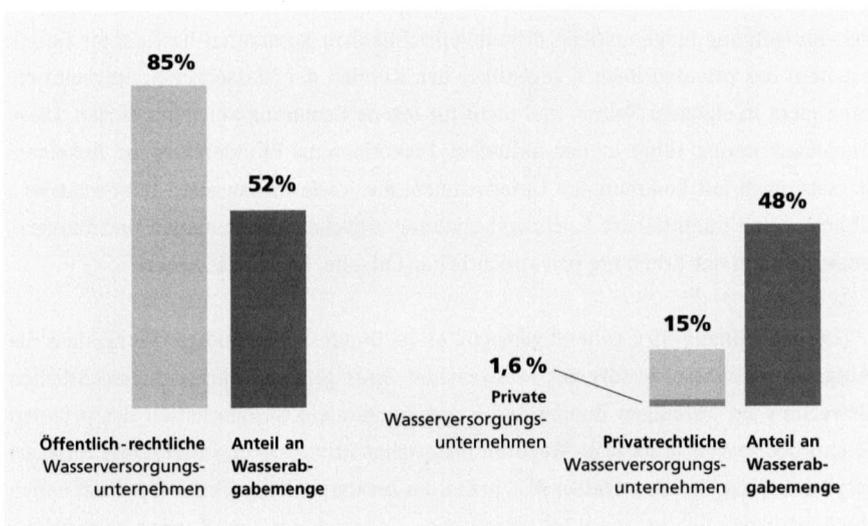
Weitere Rechtsquellen befinden sich in den Wassergesetzen der Länder. Zum Beispiel ist gemäß § 59 Abs. 1 des Wassergesetzes für das Land Brandenburg die öffentliche Wasserversorgung in Brandenburg eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden. Regelungen darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang diese Aufgabe auf andere übertragen werden kann, bestehen im Gegensatz zu entsprechenden Regelungen für die Abwasserentsorgung in diesem Wassergesetz nicht. Die strenge Festlegung führt zu der Auffassung der Landesregierung, dass in die Aufgabenerledigung eingebundene Private, einschließlich kommunal bestimmter Gesellschaften des privaten Rechts, gegenüber den Kunden der Wasserversorgungseinrichtung nicht in eigenem Namen und nicht für eigene Rechnung auftreten dürfen. Diese Rechtsauffassung führt in der aktuellen Diskussion in Brandenburg zu Auseinandersetzungen mit kommunalen Unternehmen, die – wie in den alten Bundesländern üblich – eine unmittelbare Leistungsbeziehung zwischen Unternehmen und Bürgern, einschließlich der Erhebung privatrechtlicher Entgelte, begründet haben.

Darüber hinaus wird geltend gemacht, es sei bundesweit ständige Übung, dass die Aufgabe der Wasserversorgung – ungeachtet ihrer gemeindeverfassungsrechtlichen Bewertung im jeweiligen Bundesland – auf kommunale Gesellschaften des privaten Rechts übertragen, ja sogar im Wege der materiellen Privatisierung auf Private verlagert werden kann (z. B. Gelsenwasser AG). In diesem Zusammenhang wird selbstverständlich die Leistungsbeziehung unmittelbar zwischen Unternehmen und Kunden begründet.

Die rechtspolitische Diskussion in Brandenburg gibt Anlass, einen Blick auf die bestehenden Marktstrukturen in der Bundesrepublik insgesamt zu werfen: Die deutsche Wasserversorgung ist durch die Existenz weniger großer und einer Vielzahl sehr kleiner Versorgungsunternehmen geprägt, die in unterschiedlichen Rechtsformen geführt werden. Wasserversorgung und Abwasserentsorgung erfolgen in der Regel durch getrennte Unternehmen. Auf der Versorgungsseite existieren ca. 6.600 Wasserversorgungsunternehmen. Auf 1 Mio. Einwohner entfallen in Deutschland 88 Wasserversorger, was im Vergleich zu den europäischen Nachbarstaaten eine Rekordmarke bedeutet. Rund 60 % der Wassermenge entfällt auf 3,6 % der Unternehmen. Dagegen versorgen rd. 4.500 Wasserversorgungsunternehmen zwischen 50 und 3.000 Einwohner. Auf sie entfallen 8,2 % der Wassermenge.

Das Eigentum an den Unternehmen liegt überwiegend bei den Kommunen. Rund 85 % der Wasserversorgungsunternehmen werden in öffentlich-rechtlicher Form betrieben. Auf sie entfallen 52 % der Wasserabgabemenge. Bei 15 % der Unternehmen handelt es sich um privatrechtliche Gesellschaften, die 48 % der Wasserabgabemenge bereitstellen. Nur 1,6 % der Unternehmen befinden sich vollständig in privatem Eigentum (siehe folgende Abbildung 1). Allerdings zeichnet sich in den letzten Jahren ein Trend ab, verstärkt private Dritte bei der Wasserversorgung in Form von Minderheitsbeteiligungen oder von zeitlich befristeten Betreiberverträgen einzubeziehen (BMWi-Forschungsvorhaben 11/00, vorläufiges Thesenpapier vom 21. Februar 2001).

Abbildung 1: Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland



Angesichts dieser zweifellos kleinteiligen und überwiegend öffentlich-rechtlich dominierten Marktstrukturen verfolgt nun der Bundeswirtschaftsminister das Ziel, durch Streichung des § 131 Abs. 8 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die gegenwärtige Sonderstellung des Bereichs Wasser im Kartellrecht zu beseitigen. Gemäß § 131 Abs. 8 GWB gelten die §§ 103, 103 a und 105 GWB alter Fassung fort, welche die geschlossenen Versorgungsgebiete im Bereich der Wasserversorgung und damit zugleich die ausschließlichen Wegerechte der Kommunen abstützen. Ausgehend von den Prämissen, dass die deutsche Wasserwirtschaft mit Rücksicht auf ihre breit gefächerte Struktur von ca. 6.600 überwiegend öffentlich-rechtlich geprägten Unternehmen unterschiedlicher Rechts- und Organisationsformen international nicht konkurrenzfähig sei, betrachtet das Bundeswirtschaftsministerium die Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete im Bereich Wasser als Voraussetzung dafür, den Anreiz für die Optimierung effizienter Unternehmens- und Versorgungsstrukturen mit hiermit verbundenen Vorteilen für die gewerbliche Wirtschaft und auch zugunsten der Bürger zu schaffen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wasserwirtschaft insgesamt zu stärken.

Auf die erklärten Absichten des Bundeswirtschaftsministers folgte vehementer Widerspruch. Der Protest veranlasste den Minister im Sommer 2000, zunächst auf ein umfangreiches Forschungsvorhaben zur Liberalisierung der Wasserversorgung auszuweichen mit der Zielsetzung, die Wirkungen einer Streichung der §§ 103, 103 a und 105 GWB alter Fassung und damit einer eventuell kartellrechtlichen Öffnung auf die derzeitigen Strukturen der Wasserversorgungswirtschaft unter Beachtung der besonderen gesundheitlichen und ökologischen Aspekte der Ressource Wasser untersuchen zu lassen. Die zentrale Frage des vergebenen Gutachtens lautet:

„Wären bei einer Streichung des kartellrechtlichen Ausnahmereichs für Trinkwasser Begleitregelungen erforderlich, um eine nachhaltige Wasserversorgung sicherzustellen, und wenn ja, welche?“

Das Gutachten wurde unter der Leitung des Wirtschaftsprofessors Dr. Ewers (TU Berlin) erstellt.⁴⁾ Die in Aussicht genommene Zeitachse sah vor, dass der Entwurf des Gutachtens unter Einbindung und Beteiligung der Fachverbände am Jahresbeginn 2001 zum Gegenstand eines umfangreichen Workshops gemacht werden soll. Alsdann wäre unter Auswertung der Ergebnisse dieser Veranstaltung die endgültige Fassung des Forschungsvorhabens fertig zu stellen. Der Workshop hat am 27. März 2001 in Berlin stattgefunden. Die vorläufigen Ergebnisse der Gutachter lassen sich wie folgt zusammenfassen:

„Die vergleichsweise hohe Qualität des Leistungsangebots deutscher Wasserversorger ist weitestgehend unumstritten. Anreize für eine effiziente Leistungserstellung werden über den bestehenden Ordnungsrahmen hingegen kaum gesetzt. Eine stärkere Marktöffnung in der Wasserversorgung soll die Anbieter zwingen, Rationalisierungspotentiale zu nutzen und die Kostenvorteile in Form von niedrigen Preisen an die Verbraucher weiterzugeben, Größen- und Verbundvorteile zu nutzen, Entscheidungen über den Zuschnitt von Versorgungsgebieten unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen und die Kosten verursachergerecht bei den Verbrauchern anzulasten. Schließlich soll die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Anbieter von Wasserversorgungsleistungen verbessert werden. Sofern eine stärkere Marktöffnung dazu führt, dass umwelt-, gesundheits- oder verteilungspolitische Ziele schlechter erfüllt werden als dies bislang der Fall ist, müssen flankierende Maßnahmen ergriffen werden. Eine stärkere Marktöffnung kann zum einen darauf gerichtet sein, den Wettbewerb um Endverbraucher zu ermöglichen, in dem rechtliche Regelungen, die den Zutritt zu Versorgungsgebieten anderer Anbieter behindern, aufgehoben werden (Wettbewerb im Markt), zum anderen kann sie zum Ziel haben, die Anbieter im Wettbewerb um das zeitlich befristete Recht zur Wasserversorgung in einem Versorgungsgebiet zur Abgabe innovativer kostengünstiger Angebote anzuhalten (Wettbewerb um den Markt).“⁵⁾

Gegen diese Vorschläge, die insbesondere auf eine stärkere Marktöffnung abzielen, wurden in dem Workshop im Wesentlichen folgende Argumente ins Feld geführt:

- Die Lebensmittelqualität des Wassers, der vorsorgende und nachhaltige Umgang mit dieser Ressource sowie die notwendige Versorgungssicherheit gebieten eine eingehende und umfassende Prüfung sämtlicher Vor- und Nachteile im Fall einer grundlegenden Veränderung der Rahmenbedingungen (Warnung vor einem „Schnellschuss“).
- Vor dem Hintergrund, dass die Versorgung mit Trinkwasser in Deutschland auf einem außerordentlich hohen und beispielhaften Niveau stattfindet, verbietet sich ein radikaler Kurswechsel hin zu einer Liberalisierung oder gar Privatisierung der Wasserversorgung.
- Wasser ist kein beliebiges Wirtschaftsgut, sondern ein hochwertiges und äußerst sensibles Lebensmittel. Wasserversorgung ist damit elementare Daseinsvorsorge.
- Wasserversorgung ist eine gemeindliche Pflichtaufgabe. Den Gemeinden obliegt damit die Aufgabenträgerschaft – eine Verpflichtung, die sie im

Einzelfall in unterschiedlicher Rechtsform und Organisationsstruktur erfüllen können. Eine Marktöffnung mit dem Ziel eines teilweisen oder gar vollständigen Aufgabenentzuges ist jedenfalls mit der Selbstverwaltungsgarantie unvereinbar.

- Europarechtlich steht eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ infrage, die nicht nur durch Art. 86 Abs. 2 EGV, sondern insbesondere durch die zum 01. Mai 1999 infolge des sog. „Amsterdamer Vertrages“ neu in das europäische Primärrecht eingefügte Regelung des Art. 16 EGV eine besondere Hervorhebung erfährt.

Nach dem Workshop spiegeln sich in öffentlichen Reaktionen die verschiedenen Meinungen wider. „Die kommunal getragene Wasserversorgung ist und bleibt ein essentieller Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge und die beste Alternative zum privaten Kommerz“, erklärt der Verband kommunaler Unternehmen (VKU-Sonderveröffentlichung „Stadtwerke im Wettbewerb“ vom April 2001). Auf der anderen Seite ist der Standpunkt vertreten: „Eine unheilige Allianz wehrt sich gegen Pläne des Wirtschaftsministers, die Wasserversorgung zu liberalisieren“ (Wirtschaftswoche Nr. 13 vom 22.03.2001, S.36).

Wie wird es weitergehen? So lautet die Frage angesichts der konträren Interessen. Die Antwort ist deshalb besonders schwierig, weil der Bundeswirtschaftsminister inzwischen hat erkennen lassen, dass er in dieser Legislaturperiode keine gesetzlichen Initiativen zu diesem Thema entwickeln wird. Dennoch wird das Thema Wasser höchst aktuell bleiben, denn der Bundesverband der deutschen Industrie⁶⁾ und die großen (privaten) Versorgungsunternehmen werden dafür sorgen, dass die Debatte erst richtig beginnt. Wo sie enden wird, ist deshalb auch schwierig abzusehen, weil im Gegensatz zu Strom und Gas das Trinkwasser tatsächlich nicht als gewöhnliches Handelsgut angesehen werden kann und diese Sonderrolle eine Marktöffnung genau wie in anderen Versorgungsbereichen ausschließt. Andererseits ist festzustellen, dass bereits jetzt private Wasserversorger am bundesdeutschen Markt operieren und es muss davon ausgegangen werden, dass durch freiwillige Zusammenschlüsse öffentlich-rechtlicher Wasserversorger, ferner durch formale Privatisierung und schließlich auch durch weitere *public-private-partnerships* der Anteil Privater sich in diesem „Kernbereich“ der Daseinsvorsorge vergrößern wird. Marktöffnung allein infolge faktischer Entwicklungen dürfte also mit der Zeit eine zwangsläufige Folge sein. Fraglich ist nur, ob parallel dazu, etwa durch die EU und deren Ausschreibungs- und Vergaberegulungen, die Marktöffnung noch befördert werden wird. Weil auch mit dieser Entwicklung zu rechnen ist, bringen sich schon jetzt die großen Unternehmen aus der (Strom-)Versorgungs-

branche in Stellung, erweitern ihre Geschäftsfelder auf den Bereich Wasserversorgung oder kaufen sich bei privatisierten europäischen Wasserversorgern ein (siehe das Beispiel RWE, die die Mehrheit eines privatisierten britischen Wasserversorgers übernommen hat). All dies zeigt, dass mit folgender Entwicklung zu rechnen ist:

Auch im Bereich der Wasserversorgung wird es in einigen Jahren – weit stärker als jetzt – ein plurales Wirtschaftssystem im Sinne eines Nebeneinanders zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Versorgern geben. Mit einem „Wettbewerb um den Markt“ muss ebenfalls gerechnet werden. Das Fortbestehen der kommunalen Aufgabenträgerschaft wird durch diese Entwicklung im Kern nicht berührt, die Art und Weise der Aufgabenerfüllung hingegen sehr; desgleichen mit Sicherheit auch die gesamte Versorgungslandschaft.

3. Das Kardinalproblem

Was ist der „richtige Weg“ zur bestmöglichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben und zur Durchsetzung gemeinwohlorientierter Ziele in einer Marktwirtschaft? Diese Kernfrage ist ordnungspolitisch heftig umstritten, weshalb auch zwei konträre Antworten gegeben werden: Den einen erscheint die strikte Privatisierung aller wirtschaftlichen Tätigkeiten, die Rückführung des Staates auf hoheitliche Kernaufgaben und der Wettbewerb privater Unternehmen als die beste Lösung. Den anderen erscheint es richtig, den kommunalen Unternehmen, die sich seit langem als bürgerfreundliche Einrichtungen bewährt haben, auch unter gewandelten Rahmenbedingungen eine gute Basis zu geben und ihnen – nun im Wettbewerb – Wachstumsmöglichkeiten, z.B. durch Arrondierung ihrer Dienstleistungspalette, zuzugestehen.⁷⁾

Bedenkt man, dass auch die strikten Privatisierungsbefürworter einräumen müssen, dass ihr Weg nur in Begleitung eines Systems von staatlichen Regulierungs-, Kontroll- und Wettbewerbshüter-Instanzen gegangen werden kann (nach dem Motto: Je stärker die Privatisierung, desto intensiver muss die staatliche Regulierungs- und Wettbewerbskontrolle sein), dann erscheint es sinnvoll, schon zum Erhalt eines funktionierenden Wettbewerbs und zur Durchsetzung von vielen gemeinwirtschaftlichen Zielen, die nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, auch kommunale Wirtschaftsunternehmen als Marktteilnehmer zu bejahen. Ein solcher Weg könnte als „mittlere Lösung“ bezeichnet werden, denn dann wäre Daseinsvorsorge nicht nur das exklusive Privileg der öffentlichen Hände, es gäbe also kein „Zurück zu den alten Monopolzeiten“. Auf der anderen Seite müsste man sich in einem solchen pluralen System nicht

allein auf private Dienstleister verlassen und könnte bei den staatlichen Regulierungsinstanzen und der Wettbewerbskontrolle mit weniger Aufwand auskommen.

Der EU-Vertrag gibt zu diesen Erwägungen keine direkte Antwort, durchaus aber eine indirekte. Er respektiert das öffentliche Eigentum und stellt unsere Wirtschaftsordnung nicht in Frage. Andererseits verfolgt er eine strikte Wettbewerbspolitik und unterwirft auch die Kommunen und ihre unternehmerische Tätigkeit der Beihilfeaufsicht der Kommission. Letzteres hat im Bereich der Daseinsvorsorge, z.Z. insbesondere im Sparkassenwesen, schwierige Probleme aufgeworfen. Generell ist so für die Bundesrepublik Deutschland ein starkes Spannungsverhältnis zwischen Daseinsvorsorge in herkömmlicher Form und Erfüllung der EU-Wettbewerbsprinzipien entstanden. Bei dem notwendigen Versuch, dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, bietet es sich an, auf die inzwischen formulierten Grundsätze der EU zu den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ zurückzugreifen.

Nach Artikel 16 EGV haben Gemeinschaft und Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen und die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so zu gestalten, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Dies entbindet jedoch nicht von der Beachtung der Regeln des Wettbewerbsrechts, wie sich gleichfalls aus Artikel 16 EGV ergibt. Danach bleiben die Vorschriften über die Gewährung staatlicher Beihilfen und das Wettbewerbsrecht unberührt. Nach Artikel 86 Abs. 2 EGV gelten die Wettbewerbsregeln auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, allerdings nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Inwieweit der erst mit dem Vertrag von Amsterdam eingefügte Artikel 16 EGV die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Artikel 86 Abs. 2 EGV beeinflussen wird, bleibt abzuwarten.⁸⁾ Hieraus lässt sich die Lösung unseres Daseinsvorsorge-Problems ableiten und eine Antwort gewinnen auf die Frage: Was ist Daseinsvorsorge heute?

4. Der Lösungsweg

In ihrer „Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 20. September 2000 hat die Kommission ihren rigiden ökonomischen Standpunkt in den Feldern der Daseinsvorsorge modifiziert und anerkannt, dass vielfach Aspekte der Grundversorgung der Bevölkerung betroffen sind und eine Aufwertung der öffent-

lichen Dienste, bzw. der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Sinne des neuen Artikels 16 EGV notwendig ist. Gelingt es also, hinreichend Klarheit zu schaffen über die Abgrenzung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten, dann gilt für die Daseinsvorsorge im wirtschaftlichen Bereich: Die Mitgliedstaaten haben Gestaltungsfreiheit bei der Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge. Außerdem müssen die betreffenden staatlichen Behörden, um ihre Aufgaben wahrnehmen zu können, völlig transparent vorgehen und möglichst genau ermitteln, welchen Bedarf die Leistungen der Daseinsvorsorge aus der Sicht der Verbraucher decken sollen, wer für die Einführung und Durchsetzung der einschlägigen Verpflichtungen zuständig ist und wie diese Verpflichtungen erfüllt werden sollen. Schließlich:

„Die Neutralität in Bezug auf die Form der Unternehmensorganisation – öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich – wird durch Artikel 295 EGV gewährleistet. Die Kommission macht also keine Vorgaben dahingehend, dass Leistungen der Daseinsvorsorge von öffentlichen oder privaten Unternehmen zu erbringen sind, und verlangt auch nicht die Privatisierung öffentlicher Unternehmen.“⁹⁾

Auf diesem von der EU gewiesenen Weg ist es möglich, öffentliche Aufgabenerfüllung und Gemeinwohlorientierung mit den Wettbewerbsprinzipien zu versöhnen. Er lautet kurz gefasst: Daseinsvorsorge sollte konkret definiert werden und ist sowohl Sache der privaten als auch der öffentlichen Wirtschaft. Das heißt, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse können sowohl von öffentlichen als auch von privaten Unternehmen erbracht werden und je nach den Umständen und entsprechend den konkreten Marktsituationen muss unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit sichergestellt werden, dass Einschränkungen des Wettbewerbs und Begrenzungen der Freiheiten im Binnenmarkt nicht über das zur wirksamen Erfüllung der Aufgabe notwendige Maß hinausgehen.¹⁰⁾ Letzteres bedeutet praktisch, dass sich die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen für Sonderrechte oder Ausnahmen vom Beihilfe-Verbot zugunsten von „Daseinsvorsorge-Unternehmen“ entscheiden können.

Das Fazit aus diesen Überlegungen lautet also wie folgt:

- Es bleibt bei dem Grundsatz der Gemeindeordnungen der Länder, wonach der öffentliche Zweck bzw. die öffentliche Aufgabe das kommunale Unternehmen rechtfertigen muss.
- Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 38, 258, 270ff) gehört die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung

zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften und stellt somit eine öffentliche Aufgabe dar.

- Die Bejahung einer öffentlichen Aufgabe im Bereich Daseinsvorsorge bzw. synonym einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ begründet eine Verantwortung der Kommune zur Aufgabenerfüllung und gibt ihr auch das Recht, die Aufgabe unter freier Wahl der Rechtsform selbst zu erfüllen. Die öffentliche Aufgabe begründet aber keine Verpflichtung, z.B. zur Eigenerfüllung, sondern die Städte und Gemeinden können sich entscheiden, wie sie die Ver- und Entsorgung der Bevölkerung zukünftig sicherstellen wollen. Nach neuester Auffassung des Deutschen Städtetages können die Städte in etlichen Fällen ihren Sicherstellungsauftrag auch dann erfüllen, wenn am Allgemeininteresse orientierte Ziele in die Ausschreibungsbedingungen aufgenommen werden, die Einhaltung dieser Ziele kontrolliert und die Nichteinhaltung sanktioniert wird. Damit verweist nun der Deutsche Städtetag auf die alternative Möglichkeit für die Städte, sich auf eine Gewährleister-Rolle zurückzuziehen.¹¹⁾
- Wenn die Kommunen nach dieser Opportunitätsentscheidung über das „Wie“ der Aufgabenerfüllung sich für die Eigenerfüllung durch kommunale Unternehmen entscheiden, dann muss sichergestellt sein, dass diese Unternehmen, die regelmäßig im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen werden, auch Teil einer pluralistischen Ver- und Entsorgungslandschaft sind und deshalb zwangsläufig gleiche Wettbewerbsbedingungen beanspruchen müssen.
- Gleiche Wettbewerbsbedingungen verlangen, dass die kommunalen Unternehmen von unangemessenen Einschränkungen des Gemeindefirtschaftsrechts befreit werden. Dies gebietet, an das Vorliegen eines „öffentlichen Zwecks“ künftig weniger oder andere strenge Anforderungen zu stellen, das Örtlichkeitsprinzip zu lockern und die Subsidiaritätsklauseln einzelner Gemeindeordnungen zu streichen.
- Rechtspolitisch ist schließlich geboten, dass der nationale Gesetzgeber entsprechend Artikel 16 EGV und gemäß den Grundsätzen der zitierten Mitteilung vom 20. September 2000 die Bereiche der Daseinsvorsorge klarer definiert, damit transparent gemacht und legitimiert wird, wann und wie Sonderrechte und Beihilfen an öffentliche und private Unternehmen der Daseinsvorsorge gewährt werden.

Abschließend sei angemerkt, dass gerade die aktuelle Diskussion über die Wasserversorgung paradigmatisch ist und zu dem Plädoyer für die Aufrechterhaltung eines öffentlichen Sektors in der Wirtschaft beigetragen hat. Betont sei allerdings noch einmal, dass, auch wenn dies keine exklusive Veranstaltung der öffentlichen Hand mehr ist, das alte „Eigenerfüllungs-Dogma“ nun nicht durch ein „Privatisierungs-Dogma“ und „Subsidiaritäts-Dogma“ zu Lasten der kommunalen Unternehmen ersetzt werden darf. Das damit angestrebte plurale und auch dezentrale Wirtschaftssystem setzt allerdings neben den geforderten Anpassungen der Gemeindeordnungen voraus, dass genügend Kommunen weiterhin mit ihren Unternehmen aktive Marktteilnehmer bleiben. Sollte der häufig fiskalisch bedingte Trend zu Verkäufen von Stadtwerken anhalten, dann wäre dieses Nebeneinander von privater und öffentlicher Wirtschaft beseitigt und die so wichtige Wettbewerbs-Regulativ-Funktion, die Stadtwerke gerade im Energiesektor haben, geschwächt. Es drohen dann Oligopol-Strukturen und außerdem kämen die Kommunen an breiter Front in eine Gewährleisterrolle, deren praktische Konsequenzen noch nicht geklärt sind. Fest stünde nur, dass dann die Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge keine aktiven Mitgestalter mehr wären, sondern nur noch Beobachter der Daseinsvorsorge und bloße Ausfallbürgen.

-
- 1) Reichard, Christoph, Kommunale Wirtschaft unter Anpassungsdruck, Bd. 48 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 2000, S. 22.
 - 2) Eichhorn, Peter, Kundenorientierung und Personalmanagement in Unternehmen der Daseinsvorsorge, Heft 25 der Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Baden-Baden 1999, S. 20.
 - 3) Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, München und Berlin 1966, S. 531.
 - 4) Ebenfalls in die Erstellung des Gutachtens eingebunden waren Prof. Dr. Salzwedel, das Ecologic-Institut Berlin und das Tübinger Hygieneinstitut. Schwerpunkte des Gutachtens sind u.a. der internationale Vergleich, europäische Entwicklungen, die Markttöffnung bei gleichzeitiger Sicherstellung einer nachhaltigen Wasserwirtschaft, einschließlich der Folgeabschätzung für die dezentrale Struktur der Trinkwasserversorgung, die Umwelt und die Gesundheit sowie Modellvorstellungen für eine etwaige Novellierung des geltenden Rechts.
 - 5) Ewers u.a., Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Markttöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, BMWi-Forschungsvorhaben (11/00), S. 7.
 - 6) Deckmantel Daseinsvorsorge, BDI-Broschüre, 12/2000, S. 47.
 - 7) Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V. zur Weiterentwicklung des Gemeindefirtschaftsrechts, Berlin, April 2001, S. 2.
 - 8) Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage „Sicherung des Bestandes und Fortentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland im Rahmen der Rechtsetzung der Europäischen Union“, BT-Drucksache 14/5636, S. 5.

- 9) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Veröffentlichung der deutschen Fassung des Mitteilungstextes, Brüssel, 20.09.2000, S. 11.
- 10) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Veröffentlichung der deutschen Fassung des Mitteilungstextes, Brüssel, 20.09.2000, S. 4.
- 11) Leipziger Resolution der Hauptversammlung des Deutschen Städtetages vom 10. Mai 2001, S. 9.
-

Literatur

- Bundesregierung: Antwort auf die Anfrage „Sicherung des Bestandes und Fortentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland im Rahmen der Rechtssetzung der Europäischen Union, BT-Drucksache 14/5636, S. 5.
 - Deckmantel Daseinsvorsorge, BDI-Broschüre, 12/2000, S. 47.
 - Eichhorn, Peter: Kundenorientierung und Personalmanagement in Unternehmen der Daseinsvorsorge, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Heft 25. Baden-Baden 2000, S. 2.
 - Ewers, Hans-Jürgen et al.: Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, in: BMWi-Forschungsvorhaben 11 (2000), S. 7.
 - Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, München und Berlin 1966, S. 531.
 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung der Kommission (KOM (2000) 580 endg. vom 20.09.2000).
 - Leipziger Resolution der Hauptversammlung des Deutschen Städtetages vom 10. Mai 2001, S. 9.
 - Reichard, Christoph: Kommunale Wirtschaft unter Anpassungsdruck, Bd. 48 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Baden-Baden 2000.
 - Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V. zur Weiterentwicklung des Gemeinwirtschaftsrechts, Berlin, April 2001, S. 2.
-

Der Autor:

Michael Schöneich, geb. 1944, Studium der Rechtswissenschaften, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Universitäten Gießen und Bielefeld, Referent im Bundesinnenministerium, Kommunaler Wahlbeamter (Erster Beigeordneter des Landkreises Marburg-Biedenkopf), Beigeordneter des Deutschen Städtetages in Köln bzw. Berlin, seit 01.01.2000 Hauptgeschäftsführer des Verbandes kommunaler Unternehmen in Köln.

Stephan Leibfried

Über die Hinfälligkeit des Staates der Daseinsvorsorge

Thesen zur Zerstörung des äußeren Verteidigungsringes des Sozialstaates

1. Der deutsche Sozialstaat wird normalerweise als ein – weitgehend nationaler – Sozialversicherungsstaat gesehen, ummantelt von Fürsorge und Versorgung. Das ist aber nur die sichtbare „Spitze des Eisbergs“. Seit dem 19. Jahrhundert ist der Sozialstaat zusammen mit dem „Staat der Daseinsvorsorge“ gewachsen, wie ihn Ernst Forsthoff 1938 (1938, 1958; s. a. Scheidemann 1991) gekennzeichnet hat. Diese Daseinsvorsorge, die zunächst vor allem im kommunalen Bereich angesiedelt war, umfasste die ganze öffentliche Infrastruktur, „vorsorge“, also Sozialleistungen, die nicht als Geldtransfers oder persönliche Dienstleistungen erbracht werden konnten: Sie reichte von der Versorgung mit Elektrizität und Gas über Transportleistungen (Bahnen, Busse) weiter zu öffentlichen Bädern u.ä. Anlagen bis hin zu Straßenbau und Kanalisation.

2. Diese öffentliche Daseinsvorsorge lässt sich in Deutschland als ein äußerer, in einem Jahrhundert selbstverständlich gewordener sozialstaatlicher Umverteilungsring verstehen. Sein sozialstaatliches Wesen ist vor allem durch folgende Merkmale bestimmt:

- Es geht, erstens, um lebenswichtige Güter, deren Nichtbereitstellung **soziale Risiken** für alle Bürger nach sich zieht, so etwa hygienische im Fall von Wasserversorgung und Kanalisation.
- Es geht, zweitens, um Güter, die gewissermaßen *Beveridge*-Qualitäten haben, die also universalistisch bereitgestellt werden müssen, wenn Seuchenschutz usw. wirklich funktionieren soll. Haverkate und Huster drücken das juristisch aus: „Die staatliche Daseinsvorsorge“ soll „eine **flächendeckende** Versorgung mit bestimmten lebenswichtigen Gütern sicherstellen“ (1999, S. 296). Es besteht daher, etwa bei Wasser, Anschluss- und Benutzungszwang, der historisch durch eine monopolistische Herausnahme aus dem Markt bewerkstelligt wird. Damit war dieser ganze Bereich vor der EU automatisch dem Wettbewerbsrecht entzogen.

- Die Versorgungsströme selbst fließen, drittens, auch klassenmäßig anders als sie es in einem Markt getan hätten: Der Staat der Daseinsvorsorge ist in seiner „Tarifgestaltung durch Sozialtarife geprägt“, wies also „deutliche Umverteilungszüge“ auf (Haverkate / Huster 1999, S. 296). Diese Umverteilung lässt sich zunächst typischerweise im „Oben-unten-Modell“ der sozialen Schichtung denken, etwa als preiswerter Zugang der städtischen Lohnarbeiter zu Wasser, Verkehr, Straßen, Strom, Gas, Bädern pp. Umverteilung findet aber auch im „sozialräumlichen“ Sinne statt (Regionalpolitik) – also gewissermaßen klassenindifferent –, wenn die Peripherie (das Land) zu billigeren Kosten angeschlossen wird, als sie es in einem Markt werden würde.

3. Mit Haverkate und Huster (1999, S. 296) lässt sich allgemein sagen: Dieser deutsche Staat der Daseinsvorsorge ist seit der zweiten Hälfte der 1980er Jahre gewissermaßen „über Nacht umgestürzt worden“. Es handelt sich hier um einen „Nebenkriegschauplatz“ der europäischen, der europarechtlichen Transformation des gesamten deutschen Wirtschaftsrechts (vgl. Schwarze, 2001). Die Qualität der Auswirkung der europäischen Integration kann im **Vergleich der Wirtschaftssektoren** bestimmt werden: „Seit der Grundentscheidung für den europäischen Binnenmarkt in den römischen Verträgen (von 1957 – SL) ist das geltende Wirtschaftsrecht der Mitgliedstaaten durch nichts anderes so grundlegend verändert worden wie durch die Anwendung des Art. 90 Abs. 1 EGV (Art. 86 Abs. 1 EGV n.F.)“ (296).¹⁾ Die Abbildung 1 auf S. 160 zeigt die Startzeitpunkte der einzelnen Privatisierungsschübe und ordnet sie größeren Epochen zu.

4. Wie Abbildung 1 zeigt, geht es hier um den relativ seltenen Fall einer **schlagartigen Umkristallisierung** einer ganzen Sozialsphäre in maximal einem Jahrzehnt. Das ist als „Zerstörung“ einer etwa ein Jahrhundert alten Formation leichter zu gestalten, als es ein **Neuaufbau** eines sozialstaatlichen Netzes wäre: Das positive Schaffen einer sozialstaatlichen Formation brauchte Jahrzehnte und zwar selbst bei der Bismarck’schen Sozialversicherungsgesetzgebung, die ohne Vorläufer (Kassen, Haftpflicht, einige Betriebsrenten plus Beamten- und Militärversorgung) und „Nachrundungen“ (bis zur Reichsversicherungsordnung 1911) nicht zu denken ist. Für die Zerstörung reicht es aus, wenn die Fundamente an einigen zentralen Stellen brüchig gemacht werden: Dann ergibt sich eine *race to market conditions* bzw. erfolgt eine *race away from the welfare state* oder *away from the provision state*. Ein Neubau, also eine *race to the welfare state*, ließe sich auf diese schlichte Weise nicht vornehmen. Die Formierung verläuft also im Rückwärts- und im Vorwärtsgang nicht strukturell symmetrisch.

Abbildung 1: Ringe der Zersetzung des klassischen Staates der Daseinsvorsorge durch die EG in Deutschland

Sektor	Initiierung der Reformen	Periode
Post I (Telekommunikation)	1987 ff.	Binnenmarktprogramm: 1986-1992 (Delors-Programm, Einheitliche Europäische Akte, EEA)
Bahn	1991 ff.	
Monopolversicherungen (Gebäude etc.)	1992 ff.	
Flughafenbodendienste	1994 ff.	Nachfolgeprogramme ab 1992
Post II (Briefpost pp.)	1995 ff.	
Post III (Postbank)	1995 ff.	
Strom (Kommunal I)	1995 ff.	
Erdgas (Kommunal II)	jetzt	
Wasser (Kommunal III)	demnächst	
Städtische Verkehrsbetriebe (Kommunal IV etc.)		
Straßenbau und -betrieb, etc.		

Quelle: Zusammengestellt nach dem Text von Haverkate / Huster (1999: S. 290-295).

5. Die Umkristallisation dieser Sozialsphäre setzte dabei strategisch immer an der **kritischsten Stelle** an („Rosinenpickerei“). Die Fundamente wurden zuerst an der tragenden Stelle brüchig gemacht: Die finanziellen „Milchkühe“ des gebührenbasierten Staates der Daseinsvorsorge wurden als erste aus der Herde aller Einrichtungen ausgegliedert. In wettbewerbsrechtlicher Sprache: Die Quersubventionierung durch andere Gebühren wurde unterbunden.²⁾ Das hatte automatisch zur Folge, dass der Rest der Herde sehen musste, wie er ohne diese Milchkühe anderwärts seine Versorgung sicherstellen konnte. Dafür kamen nur noch zwei Auswege in Betracht: Steuerstaat oder Markt. Diese großen Kapitalbedarfe konnten in den 1990er Jahren nur noch vom Markt, nicht aber mehr vom Staat gestillt werden. Damit waren die nächsten Wellen der Privatisierung programmiert. Für den Teil der Daseinsvorsorge, in dem bundesweit einheitlich organisiert gleichheitlich Leistungen erbracht wurden, bildete die Herauslösung des Telefondienstes aus der Bundespost (Post I) die kritische Schwelle; daraus folgten dann alle Weiterungen (Post II, Post III). Für den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, der Stadtwerke usw., war die Stromversorgung (Kommunal I) die

kritische Schwelle. Ihrer Herauslösung kommt kommunal die gleiche Bedeutung zu wie der des Telefondienstes bei der national standardisierten Daseinsvorsorge (Kommunal II, III etc.). Über den verborgenen Kommunal-Haushalt, der sich aus hohen Gebühren im Strombereich speiste, waren bis dahin viele defizitäre kommunale Infrastrukturleistungen (Bäder, Transport) finanziert worden. Das wird nun unmöglich – und kann auch vom offiziellen Kommunalhaushalt kaum noch aufgefangen werden.

6. Mit dem Entfallen des Staats der Daseinsvorsorge steht der Sozialstaat im engeren Sinne nun ohne diese schützende Einbettung dem EG-Recht gegenüber. Diese Entwicklung ist in der Wissenschaft weitgehend nicht gesehen worden, weil die Studien auf Brüssel (De-Regulierungs-Richtlinien) oder national auf Sektoren (Telekommunikation, Energie) orientiert waren.³⁾ Die „tiefer liegende“ sozialstaatliche Einbettung ist dabei aus der Sicht geraten. Die De-Regulierung des Öffentlichen dürfte aber in weiteren Runden umfassend auch auf den sozialstaatlichen Bereich im engeren Sinne erstreckt werden, wenn nicht durch Sperrklauseln in den Europäischen Verträgen Einhalt geboten wird: Alle Aktivitäten, die Private ebenso anbieten oder anbieten könnten,⁴⁾ werden für den Wettbewerb geöffnet. Dafür war der Staat der Daseinsvorsorge nur das erste Exempel, der Probelauf. Nur dort, wo der Staat sich in größerem Umfang auf Umverteilung konzentriert bzw. in Zukunft konzentrieren will, wird er von De-Regulierung ausgenommen: **Denn für Umverteilung lassen sich keine privaten Anbieter finden.** Die meisten Sozialstaatsreformen in der OECD-Welt und in Deutschland gehen eher in Richtung von weniger Umverteilung und mehr *quid pro quo*. Deshalb wird man generell sagen können: Der deutsche Sozialstaat bewegt sich immer näher an die Schwelle heran, wo einzelne seiner Elemente „von oben“ für private Konkurrenz systematisch geöffnet werden. Eine Rentenreform, die das Äquivalenzprinzip immer stärker macht, schafft am Ende auch das „Soziale“ an der „Sozialversicherung“ ab. Sie öffnet diesen Sektor so – weit über die 4 Prozent der Riester'schen Rentenreform von 2000/2001 – für die privaten Finanzdienstleister. Am weitesten ist dieser Prozess in Deutschland im Bereich der Gesundheitspolitik vorangeschritten. Dort finden sich auch erste deutliche Urteile des Europäischen Gerichtshofes Anfang der 1990er Jahre, etwa Kohll und Decker.

7. Soweit die EU bei sozialen und finanziellen Dienstleistungen den Wettbewerb nicht greifen lässt, beschränken sich die Ausnahmen, wie Abbildung 2 zeigt, auf wenige Tatbestände, deren Vorliegen positiv nachgewiesen werden muss und die den zerstörten Sozialstaatsring der Daseinsvorsorge nicht mehr umfassen.

Abbildung 2: Wo gilt das Wettbewerbsrecht nicht? Die Messlatten des Weißbuchs über *Services of General Interest in Europe*

Nr.	Art der Aktivität	Seite								
1	<p>Nicht-wirtschaftliche Aktivitäten. Dieses Kriterium entscheidet über den Ausgang des ganzen Verfahrens. Zwei „kulturelle Filter“ wirken hier:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Gibt es „generische“ Ausnahmen – solche für eine „Gattung von Handlungsarten“ –, die sich aus einem allgemeinen europäischen kulturellen Verständnis ergeben und die ein marktliberales „reduktionistisches“ Verständnis von Kultur – „alles ist ökonomisch“ – überwinden können? Was ist die „Seele der EG“? Nur der Markt oder auch ein europäisches Kultur- und Sozialmodell? ■ Wenn solche allgemeinen Ausnahmen nicht geduldet werden, werden dann Ausnahmen „vom Ergebnis (<i>outcomes</i>) her“ gemacht? Je mehr ein Staat umverteilt, je weniger wird dies als „wirtschaftliches Handeln“ gesehen und je mehr kann dieser Bereich <i>outcomes</i>-generisch aus wirtschaftlichem Handeln herausgenommen werden. Was heißt dann „umverteilen“? <p>Nach dieser Stufe ist die Beweislast definitiv verschoben: Nun steht fest, dass „wirtschaftliches Handeln“ vorliegt. Wer das anders sieht, muss selber darlegen, warum für ihn ausnahmsweise anderes gelten soll, so:</p>	12								
2	<p>Wenn Handel nicht betroffen wird: Aber was ist „Handel“? Das ist ein weiterer „kultureller Filter“. Hier können wieder generisch Ausnahmen gemacht werden oder es wird der marktliberale Weg weiter gegangen, wonach grundsätzlich „alles handelbar“ ist. Dann fallen alle sozialen und finanziellen Dienstleistungen, im weitesten Sinne, unter „Handel“.</p>	13								
3	<p>De minimis – wenn die öffentliche Tätigkeit nicht ins Gewicht fällt.</p>	14								
4	<p>Ausnahmsweise Zulässigkeit I: Wo der Vertrag solche Aktivitäten dennoch erlaubt, so als „Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“ (Art. 73 des Vertrages von Amsterdam) oder „zur Förderung von Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes“, Art. 87 (3) des Vertrages von Amsterdam, was einschließt:</p> <table border="0" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;">■ Beihilfen für Kleinbetriebe</td> <td style="width: 50%;">■ Qualifizierungsprogramme</td> </tr> <tr> <td>■ Unterstützung für städtische Problemgebiete</td> <td>■ Regionalpolitik</td> </tr> <tr> <td>■ Beschäftigungsprogramme</td> <td>■ Umweltschutz</td> </tr> <tr> <td></td> <td>■ Forschung & Entwicklung</td> </tr> </table>	■ Beihilfen für Kleinbetriebe	■ Qualifizierungsprogramme	■ Unterstützung für städtische Problemgebiete	■ Regionalpolitik	■ Beschäftigungsprogramme	■ Umweltschutz		■ Forschung & Entwicklung	14
■ Beihilfen für Kleinbetriebe	■ Qualifizierungsprogramme									
■ Unterstützung für städtische Problemgebiete	■ Regionalpolitik									
■ Beschäftigungsprogramme	■ Umweltschutz									
	■ Forschung & Entwicklung									
5	<p>Ausnahmsweise Zulässigkeit II: Wenn die Mitgliedstaaten dennoch „Unternehmen“ mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut“ haben – Art. 86 (2) des Vertrags von Amsterdam.</p>	10								

8. Abschließend sei allein auf das erste Kriterium aus diesem Schaubild näher eingegangen, weil dort die Weichen gestellt werden: Für nicht-wirtschaftliche Aktivitäten gilt das Wettbewerbsrecht nicht.

- Entscheidend ist, wie man in diese Thematik einsteigt: Der EuGH nimmt wohl an, alles ist wirtschaftliches Handeln, wenn das Gegenteil nicht nachgewiesen werden kann. Damit ist die Beweislast verschoben. Ist alles Handeln im Zweifel wirtschaftlich? Oder können wir in Europa von einem breiten Verständnis des „Nicht-ökonomischen“, von jedenfalls einem **alternativen** Fokus ausgehen, weil wir eine andere Kultur als die USA haben und erhalten wollen? Gibt es ein europäisches Modell, das den Markt überschreitet, überwölbt? Gibt es also einen Bereich, der *sui generis* und damit definitionsgemäß nicht-wirtschaftlich ist?⁶⁾ Gibt es damit einen Bereich, der nicht in jedem Einzelfall **ad hoc** als nicht-wirtschaftlich nachgewiesen muss? Gäbe es einen solchen Bereich, entfielen auch die Beweislastverschiebung, die alles Andersartige als zu beweisende Ausnahme an die Wand drückt – dann wäre wirtschaftliches Handeln ebenso nachzuweisen wie nicht-wirtschaftliches.
- Gibt es einen solchen Alternativ-Bereich nicht, dann fällt sowohl der Transfer wie der Dienstleistungsstaat unter wirtschaftliches Handeln. Dann befinden wir uns mitten im Gefälle des zweiten beim ersten Kriterium angegebenen Tatbestands: Kann etwas als deutlich **umverteilend** nachgewiesen werden, fällt es unter die Ausnahme. Ein stark (zwischen Klassen) umverteilender Wohlfahrtsstaat hätte mit dem Wettbewerbsrecht keine Probleme. Das geht das Marktrecht nichts an, denn es geht um *politics against markets* (Gösta Esping-Andersen), staatliches Handeln in diametraler Opposition zum Markt. Aber hier wird die Ausnahme nicht auf eine **Art** des Handelns, sondern auf **Auswirkungen** des Handelns gegründet: Die umverteilende Wirkung muss nachgewiesen werden. Was „Um“-Verteilung heißt, steht nicht eindeutig fest, aber wenn sie vorliegt, gilt das Wettbewerbsrecht nicht. Wenn es keine generischen Ausnahmen nach der Art des Handelns gibt, so gibt es doch solche, die von den Folgen her rückwärts gerechtfertigt werden. Aber diese Ausnahmen sind gefährlicher: Die Folge muss als faktisch durchgreifend immer wieder und für jeden Bereich nachgewiesen werden und sie muss wohl auch deutlich das Geschehen bestimmen. Dabei geht die Wirklichkeit der Sozialstaatsreform eher von Umverteilung weg: Kurzum, der nachweisbare Ausnahmehereich schrumpft zusehends.
- Die Umverteilungsfrage ist vielleicht bei Geldtransfers leichter zu beantworten: Wir könnten die Sozialhilfe als (vertikale) Umverteilung ansehen, weil Steuern

schwerpunktmäßig eher von Nicht-Armen eingenommen und eher an Arme verteilt werden. Aber wie steht es um soziale Dienste? Wirken Kinderhorte oder -gärten umverteilend? Ist dabei nur auf die Kostenseite und nicht auch auf die Dienstleistungsseite abzustellen? Wie viele hypothetische Unterstellungen sind da nötig? Wie kann das jeweils im Einzelfall nachgewiesen werden? Läge es nicht näher, auf den Typ des Handelns abzustellen, auf eine andere moralische Ökonomie von Dienst, von Dienen? Da es generell schwieriger ist, die Umverteilungseffektivität des Dienstleistungsstaates in all seinen Komponenten als die des Geldtransfer-Staates konkret zu beweisen, ist der *care state* auch weit gefährdeter dafür, gänzlich unter „wirtschaftliches Handeln“ zu fallen und zu verschwinden.

- Folgt man dem amtlichen Verständnis, ist Kriterium 1 schnell erledigt: Da alles mehr oder weniger wirtschaftliches Handeln ist, kommt es nur auf die Ausnahmen der Kriterien 2 bis 5 an. Aber hinter diesem Schnellgang verbirgt sich das eigentliche Problem: Wie versteht man in Europa „wirtschaftlich“ versus „sozial“? Ist soziales, wohlfarthliches Handeln ein Handeln eigener Art oder „marktlich“ wie jedes andere Handeln auch? Bricht jede Unterscheidung im Angesicht des Begriffs „Markt“ zusammen? Der EuGH unterscheidet dabei nicht zwischen wirtschaftlichem und wohlfahrtsstaatlichem Handeln. Er hat den Begriff „Unternehmen“ zügig auf die soziale Sicherung ausgedehnt. Den Durchbruch brachte eine Entscheidung 1991 gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit bei höheren Angestellten (Höfner and Elsner Rs. C-41/90; EuGH Amtl. Slg. 21, 271ff.). Diese Entscheidung ist durchaus typisch: Der EuGH behandelt die Bundesanstalt als Unternehmen und stellt ein Instrument in Frage, das er für ineffektiv hielt. Daraufhin hat der Bundestag 1994 gleich das ganze Vermittlungsmonopol gekippt. Aber wie Haverkate und Huster schreiben (1999, S. 298): „Die spannende Frage war nun, zu welcher Haltung sich der EuGH im Bereich der eigentlichen Sozialversicherungsleistungen entschließen würde.“ Wenn wir der deutschen Sozialrechtsliteratur Glauben schenken dürfen (ebenda, S. 299ff.), ist auch diese Frage nicht mehr offen, sondern die Tendenz geht klar in die Richtung: Alles sozialstaatliche Handeln wird als wirtschaftliches eingeordnet. Jedenfalls stehen diese Türen sperrangelweit offen.

1) Zum allgemeinen Europäisierungskontext des Wirtschaftsrechts s. Joerges, 1991.

2) Dabei wirkten die Steuergesetzgebung und die De-Regulierung der Sektoren selbst infolge

des EG-Rechts zusammen. Bisher lässt sich dieses Zusammenwirken nicht im Einzelnen historisch nachvollziehen. Steuerrechtlich wurde vor allem dafür gesorgt, dass etwaige Subventionen nicht mehr vor Steuern abgezogen werden konnten, also für die subventionierende Sparte teurer wurden.

- 3) Haverkate / Huster sind insofern eine große, systematische Ausnahme, eine erste Synthese. Allerdings begrüßen sie diesen Prozess des *disembedding*.
- 4) Sofern also Monopole der Aktivität Privater entgegenstehen, hindert das diese Argumentation nicht.
- 5) Die Kriterien werden hier in der Reihenfolge aufgeführt, wie sie Peter Martin Smith (Europäische Kommission) auf dem 75. Deutschen Fürsorgetag in Hamburg (14./15. November 2000) dargestellt hat. Die angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf das Weißbuch.
- 6) Einen solchen Bereich nimmt Ipsen (1997) an.

Literatur

- Forsthoff, Ernst, 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger. Stuttgart: Kohlhammer.
- Forsthoff, Ernst, 1958: Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Ein Vortrag. Köln-Marienburg: Sigillum Verlag.
- Haverkate, Görg, / Huster, Stefan, 1999: Europäisches Sozialrecht. Eine Einführung. Baden-Baden: Nomos.
- Ipsen, Knut, 1997: Soziale Dienstleistungen und EG-Recht. Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die mitgliedstaatliche Förderung sozialer Dienstleistungen im Bereich der Freien Wohlfahrtspflege. Berlin: Schmidt.
- Joerges, Christian, 1991: Markt ohne Staat? - Die Wirtschaftsverfassung des Gemeinschaftsrechts und die regulative Politik. In: Rudolf Wildenmann, (Hrsg.): Staatswerdung Europas? Optionen für eine politische Union. Baden-Baden: Nomos, S. 225-267.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1996: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. Mitteilung der Kommission (KOM (2000) 580 endgültig).
- Leibfried, Stephan, 2001: Summing-Up of the Main Points and Arguments of the Expert Meeting. In: Observatory for the Development of Social Services in Europe (Hrsg.): Services of General Interest in Present and Future Europe - The Future of Municipal and Charitable Social Services. Frankfurt a.M.: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, S. 94-109.
- Scheidemann, Dieter, 1991: Der Begriff der Daseinsvorsorge: Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs. Göttingen u.a.: Muster-Schmidt.
- Schwarze, Jürgen, 2001: Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Jg. 12, Heft 11, S. 334-339.

Der Autor

Prof. Dr. rer. pol. Stephan Leibfried, geb. 1944, seit 1974 Professor für Sozialpolitik und Sozialverwaltung an der Universität Bremen, dort Mitaufbau des Zentrums für Sozialpolitik und des Sonderforschungsbereichs „Statuspassagen und Risikolagen im Lebenslauf“ (1988-2001), insgesamt vieljährige Arbeitsaufenthalte in den USA und Großbritannien, Arbeitsschwerpunkte: Zusammenwirken von Weltmarkt und Wohlfahrtsstaat (s. u.a. Rieger, Elmar / Leibfried, Stephan, 2001: Grundlagen der Globalisierung. Perspektiven des Wohlfahrtsstaates. Frankfurt a. M.: Suhrkamp), Zukunft des Wohlfahrtsstaats unter den Bedingungen der europäischen Integration (vgl. Leibfried, Stephan, 2001: Welfare State Futures, Cambridge: Cambridge University Press), Armut in Westeuropa und in Deutschland (vgl. Leisering, Lutz / Leibfried, Stephan, 1999: Time and Poverty in Western Welfare States. United Germany in Comparative Perspective. Cambridge: Cambridge University Press).

Resümee

Versuch einer Zusammenfassung des Kolloquiums

I. Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland – Begriffe und Tendenzen

„Die Daseinsvorsorge, deren Zweck die Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse zu sozial angemessenen Bedingungen ist, ist Teil der öffentlichen Verwaltung“. In solch lapidarer Kürze glaubte Ernst Forsthoff, der „Vater“ des Begriffs, dessen inhaltliche Definition, seine Zweckbestimmung und seine rechtssystematische Einordnung (mit allen daran hängenden Konsequenzen) feststellen zu können (Forsthoff, 1966, S. 531, s. auch schon denselben, 1938). Die Zuständigkeit und Pflicht zur Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge sah Forsthoff in erster Linie bei den Gemeinden; der wesensmäßige Unterschied der Daseinsvorsorge zu einer privatwirtschaftlichen Betätigung liege in der „Verpflichtung zur Bedürfnisbefriedigung ohne Chance der Gewinnerzielung.“

Hier konnte und kann die moderne Lehre von der „Verwaltung als Leistungsträger“ (Forsthoff, 1938) an ältere gemeinderechtliche Traditionen anknüpfen, nach denen eine Vielzahl gemeinwohlorientierter Einrichtungen zu den Aufgaben der Gemeinden gehörte. Beispielsweise nennt die Kurhessische Gemeindeordnung vom 23.10.1834, § 71, außer den Sparkassen die Krankenanstalten, die Feuerlösch- und Rettungsanstalten, Bewässerung, Entwässerung, Bäder, Kanäle und Straßen, Straßenbeleuchtungen, Markteinrichtungen, Friedhöfe mit Bestattungseinrichtungen und Stadttore (vgl. Stern / Püttner, 1965, S. 15). Heute haben die Gemeinden die Aufgabe, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit „die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen öffentlichen Einrichtungen bereitzustellen“ (z.B.: § 19 HessGO).

Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung der verschiedenen Daseinsvorsorgeeinrichtungen, die vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit dem raschen Wachstum der deutschen Großstädte vorangetrieben wurde, zeigt die Pluralität der typischen, auch heute wieder diskutierten rechtlichen Lösungsmöglichkeiten und die Wiederkehr der dazu gehörigen Argumente. So stand in der Zeit von 1830 bis 1870 nach englischem Vorbild der Bau von Gasanstalten zur Straßenbeleuchtung und Ener-

gieversorgung auf der Tagesordnung. Viele Städte, z.B. Düsseldorf und Köln, scheuten zunächst das wirtschaftliche und zum Teil auch das technische Risiko der neuen Versorgungstechnik und überließen deshalb privaten Unternehmen die Erfüllung der Aufgabe. Schlechte Erfahrungen mit den Privaten führten später manchmal zur Kommunalisierung der Betriebe. So erteilte die Stadt Köln 1839/40 der englischen „Imperial-Continental-Gasassociation“ eine Konzession zur Versorgung auf 25 Jahre. Als es gegen Ende der Vertragszeit zu Beschwerden und Streitigkeiten kam, wollte die wirtschaftsliberal eingestellte Mehrheit des Stadtrates dem Missstand durch eine Vertragsänderung abhelfen; die überstimmte Minderheit setzte jedoch mit Hilfe der Aufsichtsbehörde die Übernahme der Gasanstalt in städtische Regie durch. Die Stadt Magdeburg ging 1852 den Weg einer (in heutiger Terminologie) *public private partnership*, indem sie sich mit einem Drittel am Grundkapital einer neugegründeten privaten Aktiengesellschaft beteiligte. Andere Städte wie Kiel oder Leipzig nahmen 1835/36 die Gasversorgung von Anfang an in eigene Regie, wobei das Argument der stetigen Verbesserung der städtischen Beleuchtung eine wichtige Rolle spielte. (vgl. zum Ganzen Stern / Püttner, 1965, S. 19ff.) Ähnliche Entwicklungen – Beginn mit privaten Unternehmen, später nachfolgende Kommunalisierung – konnte man bei anderen Realisierungen des „technischen Fortschritts“ beobachten, etwa bei der Umstellung der städtischen Pferdeschienenbahnen auf elektrische Straßenbahnen (in Frankfurt/M. zwischen 1884 und 1910). Auch hier zögerten die Städte mit der Übernahme in eigene Regie, bemühten sich aber, die gemeinwohlrelevanten Gesichtspunkte wie Betriebssicherheit, Tarifgestaltung, Linienführung, Wagenfrequenz bei der Vertragsgestaltung ausreichend zur Geltung zu bringen.

Der kurze Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der gemeindlichen Daseinsvorsorge kann die Erkenntnis stärken, dass es wenig Sinn macht, die Auseinandersetzung um ihre künftige Gestalt in einem marktwirtschaftlich orientierten Europa im Zeichen der Konfrontation abstrakter Prinzipien zu führen, etwa unter dem Gegensatz von „öffentlicher, gemeinwohlorientierter Verwaltung“ zu „gewinnorientierter, privater Wettbewerbswirtschaft“. Auch die Hervorhebung idealtypischer Begriffe, die für alle Bereiche die gleiche Geltung beanspruchen, erscheint wenig hilfreich. Mit Recht wurde vor dem Fehler gewarnt, an die Stelle des gerade überwundenen Dogmas von der kommunalen Eigenerfüllung der Daseinsvorsorge-Aufgaben nun ein neues „Privatisierungsdogma“ oder „Subsidiaritätsdogma“ zu Lasten der kommunalen Unternehmen zu setzen (*Schöneich*). Und was sich für die Telekommunikationsdienste als zweckmäßig und erfolgreich erwiesen hat, muss deshalb nicht ohne weiteres auf andere (leitungsgebundene) Versorgungssysteme (z.B. Wasser) übertragbar sein.

Bei allen Unterschieden der Bewertung im Einzelnen herrschte **Übereinstimmung** zunächst hinsichtlich des Ausgangsbefundes: Der allenthalben zu beobachtende Rückzug des Staates aus der Eigenerledigung von Aufgaben rechtfertige es, für den Bereich der Daseinsvorsorge von einem **Paradigmenwechsel** und einer dadurch ausgelösten „**Beweislastumkehr**“ zu sprechen (Cox). An die Stelle des Leistungsstaates trete der **Gewährleistungsstaat**, der sich auf die Überwachung beschränkt, dass die notwendigen Leistungen zu angemessenen Bedingungen (vor allem auch: zu „Sozialtarifen“) angeboten und erbracht werden. Und an die Stelle des Sozialstaates, dessen Daseinsvorsorge immer auch „deutliche Umverteilungszüge“ (Haverkate / Huster, 1999) aufwies, trete der **Gewährleistungssozialstaat** (so kritisch *Leibfried*), dessen „umverteilende“, wohlfahrtsstaatliche Elemente als eigenständige in der alles ergreifenden und beherrschenden Kategorie des **Marktes** tendenziell verschwinden.

Die Diskussionsteilnehmer verzichteten auf den vermutlich ohnehin zum Scheitern verurteilten Versuch, einen die einzelnen Leistungsbereiche abschließend aufzählenden **Begriff der Daseinsvorsorge** zu erarbeiten. Jedoch herrschte insoweit Klarheit, dass der die **europarechtliche** Rechtslage leitende Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ – s. Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV, Art. 36 der EU-Charta der Grundrechte, ferner Anhang II der Mitteilung der Kommission vom 20. September 2000, KOM (2000) 580 endgültig – in seinem Kernbereich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge als deckungsgleich anzusehen sei. Für die Begriffe des *service public*, der *services of general interest* und vergleichbare Begriffe in anderen Ländern gilt Entsprechendes. In diesen Kernbereich fallen, auch nach Auffassung der Europäischen Kommission, insbesondere **Verkehrs-, Energieversorgungs-** (das heißt: Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser) und **Telekommunikationsdienste**. Die großen Fragezeichen, dies wurde alsbald deutlich, beginnen aber bei den Fragen nach dem Subjekt und nach der gegenständlichen Reichweite der **Definitions- und Interpretationsherrschaft**. Wer – die Organe der Europäischen Gemeinschaft oder primär die Mitgliedstaaten – soll, über den Kernbestand an Aufgaben hinaus, bestimmen, was zu den „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ zählt und was nicht? Insbesondere die Bereiche des kommunalen Kredit- und Sparkassenwesens, der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit wie Kranken- oder Rentenversicherungen (dazu insbesondere *v. Maydell*, *Haverkate* und *Leibfried*), aber auch das weite Feld der Bildung und der Kultur, vom Schul-, Hochschul- und Volkshochschulwesen bis Oper und Theater und Museum: alle unterliegen sie nicht nur dem Trend zur Privatisierung, sondern, mit der Liberalisierung, tendenziell auch dem Zugriff der europäischen Wettbewerbsregulierung. Der affirmativen Feststellung: „Es wird alles europäisch“ (*Friedrich*, tendenziell auch *Kurth*) – und damit Gegenstand des marktwirtschaftlichen Wettbewerbes –

stemmt sich die Aufforderung entgegen, dieser Sogwirkung durch eine klare Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zu begegnen (*Héritier*), wobei, und wohl zu Recht, die Scheidung nach Gewinn- bzw. Gemeinwohlorientierung (*Bocklet*) als ungeeignetes Kriterium verworfen wird (*Schöneich*).

Ebenso wie die Frage nach der gegenständlichen Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung (unterschwellig war die Tendenz spürbar, **kulturelle** Dienstleistungen (Rundfunk, zweifelnd aber *Sturm*) und solche des **Bildungswesens** dem Regime des „Marktes“ zu entziehen) fand auch die Frage nach der möglichen Intensität einer „europäischen“ Regelung keine einheitliche „Patent“-Antwort. Angesichts der sibyllinischen Unbestimmtheit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften war dies nicht anders zu erwarten.

Ein „juristischer“ Blick auf die einschlägigen Vertragsbestimmungen erscheint hier angebracht, um deutlich zu machen, dass die Vielfalt der im Kolloquium sichtbar gewordenen Positionen nicht nur in den Verschiedenheiten des „europäischen Geschmacks“ der Teilnehmer ihren Grund hat, sondern dass sie zugleich Ausdruck der **dynamischen** Verfasstheit der Europäischen Gemeinschaft ist. Es wird zum Beispiel auch ein gutes Stück positiven Vertrauens in den europäischen politischen Prozess sichtbar, wenn immer wieder betont wurde, man solle und könne die Abgrenzung der „Daseinsvorsorge“ nicht ein für alle Mal durchführen, vielmehr müsse man die Konkretisierung dieses offenen Begriffs der politischen Entwicklung überlassen. In diesem Zusammenhang fand auch der Vorschlag einer Vertragsergänzung nicht den Beifall der Mehrheit.

Die „juristische“ Betrachtung muss ihren Anfang bei Art. 86, insbesondere bei dessen Absatz 2 nehmen. Unternehmen, die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ zu erbringen haben, also Daseinsvorsorge-Unternehmen, unterliegen grundsätzlich den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft. Ihre Anwendung kann nur dann eingeschränkt werden, wenn und soweit diese die Erfüllung der besonderen Daseinsvorsorge-Aufgabe rechtlich oder tatsächlich **verhindern** würde. Entgegen dem strengen Wortlaut lässt die Rechtsprechung jedoch eine bloße Gefährdung der Aufgabenerfüllung ausreichen (Schwarze / von Burchard, 2000, Art. 86 EGV Rdn. 71ff.) Die Vorschrift verlangt von dem Anwender in der Regel eine äußerst komplexe und schwierige Prognose. Im Konfliktfall wird es entscheidend auf die Verteilung der Beweislast durch den EuGH ankommen, dessen Interpretationsherrschaft sich ohnehin durchsetzen wird. Das Gericht bestimmt auch, wann die Voraussetzungen des Absatz 2 Satz 2 erfüllt sind, wann also ein „dem Interesse der Gemeinschaft“ zuwiderlaufendes Ausmaß der Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs vorliegt. Eine offe-

ner, unbestimmtere Generalklausel, die den rechtsanwendenden Instanzen einen noch größeren Spielraum einräumte, ist kaum vorstellbar.

Gegenüber dem in Art. 86 EGV bekräftigten Wettbewerbsprinzip bildet Art. 16 EGV kein wirkliches Gegengewicht, obwohl die Vorschrift geschaffen wurde, um, vor allem auf Betreiben des Europäischen Parlaments, eine stärkere objektive Verankerung der Daseinsvorsorge als Ziel der Gemeinschaft und außerdem ein subjektives Zugangsrecht der Bürger zu den Dienstleistungen zu erreichen (Schwarze / Hatje, 2000, Art. 16 Rdn. 3). Obwohl Art. 16 zu den „Grundsätzen“ des Vertrages zählt (oder auch gerade deswegen), wird die Rechtswirkung der Vorschrift als gering eingeschätzt, ja, „mangels hinreichender Bestimmtheit“ sogar als keiner unmittelbaren Geltung fähig angesehen (a.a.O. Rdn. 7). In der Tat verweist sie, formal betrachtet, lediglich auf anderswo normierte Befugnisse, teils der Gemeinschaft, teils der Mitgliedstaaten. Der Grundsatz des Art. 86 Abs. 2 muss unangetastet bleiben. Dennoch geht die Bedeutung der Vorschrift über eine rechtlich nichtssagende, bloße Erinnerungsklausel hinaus. Denn der „Stellenwert“ der Daseinsvorsorgeeinrichtungen wird im Rahmen der „gemeinsamen Werte der Union“ immerhin ausdrücklich anerkannt und die Funktionsfähigkeit dieser Institutionen wird als Aufgabe sowohl der Gemeinschaft wie der Mitgliedstaaten festgeschrieben.

Das Bild wird durch die Aufnahme des **Zugangs** zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in die in Nizza im Dezember 2000 feierlich proklamierte EU-Charta der Grundrechte abgerundet, vgl. Art. 36. Die ganze Charta hat zunächst nur den Charakter einer feierlichen Erklärung ohne förmliche Aufnahme in den *acquis communautaire*, und Art. 36, so beilegt die „Erläuterung“ durch den Konvent festzustellen, begründe auch kein neues Recht, sondern „achte“ nur den Zugang zu den Daseinsvorsorgeleistungen entsprechend den einzelstaatlichen „Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ – freilich immer und nur „im Einklang“ mit dem Gemeinschaftsrecht.

Versucht man, dieses ganze, aus lauter Verweisungen bestehende Normenwerk synoptisch auf den Begriff zu bringen, so drängt sich die Vorstellung einer kunstvollen, aber labilen Gleichgewichts konstruktion auf, die ständig Gefahr läuft, nach der einen oder nach der anderen Seite hin umzukippen. Dies gilt für die Balance zwischen Gemeinschaftsebene und Staatenebene ebenso wie für die Balance zwischen ungebremstem Wettbewerbsprinzip und „gemeinwohlorientiertem“ Daseinsvorsorgeprinzip. In einer solchen Situation ist ein offener kolloquialer Austausch über Argumente und Standpunkte notwendig mehr als eine rein theoretische, „akademische“ Betrachtung; sie ist Mitarbeit an der permanent zu leistenden Konkretisierung normativer Ideen und Ideale.

II. Kriterien und Strategieansätze

Das Schader-Kolloquium nahm die mit der relativen Offenheit des normativen Horizontes gegebenen Chancen wahr, indem die Teilnehmer die Bedingungen für die künftige Gestalt der Daseinsvorsorgeleistungen in Europa konstruktiv zu formulieren versuchten.

Hier war zunächst im Hinblick auf die Gewichtsverteilung zwischen Gemeinschaftsebene und Staatenebene zu klären, ob die europäische Regulierung sich einerseits strikt auf die Aufrechterhaltung des Wettbewerbes zu beschränken und nur dann eingreifen hat, wenn ein Mitgliedstaat seine Definitions- und Normierungsprärogative (s. Art. 16 EGV, auch Art. 295 EGV) **missbräuchlich** ausübt („Offenkundigkeitskontrolle“, „Missbrauchskontrolle“ (*Bocklet*), oder ob andererseits die Europäische Union **inhaltliche Mindeststandards** für Leistungen der Daseinsvorsorge vorgeben darf und soll (*Héritier; Cox*).

Zu den Folgefragen gehörten sodann die nach den geeigneten Verfahren zur Konsensbildung und zur Durchsetzung der normierten Standards, also etwa die Frage, ob die Methode der „**offenen Koordinierung**“, wie sie gegenwärtig im Bereich der europäischen Sozialpolitik praktiziert wird, für andere Arbeitsfelder fruchtbar gemacht werden kann (grundsätzlich positiv: v. *Maydell*, einschränkend *Héritier*). Diese Verfahrensweise bietet sich als eine Art „Dritte Ebene“ zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat(en) auf den Tätigkeitsfeldern an, auf denen der Gemeinschaft eine direkte Regelungskompetenz (noch) fehlt, auf denen aber die Verwirklichung der europäischen Grundfreiheiten nach konsensualen Lösungen verlangt. Die „offene Koordinierung“ kann für sich einnehmen, weil sie dem Subsidiaritätsprinzip Respekt zollt und zugleich gemeineuropäische Effekte erzielt, jedoch ist sie *à la longue* eher als ein (vielleicht notwendiges) Durchgangsstadium anzusehen.

Auch hinsichtlich der wünschenswerten Instrumente zur Durchsetzung und Aufrechterhaltung der europäischen Standards zeigte sich ein breit gefächertes Meinungsspektrum. Der Einrichtung von spezifischen Regulierungsbehörden, etwa nach dem Muster des deutschen Telekommunikationsgesetzes, 10. Teil, oder mit der Unterstützung durch Gremien der „partizipatorischen Evaluation“ wie in Frankreich wurde die Möglichkeit der Kommunen gegenübergestellt, durch entsprechende Vertragsgestaltung bei der Privatisierung von Versorgungssystemen die für notwendig gehaltenen Rahmenbedingungen abzusichern. Auch *public-private-partnership*-Lösungen, die gemeinschaftsrechtlich unproblematisch sind (Art. 295 EGV), könnten im Sinne einer aus-

reichenden Berücksichtigung der Gemeinwohlbelange ausgestaltet werden. Im Grunde begegnen wir heute denselben Konzepten wieder, die schon um die Wende zum 20. Jahrhundert, etwa bei der Einführung der elektrischen Straßenbahn, diskutiert und praktiziert wurden.

Dass die Frage der **Kriterien**, nach denen Daseinsvorsorgeangebote inhaltlich beurteilt und normiert werden sollen, nicht abstrakt-schematisch behandelt werden darf, sondern jeweils die konkreten Rahmenbedingungen berücksichtigen muss, wurde am ausführlich diskutierten Beispiel der **Wasserversorgung** deutlich. Der Natur der Sache nach handelt es sich bei ihr, anders als bei der ebenfalls leitungsgebundenen Stromversorgung oder Telekommunikation, nahezu um ein natürliches Monopol, wenn man berücksichtigt, dass eine „Liberalisierung der Durchleitung“ durch ein einziges Netz aus mehreren Gründen undurchführbar ist. Eine Privatisierung der Wasserversorgung unter Wettbewerbsaspekten wird daher auf eine monopolartige, zeitlich befristete **Konzessionsvergabe** hinauslaufen. Der Konzessionsinhaber wird, zumal, wenn er an den Kosten der Leitungsnetzerhaltung beteiligt ist, die ihm eingeräumte Frist in seinem Sinne optimal nutzen wollen. Sein Interesse wird also auf maximalen Wasserverbrauch gerichtet sein, damit aber dem gemeinwohlorientierten Interesse an Schonung der knappen und kostbaren Ressource Wasser (*Haverkate*) direkt zuwiderlaufen. (Übrigens wird dadurch auch das verfassungsrechtliche Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen konterkariert, Art. 20 a GG).

Über die unmittelbar leistungsbezogenen Kriterien für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen wie **Kontinuität** (in räumlicher und zeitlicher Dimension), **Universalität** (als gleiche Zugangsberechtigung und -möglichkeit), **Qualität** (des Produktes, z.B. „Trinkwasserqualität“, gleichbleibende Spannung des elektrischen Stroms) und Preisgestaltung dürfte im Wesentlichen Übereinstimmung herrschen. Es sind diejenigen Elemente, die der Gesetzgeber des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 in seine Definitionen von „Universaldienstleistung“ und „Grundversorgung“ aufgenommen hat (vgl. § 17 TKG Abs.1 Satz 1: „Universaldienstleistungen sind ein Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen.“).

Immerhin sollte aber der mit Blick auf die Wasserversorgung in globaler Perspektive gegebene Hinweis (*Friedrich*) auf den Luxus-Charakter der europäischen Standards Nachdenklichkeit erzeugen.

Das Beispiel der Wasserversorgung macht deutlich, dass die Leistungssysteme stets in ihrer Einbettung in die sozialen, technologischen und politischen Rahmenbedingungen gesehen werden müssen, die bei einer Privatisierung und Liberalisierung nicht außer Betracht bleiben dürfen. Dies gilt, wie gezeigt, für die Umweltfreundlichkeit, aber auch für die technische Sicherheit (*Héritier*) und für die „Demokratieverträglichkeit“, mit der hier speziell die Auswirkungen auf das Bürgerengagement in der kommunalen Selbstverwaltung gemeint sind (*Hellermann, Leibfried*). Auch die Probleme der Rückgängigmachung bei Versagen des privaten Unternehmers und eines Ersatzes für die entfallenden Möglichkeiten der „Quersubventionierung“ defizitärer Versorgungsbetriebe (*Leibfried*) gehören in diesen Zusammenhang.

Allerdings können diese Gesichtspunkte, denen durch Vertragsgestaltung oder durch Anwendung spezieller rechtlicher Vorschriften (z.B. über technische Sicherheit) Rechnung getragen werden kann, nicht den gleichen Stellenwert beanspruchen wie die unmittelbar leistungsbezogenen Kriterien.

Europaweite Liberalisierung und Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge, das hat dieses Kolloquium gezeigt, ist weder ein Albtraum noch ein Wunschtraum, ist weder Schreckgespenst noch die Pforte zum Paradies. Gefragt ist nüchterne Analyse und eine Politik mit Augenmaß in sozialer Verantwortung. Dabei mag es hilfreich sein, sich der Worte Karl Jaspers, zu erinnern, der schon 1931, also einige Jahre vor Ernst Forsthoff, die Komplexität der „**Daseinsfürsorge**“ auf den Begriff gebracht hat: „Massenversorgung geschieht nicht nach einem einzigen Plan, sondern selbst wieder in unendlich kompliziertem Zusammenwirken des Rationalisierens und Mechanisierens aus vielen Ursprüngen her. ... Da die technisch-wirtschaftlichen und sozialen Bewegungen für das allgemeine Bewusstsein immer mehr den historischen Gang der Dinge entschieden, ist das Wissen von ihnen wie zur Wissenschaft der menschlichen Dinge überhaupt geworden. Aus ihr ist die unermessliche Verwicklung zu ersehen, in der das als solches so einfach scheinende Prinzip zweckhaft-rationaler **Ordnung der Daseinsfürsorge** sich verwirklicht. Sie zeigt eine Welt der Beherrschbarkeit, welche, nirgends als Ganzes sichtbar, doch nur ist, indem sie sich beständig verwandelt.“ (Jaspers, 1932, S. 34, Herv. nicht im Original).

Literatur

- Forsthoff, Ernst, 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart / Berlin.
- Forsthoff, Ernst, 1966: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., München.

- Haverkate, Görg / Huster, Stefan, 1999: Europäisches Sozialrecht. Eine Einführung, Baden-Baden.
 - Jaspers, Karl, 1932: Die geistige Situation der Zeit, 2. Aufl., Berlin.
 - Schwarze, Jürgen (Hrsg.), 2000: EU-Kommentar, Baden-Baden.
 - Stern, Klaus / Püttner, Günter, 1965: Die Gemeindegewirtschaft, Recht und Realität, Stuttgart.
-

Der Autor

Prof. Dr. iur. Erhard Denninger, geb. 1932, Studium in Tübingen, Lausanne und Mainz. 1967 bis 1999 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt / Main; seit Oktober 1999 emeritiert, 1995 bis 2000 stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Thüringen. Hauptarbeitsgebiete: Staatsrecht, Grund- und Menschenrechte, Recht der inneren Sicherheit, Technikrecht, Hochschulrecht.

Teilnehmer des Schader-Kolloquiums am 15. und 16. März 2001

Staatsminister Reinhold Bocklet	Bayerisches Ministerium für Bundes- und Europaangelegenheiten, München
Prof. Dr. Helmut Cox	Gerhard-Mercator-Universität Duisburg, Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre; Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e. V.
Prof. em. Dr. Erhard Denninger	Johann Wolfgang Goethe-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M.
Dr. Klaus Friedrich	Dresdner Bank AG, Frankfurt a. M.
Prof. Dr. Görg Haverkate	Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Allgemeine Staatslehre, Sozialrecht
Prof. Dr. Johannes Hellermann	Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Professur für Öffentliches Recht
Prof. Dr. Adrienne Héritier	Max-Planck-Projektgruppe „Recht der Gemeinschaftsgüter“, Bonn
Staatssekretär a. D. Matthias Kurth	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bonn
Prof. Dr. Stephan Leibfried	Universität Bremen, Zentrum für Sozialpolitik
Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München
Michael Schöneich	Verband kommunaler Unternehmen e. V., Köln; Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e. V.
Prof. Dr. Roland Sturm	Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Politische Wissenschaft

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BayGO	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BBC	British Broadcasting Corporation
BDI	Bundesverband deutscher Industrie
BHO	Bundshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKK	Betriebskrankenkasse
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BT	British Telecom
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CEEP	Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et des Entreprises d'Intérêt Economique Général
CEGB	Central Electricity Generating Board
CIRIEC	Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Cooperative
CRI	Centre for Study of Regulated Industries
DBP	Deutsche Bundespost
DGT	Director General of Telecommunication
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DTAG	Deutsche Telekom AG
EDF	Electricité de France
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Europäischer Gemeinschaftsvertrag
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FSA	Financial Services Authority
GDF	Gaz de France
GG	Grundgesetz
GÖW	Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGO	Hessische Gemeindeordnung
i.d.F.	in der Fassung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
LMA	Landesmedienanstalt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
n. F.	neue Fassung
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OFFER	Office for Electricity Regulation
OFGAS	Office of Gas Supply
OFGEM	Office of Gas and Electricity Markets
OFTEL	Office of Telecommunications
OFWAT	Office of Water Services
ORR	Office of the Rail Regulation
Rdnr./Rn.	Randnummer
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rz.	Randziffer
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
SNCF	France Télécom und Société Nationale des Chemins de fer Français
TKG	Telekommunikationsgesetz
UK	United Kingdom
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke
VGH	Verfassungsgerichtshof
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen
VSSR	Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht
VVDStRI	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre
WestLB	Westdeutsche Landesbank
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZöGÜ	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

Veröffentlichungen der Schader-Stiftung zum Thema „Wohnen“

Rolf G. Heinze, Volker Eichener, Gerhard Naegele, Matthias Bucksteg,
Martin Schauerte:

Neue Wohnung auch im Alter. Folgerungen aus dem demographischen Wandel für Wohnungspolitik und Wohnungswirtschaft
Darmstadt 1997, 188 Seiten, zahlreiche Grafiken und Tabellen, geb.
ISBN 3-932736-00-1 (Schutzgebühr 45,00 DM)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Forschungsprojekt: Umzugswünsche und Umzugsmöglichkeiten älterer Menschen. Handlungsperspektiven für Wohnungspolitik, Wohnungswirtschaft und Dienstleistungsanbieter; Tagungsdokumentation mit Stellungnahmen für die Praxis
Darmstadt 1997, 90 Seiten, zahlreiche Grafiken und Abb., brosch.
ISBN 3-932736-01-X (Schutzgebühr 15,00 DM)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Demographischer Wandel – Determinanten für die Wohnungsversorgung in Frankfurt und Ansätze ihrer Bearbeitung. Expertengespräch vom 4. März 1998 in Frankfurt/M.
Darmstadt 1998, 28 Seiten, zahlreich Grafiken und Tabellen, Ringh. (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Öffentliche Wohnungsbestände im Widerstreit der Interessen: Markt – Stadtplanung – Sozialpolitik. Wohnungspolitisches Kolloquium vom 23. Januar an der Fachhochschule Frankfurt am Main
Darmstadt 1998, 54 Seiten, brosch.
ISBN 3-932736-03-6 (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Datenreport »Frankfurt – Nordweststadt«.
Demonstrativprojekt Demographischer Wandel
Darmstadt 1998, 33 Seiten, zahlreiche Grafiken und Tabellen, Ringh. (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Wohnraumbeschaffung durch Kooperation. Die Zusammenarbeit von Gemeinden, Wohnungswirtschaft und Wohlfahrtspflege als Instrument der Versorgung von Haushalten mit dringendem Wohnungsbedarf; Zwischenbericht des BMBau-Forschungsprojektes und Kommentare von Experten aus der Praxis
Darmstadt 1998, (»dialog«-Heft; 11/1998) 20 Seiten, brosch.
ISSN 0947-1022 (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Umzugsmanagement als Instrument der Kundenbindung in der Wohnungswirtschaft. Fachtagung »Verbesserung der Kundenbindung durch neue Dienstleistungsangebote« am 21./22. Oktober 1998 in Frankfurt am Main
Darmstadt 1999, 54 Seiten, zahlreiche Grafiken und Abbildungen, brosch.
ISBN 3-932736-04-4 (Schutzgebühr 15,00 DM)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Wohnwünsche und Wohnbedürfnisse älterer Menschen in der Nordweststadt.

Ergebnisbericht der qualitativen Untersuchung

Darmstadt 1999, 46 Seiten, Ringh. (kostenfrei)

Joachim Schöffel /Fachgruppe Stadt der TU Darmstadt (Hrsg.):

Altersgerecht Wohnen in einem alternden Stadtteil: Nordweststadt in Frankfurt

(~citygr Nr.8, Forschung und Entwurf in Städtebau und Architektur)

Darmstadt 1999 48 S., zahlreiche Grafiken und Abb., brosch. (vergriffen)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Wohnraumbeschaffung durch Kooperation – eine Option für eine neue

Wohnungspolitik? Symposium am 10. Juni 1999 in Bonn – Bad Godesberg

Darmstadt 2000, 96 Seiten, zahlreiche Grafiken und Abb., brosch. (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

Modelle für das Wohnen im Alter. Analysen und Empfehlungen für die Nordweststadt Frankfurt/M.

Darmstadt 2000, 35 Seiten, brosch. (kostenfrei)

Klaus M. Schmals, Stephan Kemper:

Steuerungsinstrumente der sozialintegrativen Stadtentwicklung. Expertise zum

Schader-Kolloquium »Die soziale Stadt«

Darmstadt 2000, 159 Seiten, Ringh. (Schutzgebühr 15,00 DM)

Projektgruppe Nordweststadt, Eckhardt und Hahn (Darmstadt), Sieverts,

Trautmann, Knye-Neczas (Bonn), Schöffel (Frankfurt/M.) (Hrsg.):

Planstudie zum Demonstrativprojekt Demographischer Wandel in der

Nordweststadt Frankfurt/M. Landschaftsplanung, Freiraumgestaltung, Städtebau und Gebäudetypologie

Darmstadt 2000, 41 Seiten, zahlr. Pläne und Grafiken, Ringh.

(Schutzgebühr 65,00 DM)

Dt. Volksheimstättenwerk e.V. u.a. (Hrsg.):

Preis Soziale Stadt 2000: Dokumentation des Wettbewerbs.

Preisträger, Anerkennungen, Projekte der engeren Wahl, Teilnehmer

Berlin 2001, 52 Seiten, brosch. (kostenfrei)

Schader-Stiftung (Hrsg.):

wohn:wandel: Szenarien, Prognosen, Optionen zur Zukunft des Wohnens

Kongress der Schader-Stiftung am 21. und 22. Mai 2001 in Mannheim

Darmstadt 2001, ca. 380 Seiten, zahlr. Abb., geb., (Schutzgebühr 68,00 DM)

ISBN 3-932736-07-9

Bezugsadresse:

Schader-Stiftung

Karlstraße 85 · 64285 Darmstadt

Telefon 06151-17 59 0 · Fax 06151-17 59 25

E-Mail: kontakt@schader-stiftung.de

