Schader-Stiftung (Hrsg.)

Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?

Argumente und Materialien zur Debatte

Schader-Kolloquium
gesellschaftswissenschaften < > praxis

Schader-Stiftung
Darmstadt

Bibliographische Informationen der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

ISBN 3-932736-11-7

Herausgeber: Schader-Stiftung
Redaktion: Kirsten Mensch und 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
Karlstr. 85
64285 Darmstadt
0 61 51-17 59-0
www.schader-stiftung.de

Alle Rechte vorbehalten.
Buchgestaltung: 3st kommunikation GmbH, Mainz
Satz: Satz- und Verlags-Gesellschaft mbH, Darmstadt
Graphik: Druckwerkstatt, Darmstadt
Lithographie & Druck: Druckerei und Verlag Klaus Koch GmbH, Wiesbaden

Inhalt

7 Danksagung

8 *Stefan Hradil*
Vorwort

Teil I Symposium

13 *Christoph Kulenkampff*
Begrüßung

16 *Herbert Schmalstieg*
Die Öffentliche Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe

28 *Meinhard Miegel*
Die Zukunft der Öffentlichen Daseinsvorsorge

Kirsten Mensch / Claudia Pfeiff
38 Öffentliche Daseinsvorsorge - Problem oder Lösung? Bericht über die Podiumsdiskussion

52 Teilnehmer des Symposiums

Teil II Expertenrunden

55 *Christoph Kulenkampff*
Wohnraumversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge?

59 *Claudia Pfeiff*
Die Versorgung mit Wohnraum als Aufgabe der Daseinsvorsorge - über die Existenzberechtigung von Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand. Diskussionsbericht

68 *Jürgen Salzwedel*
Gesetzliche Rahmenbedingungen für Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit der Wasserversorgung in kommunaler und privater Trägerschaft

82 *Kirsten Mensch*
Entscheidungskompetenzen und Verantwortlichkeiten für die (zukünftige) Wasserversorgung. Diskussionsbericht

93 *Christoph Sachße*
Die Zukunft der Sozialen Dienste

99 *Kirsten Mensch*
Wohlfahrtsmix und Steuerungsmix bei den Sozialen Diensten.
Diskussionsbericht

109 *Uwe Köhler*
Die Liberalisierung des Marktes im ÖPNV

115 *Claudia Pfeiff*
Wandel beim ÖPNV als kommunale Herausforderung. Diskussionsbericht

123 Teilnehmer der vier Expertenrunden

Teil III Schluss

133 *Christoph Kulenkampff*
Schlusswort

139 Abkürzungsverzeichnis

141 Literaturverzeichnis

Anhang

149 Inhalt
150 Vorbemerkung
151 I. Relevante Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung)
156 II. Relevante Artikel des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents
159 III. Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa", 2000 (Auszug)
161 IV. Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge", 2001 (Auszug)
163 V. Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2002
166 VI. Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 2003 (Auszug)

170 VII. Auswahl einschlägiger Urteile des Europäischen Gerichtshofs zwischen 1973 und 2003 (Auszüge)

310 VIII. Die Stadt der Zukunft, verabschiedet von der 32. ordentlichen Hauptversammlung des Deutschen Städtetages am 15. Mai 2003 (Auszüge)

Danksagung

Dieses Buch basiert auf einer Veranstaltungsreihe der Schader-Stiftung, die im Jahr 2000 ihren Anfang nahm. An dieser Stelle möchten wir uns bei allen Experten, die am Kolloquium, den Expertenrunden bzw. dem Symposium teilgenommen und zur Debatte um die Daseinsvorsorge beigetragen haben, herzlich bedanken.

Besonders hervorzuheben ist hierbei die Unterstützung und Begleitung, die Erhard Denninger uns von Anfang an gewährt hat. Sein Beitrag als Berater, Moderator und Diskutant war für den Verlauf und die Tiefe der Diskussion maßgeblich.

Weiterhin gilt unser Dank Johannes Hellermann, der nicht nur das vorbereitende Papier für das Kolloquium erstellt hat, das die Veranstaltungsreihe eröffnete, sondern auch die Auswahl der in diesem Band abgedruckten einschlägigen Urteile des Europäischen Gerichtshofes zum Themenkreis „Öffentliche Daseinsvorsorge" getroffen hat. Unterstützt wurde er dabei von seinem Mitarbeiter Stephan Beckmann, dem wir ebenfalls für seine Hilfe danken.

Im August 2003

Stefan Hradil
Vorsitzender Vorstand

Christoph Kulenkampff
Geschäftsführender Vorstand

Stefan Hradil

Vorwort

Die bisherigen Strukturen der Daseinsvorsorge in Deutschland stehen mit Blick auf die europäischen Wettbewerbsregeln, aber auch im Zuge eines allgemeinen Liberalisierungstrends zunehmend zur Disposition. Durch mehr Wettbewerb sollen Kosten eingespart, eine effizientere und bessere Versorgung erreicht und Innovationen gefördert werden. Für die öffentliche Hand zeichnet sich ein Wandel vom Leistungs- zum Gewährleistungsstaat ab, der sich zunehmend aus der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge zurückzieht und diese privaten Anbietern überlässt.

Verfolgt man die - ursprünglich von der EU-Kommission angestoßene - öffentliche Debatte zum Strukturwandel in der Daseinsvorsorge, so wird sehr schnell deutlich, dass noch eine Reihe von Fragen offen sind. Unklar ist zum Beispiel, welche Leistungsbereiche zur Öffentlichen Daseinsvorsorge zu zählen sind und welche dieser Bereiche die öffentliche Hand ganz oder teilweise an private Träger abgeben kann. Und unter welchen Bedingungen soll dies geschehen?

Die Schader-Stiftung hatte Anfang 2001 damit begonnen, die Debatte zur „Öffentlichen Daseinsvorsorge" in Deutschland durch eine eigene Veranstaltungsreihe zu begleiten. Durch Kolloquien und Expertenrunden mit ausgewiesenen Fachleuten aus Wissenschaft und Praxis sollten der Debatte neue Argumente zugänglich gemacht und der öffentliche Diskurs vorangetrieben werden.

Zielsetzung der Schader-Stiftung

Zweck der Schader-Stiftung ist die Förderung der Gesellschaftswissenschaften und deren Praxisorientierung. Sie will Kommunikation und Kooperation zwischen den Gesellschaftswissenschaften und der Praxis anregen und vorantreiben, indem sie aktuelle Themen aufgreift, Fragen stellt und Akteure aus Wissenschaft und Praxis zusammenbringt.

Diesem Stiftungszweck entsprechend geben Schader-Kolloquien, Expertengespräche oder Symposien einem Kreis ausgewählter Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis die Möglichkeit zu einem intensiven, an gesellschaftlich und politisch relevanten Fragen orientierten Austausch. Der Schwerpunkt der Veranstaltungen liegt in der Diskussion, die initiiert und gerahmt wird durch eine intensive inhaltliche Vorbereitung, eine sorgfältige Moderation und wenige, kurz gehaltene Redebeiträge.

Die Veranstaltungsreihe zum Thema Öffentliche Daseinsvorsorge

Als erste Veranstaltung in dieser Reihe hatte die Schader-Stiftung im März 2001 ein hochrangig besetztes, nicht-öffentliches Kolloquium zum Thema „Die Zukunft der Unternehmen zur Daseinsvorsorge - eine europäische Diskussion" mit Teilnehmern aus Politik, Verbänden und Wissenschaft durchgeführt. Die Ergebnisse dieses Kolloquiums liegen, zusammen mit weiterführenden Artikeln, seit 2001 als erster Band zu unserem Thema vor.[1)]

Während die Themen und Beiträge des Kolloquiums zunächst auf grundsätzliche Fragen ausgerichtet waren, wurde sehr schnell deutlich, dass eine weiterführende Diskussion der Leistungen der Öffentlichen Daseinsvorsorge einer differenzierten, vor allem sektorspezifischen Betrachtung bedarf. Dem hat die Stiftung im Jahr 2002 mit vier (geschlossenen) Expertenrunden Rechnung getragen. Unter starker Beteiligung der Praxis (z.B. aus den Vorständen öffentlicher und privater Unternehmen sowie aus der Kommunalverwaltung) diskutierten Fachleute exemplarisch - und teilweise recht kontrovers - einzelne Felder der Daseinsvorsorge miteinander, nämlich

- Wohnen (Januar 2002)
- Wasser (Januar / Februar 2002)
- Soziale Dienste (Juni 2002)
- Öffentlicher Personennahverkehr (Dezember 2002)

Zum Abschluss der Veranstaltungsreihe fand schließlich im Februar 2003 als größere, öffentliche Veranstaltung ein Symposium unter dem Titel „Öffentliche Daseinsvorsorge - Problem oder Lösung?" statt. Dieses Symposium sollte noch einmal eine Gesamtschau der Problematik und der unterschiedlichen Positionen aufzeigen. Ein Schwerpunkt dieser Zusammenschau bildete die Frage, welche Folgen veränderte Strukturen der Daseinsvorsorge für Staat und Kommunen, aber auch für das Selbstverständnis der Bürger von ihrem Gemeinwesen hätten. Daran schließt sich aber auch die Frage an, wie

frei wir bei der Gestaltung der Daseinsvorsorge eigentlich noch sind mit Blick auf die EU-Verträge und die Rechtsetzung der Europäischen Kommission.

Zum Aufbau dieses Buches

Entgegen dem zeitlichen Ablauf finden sich in diesem Band die noch nicht in Buchform veröffentlichten Ergebnisse unserer Veranstaltungsreihe in umgekehrter Reihenfolge dokumentiert.[2)]

Teil I gibt Verlauf und Ergebnisse des Abschluss-Symposiums wieder, das unter reger Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit am 13. Februar 2003 in der Deutschen Bibliothek in Frankfurt / Main stattfand. Wir haben die Dokumentation dieses abschließenden Symposiums an den Anfang gestellt, weil wir annahmen, das sie auf größeres allgemeines Interesse stößt als die in Teil II dokumentierten Ergebnisse der einzelnen Expertenrunden. Dokumentiert sind die Hauptbeiträge unserer Referenten im Originaltext, die anschließenden Statements und Diskussionen in zusammenfassenden Diskussionsberichten sowie Verzeichnisse der Teilnehmer an den jeweiligen Veranstaltungen.

In Teil III findet sich der Versuch eines Resümees der gesamten Veranstaltungsreihe und im Anschluss daran ein Materialanhang, der wichtige Materialien und Dokumente enthält, die die Debatte um die öffentliche Daseinsvorsorge prägen. Dies sind (zum Teil in Auszügen) neben den einschlägigen Artikeln des EG-Vertrags die von der Europäischen Kommission verfassten Papiere, der vom Europäischen Konvent vorgelegte Verfassungsentwurf sowie eine Auswahl einschlägiger Urteile des EuGH,[3)] die den Weg der europäischen Rechtsprechung zu einem System der Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge aufzeigen. Mit dem vom Deutschen Städtetag erstellten Leitbild „Stadt der Zukunft" ist auch der Gegenpol der Debatte, nämlich die Position der Städte, wiedergegeben.

---

1) Die Zukunft der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb. Darmstadt: Schader-Stiftung, 2001

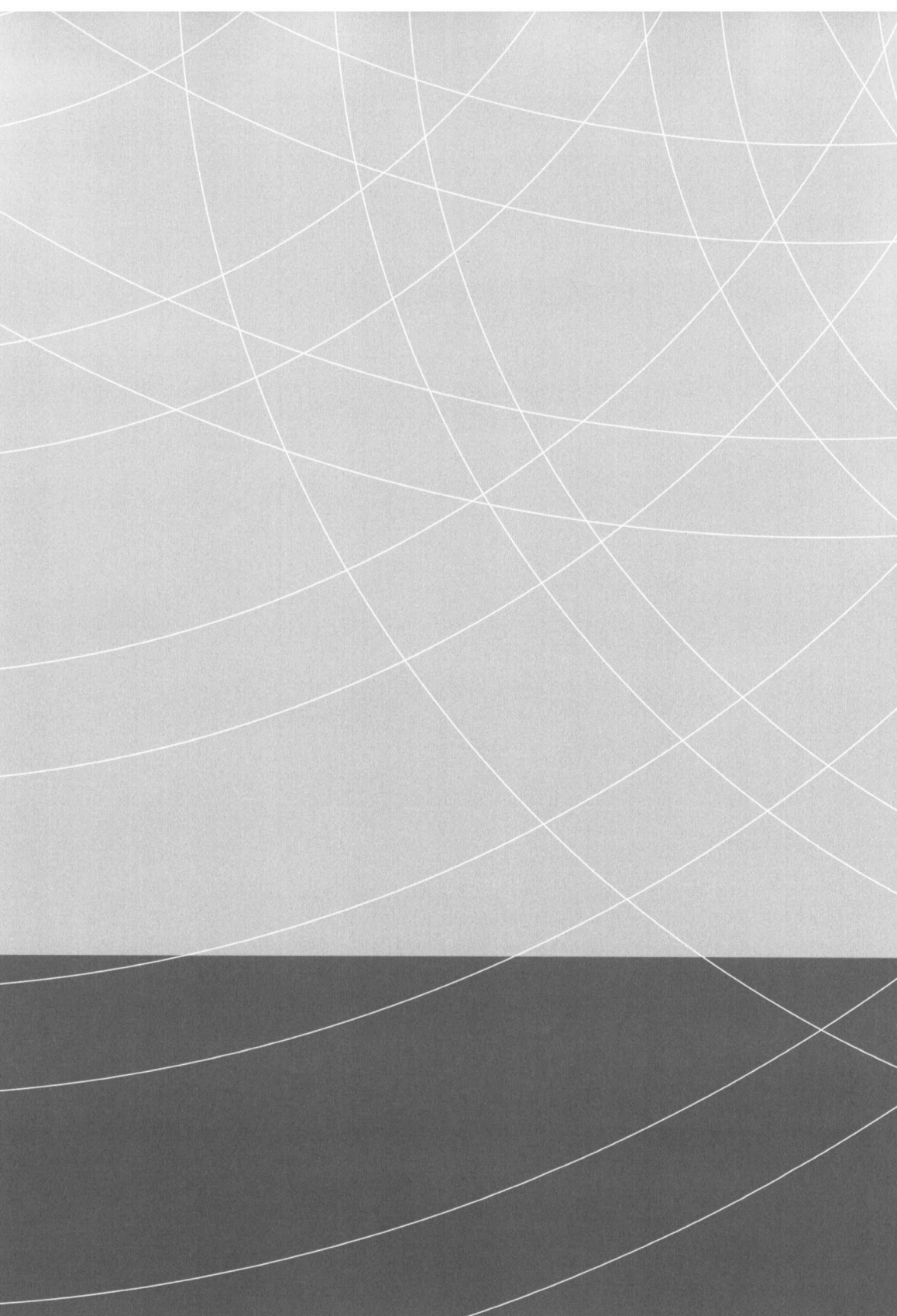
2) Zur Dokumentation des ersten Kolloquiums siehe Anm. 1.

3) Wir danken für die Auswahl der Urteile Herrn Prof. Dr. Johannes Hellermann, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht, Universität Bielefeld.

eins

Symposium

Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?



Christoph Kulenkampff

Begrüßung

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

die Schader-Stiftung begrüßt Sie herzlich zu ihrer Veranstaltung „Öffentliche Daseinsvorsorge - Problem oder Lösung?". Wir freuen uns darüber und sind auch stolz darauf, dass Sie unserer Einladung so zahlreich gefolgt sind - teilweise von weit her. Ihre Anwesenheit belegt, dass wir mit „Daseinsvorsorge" ein Thema von aktuellem öffentlichem Interesse besetzt haben.

Besonders begrüße ich die Hauptakteure unserer Veranstaltung, nämlich unsere beiden Referenten

- Dr. Herbert Schmalstieg, schon seit vielen Jahren Oberbürgermeister von Hannover und Vizepräsident des Deutschen Städtetags,
- Prof. Dr. Meinhard Miegel, Direktor des Instituts für Wirtschaft und Gesellschaft in Bonn und im übrigen Träger des Schader-Preises im Jahr 2000,

und die Diskutanten der Podiumsdiskussion, die heute Nachmittag stattfinden wird, nämlich

- Dr. Annette Fugmann-Heesing, frühere Finanzministerin in Hessen und Finanzsenatorin in Berlin, jetzt Unternehmensberaterin,
- Dr. Rolf Böhme, bis vor kurzem Oberbürgermeister in Freiburg,
- Prof. Dr. Johann Eekhoff vom Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln,
- Prof. Dr. Johannes Hellermann vom Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht der Universität Bielefeld und
- Prof. Dr. Otto Ernst Kempen, Leiter der Akademie der Arbeit hier in Frankfurt a. M.,

und schließlich als Moderator der Diskussion

- Prof. Dr. Erhard Denninger, emeritierter Professor für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie der Universität Frankfurt am Main; er hat die Schader-Stiftung

bei der Behandlung unseres Themas von Anfang an engagiert mit Rat und Tat begleitet.

Wir danken Ihnen allen herzlich, dass Sie diese Veranstaltung trotz vielfältiger anderer beruflicher Verpflichtungen durch Ihre Teilnahme möglich gemacht haben!

Das heutige Symposium schließt eine Reihe von Aktivitäten der Schader-Stiftung zum Thema Daseinsvorsorge ab, die sie vor etwa zwei Jahren aufgenommen hat, nämlich zunächst durch ein einführendes, auf grundsätzliche Fragen ausgerichtetes nicht-öffentliches Kolloquium „Die Zukunft der öffentlichen Unternehmen zur Daseinsvorsorge - eine europäische Diskussion" im März 2001[1)] und anschließend durch vier - ebenfalls nicht-öffentliche - Expertenrunden im Jahr 2002 zu einzelnen Feldern der Daseinsvorsorge, nämlich: Wohnraumversorgung, Wasserversorgung, Soziale Dienste und Öffentlicher Personennahverkehr.[2)]

Heute nun also soll dieses Symposium als größere, öffentliche Veranstaltung unsere Beschäftigung mit dem Thema „Öffentliche Daseinsvorsorge" - vorläufig - beenden.

Anstoß für die intensive Befassung mit dem Thema Daseinsvorsorge gab uns vor über zwei Jahren das wettbewerbsrechtliche Verfahren der Europäischen Kommission wegen angeblich unzulässiger Beihilfen zugunsten der Westdeutschen Landesbank und überhaupt zugunsten des deutschen Systems der öffentlichen Banken und Sparkassen. Dieser Konflikt ist, wie Sie wissen, inzwischen beigelegt: Die Besserstellung der öffentlichen Banken und Sparkassen gegenüber den Privatbanken durch die Rechtsinstitute der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast soll durch deren Beseitigung aufgehoben werden.

Geblieben und weiterhin virulent ist aber die grundsätzliche, und zwar sowohl von der Europäischen Kommission als auch innenpolitisch genährte Debatte darüber, in wessen Händen Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse liegen sollen: Darf etwa die Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser, mit Energie, mit preiswertem Wohnraum, mit Öffentlichem Personennahverkehr, mit Sozialen Diensten und anderem mehr, dem - selbstverständlich in erster Linie gewinnorientierten - freien Markt überlassen werden, oder ist die Versorgung in diesen Bereichen besser bei gemeinwohlorientierten, nicht gewinnmaximierenden öffentlichen Unternehmen aufgehoben? Oder anders: Ist die Durchsetzung des europaweiten Wettbewerbs auch bei den Leistungen der Daseinsvorsorge das Heilmittel für bessere Wirtschaftlichkeit, also für bessere oder gleich gute Leistungen zu geringeren Kosten und Preisen? Und: Sind Wirtschaftlichkeit und Effizienz eigentlich alles, was im vorliegenden Kontext zählt?

Dass diese und weitere, in gleiche Richtung zielende Fragen zumindest aus der Sicht der Kommunen, die ja die Hauptlast der Daseinsvorsorge zu tragen haben, äußerst virulent sind, wird uns Oberbürgermeister Dr. Schmalstieg darlegen, und Professor Miegel wird sich mit seiner Betrachtungsweise voraussichtlich kritisch auseinandersetzen. Die Podiumsdiskussion am Nachmittag soll die unterschiedlichen Sichtweisen aufgreifen und vertiefen. Dabei sind Wortmeldungen aus dem Publikum durchaus erwünscht!

Also: Diese Veranstaltung soll noch einmal eine Gesamtschau der Problematik und der unterschiedlichen Positionen hierzu, vielleicht sogar Möglichkeiten eines „Königsweges" aufzeigen. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen allen einen interessanten Tag, der Ihnen und uns neue Perspektiven erschließt.

---

1) Dokumentiert in: Die Zukunft der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb. Darmstadt: Schader-Stiftung, 2001

2) Siehe dazu Teil II dieses Buches

Herbert Schmalstieg

Die Öffentliche Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe

Privatisierung, Liberalisierung, Deregulierung sind Schlagwörter in der öffentlichen Diskussion, die als Allheilmittel zur wirtschaftlichen Krisenbewältigung gelten. Nach diesen Vorstellungen lässt sich auch die Palette der öffentlichen Dienstleistungen effizienter und kostengünstiger nach den Gesetzen des Marktes organisieren. So sollen öffentliche Dienstleistungen nicht von den Städten oder ihren Unternehmen selbst, sondern von privaten Unternehmen erbracht werden. Kann die öffentliche Dienstleistung nicht über den Marktpreis finanziert werden, sollen private Unternehmen einen öffentlichen Zuschuss für die Leistungserbringung erhalten.

Das starke Credo, das mit der Liberalisierung der Märkte einhergeht, hat z.B. auch der wissenschaftliche Beirat des Wirtschaftsministeriums aufgegriffen. Das Gutachten „Daseinsvorsorge im europäische Binnenmarkt" des wissenschaftlichen Beirates beim BMWi vom 12.01.2002 weist deutlich darauf hin, dass nur eine „offene Marktwirtschaft" zukunftsfähig sei, „weil sie wie kein anderes Wirtschaftssystem geeignet ist, den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt zu gewährleisten, und das auch unter weltwirtschaftlichen Bedingungen, die sich nationaler Regulierung weitgehend entziehen" (S. 3 des Gutachtens). Der Beirat macht in seinem Gutachten deutlich, dass seiner Ansicht nach staatliche Regulierungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge oder gar die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch die öffentliche Hand eine marktwirtschaftlich unvollkommene Lösung seien.

Beiträge des *Instituts der Deutschen Wirtschaft* in Köln gehen in die gleiche Richtung. In dem Beitrag „Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge" (Fuest u.a. 2001) wird festgestellt, dass bestimmte Dienstleistungen nur dann als in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegend aufgefasst werden könnten, wenn aus ökonomischer Sicht ein Marktversagen vorliege. Nur dann dürfe die öffentliche Hand hier tätig werden (S. 23 des Beitrages). Schlüssige Beweise für eine mögliche „Ineffektivität" der öffentlichen Hand sind jedoch in diesen Papieren nicht zu finden.

Es gibt bislang keine gesicherten Erkenntnisse darüber, ob allein eine stringente Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge eine verbesserte, d.h. eine wirtschaftliche und effiziente Leistungserbringung für unsere Bürgerinnen und Bürger zur Folge hat. Für einzelne Sektoren (Telekommunikationssektor, Strom und Gas) sind bestimmte Entwicklungen festzustellen, die im Rahmen erster Liberalisierungsversuche zumindest für kürzere Zeiträume günstigere Preisentwicklungen verzeichnen. Für den Energiebereich zeichnet sich allerdings eine rückläufige Entwicklung ab; die Preise steigen wieder. Im Übrigen werden Untersuchungsergebnisse bundesweiter Monopole wie Post und Telekommunikation häufig auf alle kommunalen Dienstleistungen übertragen. Es besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied darin, ob ein bundesweiter Monopolbetrieb - wie die Telekommunikation - liberalisiert wird, oder ob lokale öffentliche Dienstleistungen liberalisiert werden.

Selbst die Kommission, die die Veränderungen im Bereich der netzgebundenen Wirtschaftszweige untersucht hat, bewertet die Ergebnisse vorsichtig. Sie spricht lediglich die Hoffnung aus, dass in den Sektoren, die schon längerfristig liberalisiert sind, mit einem effektiven Wettbewerb und Preissenkungen zu rechnen sei.

Die Diskussion scheint mir daher weit mehr eine ideologische zu sein als eine auf Erkenntnissen basierende, die ein verbessertes öffentliches Dienstleistungsangebot im Blick hätte. Es wäre falsch, wenn man aus diesen Bemerkungen den Schluss ziehen würde, dass die Städte das „Rad der Geschichte" zurückdrehen wollten. Mir ist vielmehr daran gelegen, vor dem Hintergrund des wirtschaftlichen Strukturwandels in unseren Städten die für die Bürger bestmöglichen Dienstleistungen anzubieten. Schlagzeilen aus Kalifornien zur Energiesituation - wie „Blackout im Sonnenstaat" - sind noch zu gut in Erinnerung, um auf die alleinige Kraft des Marktes zu vertrauen.

Ich bezweifle, dass eine reine betriebswirtschaftliche Sicht, d. h. die Sicht auf ein kostengünstiges Ergebnis einer einzelnen Daseinsvorsorgeleistung für unsere Bürger allein entscheidend ist. Vielmehr kommt es bei diesen Grundversorgungsdienstleistungen ganz wesentlich auf die Zuverlässigkeit der Versorgung sowie die Versorgung zu akzeptablen Preisen für die Bevölkerung und die private Wirtschaft an. Die Stadt hat daher - im Gegensatz zu den Privaten - einen weitergehenden, demokratisch legitimierten und umfassenden Sicherstellungsauftrag für die Gesamtheit öffentlicher Leistungen.

Um die Bürgerinnen und Bürger mit öffentlichen Leistungen effektiv und kostengünstig zu versorgen, ist Wettbewerb, ist der Markt ein denkbarer Weg. Wir, die Städte, haben in einer Reihe von Tätigkeitsfeldern öffentliche Dienstleistungen Privaten übertragen

und dieses Vorgehen mit Erfolg praktiziert. Aber - das betone ich ausdrücklich - die Wahl, wie wir bestimmte Leistungen anbieten, hängt entscheidend von der entsprechenden Dienstleistung und den örtlichen Bedingungen ab. Wir müssen daher wie bisher selbst entscheiden können, welche Leistungen wir anbieten und wie wir diese Leistungen anbieten.

Im Folgenden möchte ich zunächst auf die Rahmenbedingungen des EU-Binnenmarktes eingehen, dann die Probleme der Städte hierzu beleuchten und am Schluss unsere Forderungen formulieren.

EU-Binnenmarkt

Der europäische Binnenmarkt, die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts, sehen die Freiheit des Waren-, Kapital- und Zahlungsverkehrs, der Niederlassungen sowie der Arbeitskräfte vor. Nach den EG-Verträgen sind hiervon auch die öffentlichen Dienstleistungen betroffen - und damit auch die Dienstleistungen, die von den Kommunen angeboten werden. In Frage stehen alle **wirtschaftlichen** öffentlichen Dienstleistungen. Diese Wettbewerbsregeln sind nicht neu, die Einbeziehung der öffentlichen Dienstleistungen in den Europäischen Binnenmarkt löste allerdings Mitte der 90er Jahre mit der Diskussion um die Energieliberalisierung eine Diskussion darüber aus, ob Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom Markt **so** angeboten werden können, dass alle Bürger gleichermaßen zu akzeptablen Preisen mit diesen Leistungen versorgt werden. Die Diskussion mündete in der Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa" vom September 1996 und der Verankerung eines neuen Artikels im EG-Vertrag (Art. 16). Er sah vor, dass „die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge [tragen], dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können". Diese allgemeine Regelung im Vertrag sowie die relativ unkonkreten Aussagen der Kommission zu Einzelfragen führten dazu, dass in einer weiteren Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (KOM (2000) 580 endg.) im Jahr 2000 sowie im Bericht der Kommission an den Europäischen Rat von Laeken 2001 (KOM (2001) 598 endg.) versucht wurde, die Rahmenbedingungen für die Erbringung der Leistungen konkreter zu fassen. Aber auch diese Veröffentlichungen der Kommission haben nicht dazu beigetragen, die Unsicherheiten und Probleme, die sich aus dem europäischen Wettbewerbsrecht und der möglichen Missbrauchskontrolle der Kommission ergeben, zu klären.

Im Kern geht es bei dieser Diskussion um die Frage, bis wohin die öffentliche Aufgabe gehen muss und wann der Markt Aufgaben anbieten kann, ohne die Sicherheit der Aufgabenerledigung, den gleichmäßigen Zugang aller oder ggf. ein hohes Umwelt- und Gesundheitsschutzniveau zu gefährden.

Im Einzelnen sehen die EU-Wettbewerbsregeln vor, dass grundsätzlich alle finanziellen Zuwendungen der öffentlichen Hand an die Unternehmen bei der EU zu notifizieren sind. Da die EU eine Neutralität von öffentlichen und kommunalen Unternehmen annimmt, sind hiervon auch alle Zuwendungen an unsere eigenen städtischen Unternehmen betroffen. Des Weiteren wird im Zuge gleicher Wettbewerbsbedingungen und größtmöglicher Transparenz erwartet, dass vor der Betrauung eines Unternehmens mit einer Leistung eine Ausschreibung erfolgt.

Zwar besteht die Möglichkeit, Ausnahmen von diesen Wettbewerbsregelungen zugunsten der Daseinsvorsorge vorzunehmen; die EU-Kommission betont die Bedeutung von Gemeinwohlverpflichtungen - insbesondere das Bedürfnis nach umfassender flächendeckender Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Daseinsvorsorge. Allerdings gibt die Kommission stärker dem Wettbewerb den Vorzug; es erfolgt keine gleichgewichtige Berücksichtigung der Aspekte des Gemeinwohls und des Wettbewerbs.

Die genannten Rahmenbedingungen führen automatisch dazu, dass die Erbringung der öffentlichen Leistungen durch eigene städtische Unternehmen in Gefahr ist. Dies allerdings schränkt nach unserer Auffassung die kommunale Selbstverwaltung in einem nicht vertretbaren Umfang ein. Nach dem Grundgesetz können die Kommunen selbst entscheiden, welche Leistungen sie anbieten und in welcher Form sie eine Aufgabe sicherstellen. Diese Organisationsfreiheit der Städte, Aufgaben auf eigene Unternehmen zu übertragen, wird durch die europäischen Rahmenbedingungen praktisch erheblich eingeschränkt und teilweise sogar ganz unmöglich gemacht. Dies ist aus kommunaler Sicht umso bedauerlicher, da wir aufgrund der demokratischen Kontrolle und der damit gegebenen unmittelbaren Nähe zu den Verbrauchern deren Interessen am ehesten aufnehmen und umsetzen können.

Darüber hinaus sind die europäischen Rahmenbedingungen äußerst unklar formuliert. Es besteht für die Städte eine große Rechtsunsicherheit, die Planungen für die Zukunft erschwert. Dies betrifft z.B. die Fragen: Was sind Leistungen der Daseinsvorsorge und wer legt diese fest? Welche Leistungen sind EU-relevant? Was sind die Kriterien, die verlässlich den Geltungsbereich der europäischen Regeln festlegen, d.h. eine Entscheidungshilfe geben, wann eine öffentliche Leistung überhaupt unter das europäische Wettbewerbsrecht fällt?

Da lediglich die wirtschaftlichen Dienstleistungen den Wettbewerbsvorschriften der EU unterliegen, bedarf es insbesondere dringend der Abgrenzung wirtschaftlicher von nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen. Bisher hat die Kommission lediglich die hoheitlichen Aufgaben von den Wettbewerbsregeln ausgenommen; soziale und gesundheitliche Aufgaben, kulturelle oder Bildungsangebote sind damit möglicherweise unter Wettbewerbsbedingungen zu erbringen. Die mündliche Aussage der Kommission, dass diese Frage marktabhängig sei, kann weder von den Verbrauchern noch von den Städten akzeptiert werden. Aus unserer Sicht müssen Kriterien festgelegt werden, um die nicht-wirtschaftlichen von den wirtschaftlichen Tätigkeiten verlässlich abgrenzen zu können. Dabei muss das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht eine besondere Bedeutung erhalten.

Ebenfalls keine Anwendung finden die Wettbewerbsvorschriften, wenn keine wesentlichen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel gegeben sind. Im Interesse einer größeren Rechtssicherheit muss allerdings konkretisiert werden, wann und unter welchen Bedingungen eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels angenommen wird. Die Entfernung zur Grenze eines anderen Mitgliedstaates kann aus unserer Sicht kein geeignetes Kriterium darstellen, da es zu erheblichen Ungleichbehandlungen verschiedener lokaler Aufgabenträger führt.

Wir fordern daher von der Kommission, eindeutig klarzustellen, dass es in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und damit der jeweils innerstaatlich zuständigen Stellen fällt, die Erforderlichkeit der Aufgaben, ihre Reichweite und Struktur und damit auch die Leistungen der Daseinsvorsorge zu definieren. Die Kommission dagegen soll eindeutige Kriterien zur Bestimmung eines offenkundigen Missbrauchs festlegen.

Rechtsunsicherheit schaffen auch die Aussagen der Kommission bei den sog. Inhouse-Geschäften. Auch hinsichtlich möglicher Ausschreibungspflichten sind die Städte auf Klarheit und Transparenz angewiesen. Die Städte haben im Vertrauen auf ihre national festgelegte Organisationshoheit mit dem Ziel höherer Wirtschaftlichkeit die Erbringung ihrer Dienstleistungen aus der Kernverwaltung ausgegliedert. Nach den Modellen der Kommission sollen sie nun gezwungen werden, diese Dienstleistungen auszuschreiben.

Probleme für die Kommunen

Zusammenfassend ergeben sich aus den europäischen Rahmenbedingungen drei Hauptprobleme für die Städte in Deutschland:

Problem 1: Spannungsverhältnis zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb

Ein Grundproblem besteht darin, dass die EU die Wettbewerbskomponente des Binnenmarktes für maßgeblich hält, während der Gemeinwohlorientierung weniger Bedeutung beigemessen wird. Hierdurch entsteht zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zwischen der kommunalen Selbstverwaltung und dem wettbewerbsbetonten Binnenmarkt. Konkret geht es um die Frage, welche Möglichkeiten deutschen Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge gegenwärtig (Beihilfeproblematik) oder zukünftig (weitere Liberalisierungen) noch eingeräumt sein werden. Hat die kommunale Selbstverwaltung, d. h. das Recht der Kommunen, Angelegenheiten der Gemeinde in eigener Verantwortung zu regeln, noch Bestand? Können sich die deutschen Kommunen auch zukünftig noch am deutschen Gesellschaftsmodell orientieren oder setzt sich in Europa ein rein wettbewerbsorientiert geprägtes Modell durch? Neben dem weiteren Bestand der kommunalen Selbstverwaltung in der Europäischen Union ist damit auch die Frage angesprochen, ob sich in Europa die Soziale Marktwirtschaft durchsetzen lassen wird.

Problem 2: Neutralität

Mit dem Begriff der Neutralität ist die Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen im europäischen Kontext angesprochen. Die kommunalen Unternehmen in Deutschland sind in ihrem Handeln nicht - wie das europäische Recht dies vorsieht - der privaten Wirtschaftstätigkeit gleichgestellt. Alle Bundesländer legen in ihren Gemeindeordnungen einheitlich fest, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bestimmten Rahmenbedingungen unterworfen ist. So sind kommunale Unternehmen in ihrem Wirkungskreis auf die Gemeinde beschränkt und jede wirtschaftliche Betätigung **muss** einem öffentlichen Zweck dienen, d. h. die kommunalen Unternehmen sind in der Bundesrepublik per Gesetz dem Gemeinwohl, dem Wohl der Bürgerinnen und Bürger verpflichtet. Insofern sind die kommunalen Unternehmen Einrichtungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, während private Unternehmen das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgen. Werden die kommunalen Unternehmen hinsichtlich der Pflicht zur Notifizierung von Beihilfen und der möglichen Ausschreibungspflicht auch bei Inhouse-Geschäften mit privaten Unternehmen gleichgestellt, wird ihnen die Existenzgrundlage entzogen. Die privaten Unternehmen können sich auf alle Ausschreibungen bewerben, den kommunalen Unternehmen ist jedoch aufgrund der Beschränkung auf den örtlichen Wirkungskreis keine wirtschaftliche Betätigung über die Örtlichkeit hinaus möglich. Erhalten sie den Zuschlag aus der eigenen Kommune nicht, müssen sie ihre Tätigkeit einstellen.

Problem 3: Rechts- und Planungssicherheit

Nehmen die Städte Aufgaben der Daseinsvorsorge wahr - so ist deutlich geworden -, besteht eine große Rechtsunsicherheit. Dies betrifft z.B. die Frage, welche Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge jeweils in welchem Umfang den Wettbewerbsregeln unterworfen sind, wie die Abgrenzung wirtschaftlicher von nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen oder die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels. Dies betrifft aber auch die Frage, wie das Wettbewerbsrecht angewandt wird, und damit die Probleme hinsichtlich der Ausschreibungspflichten bei den sog. Inhouse-Geschäften oder der Notifizierung von finanziellen Zuwendungen an Unternehmen.

Mögliche Auswirkungen der Wettbewerbsregeln

Würden die Wettbewerbsregeln in voller Gänze entsprechend den bisherigen Aussagen der EU in den Städten angewandt - vor allem, wenn nicht gleichzeitig nationales Recht angepasst würde - hätte dies in den deutschen Städten erhebliche strukturelle Veränderungen bei der Erbringung von Grundversorgungsdienstleistungen zur Folge.

Gewährleisten die Kommunen in Deutschland die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen nicht mehr durch eigene Unternehmen, sondern betrauen damit private Unternehmen, bleibt die Vorhaltepflicht für wirtschaftliche öffentliche Dienstleistungen bestehen. Ob diese Veränderung zu einer Verbesserung des Dienstleistungsangebots für die Bürger führen wird, muss in Frage gestellt werden. Werden Leistungen künftig nicht mehr selbst erbracht, müssen diese zunächst ausgeschrieben werden. Diese Ausschreibung muss jedoch genau und umfassend die zu erbringenden Leistungen beschreiben und bewerten. Dabei muss einkalkuliert werden, dass sich bestimmte Leistungen im Zeitablauf ggf. an sich ändernde Marktverhältnisse anpassen müssen.

Mit der Vergabe von Leistungen an Private findet gleichzeitig auf diesen Märkten eine massive Abwanderung von Know-how und fachtechnischem Wissen von öffentlichen zu privaten Unternehmen statt, das den Kommunen nicht mehr zur Verfügung steht.

Die Kommune wird vor der schwierigen Aufgabe stehen, im Rahmen einer Ausschreibung den günstigsten Anbieter zu wählen und gleichzeitig dafür Sorge tragen zu müssen, für wenig Geld hohe Qualitätsanforderungen zu sichern. Woher dieses kommunale Know-how für die Ausschreibungs- und Vertragsmodalitäten kommen soll, bleibt ungeklärt.

Wird die Leistung dann privat erbracht, muss sie regelmäßig und - wie die Erfahrungen z.B. im Baubereich zeigen - umfassend kontrolliert werden. Die Kommunen müssen in der Lage sein, ein entsprechendes Instrumentarium vorzuhalten, um diese Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse kontrollieren zu können, da nach wie vor bestimmte Umwelt- und Qualitätsstandards eingehalten werden müssen.

Im Zweifel muss sowohl für die Ausschreibungsverfahren als auch für die Kontrolle privater Anbieter entsprechendes Fachwissen eingekauft und wiederum kontrolliert werden. Generell sehen wir darin die folgenden Probleme:

Gewährleistung und Einflussnahme

Mit der Aufgabe eigener Betriebe besteht die Gefahr, dass die ausschreibende Kommune in ein erhebliches Abhängigkeitsverhältnis zu den jeweiligen privaten Dienstleistern gerät. In verschiedenen „liberalisierten" Dienstleistungssektoren bestehen bei den privatwirtschaftlichen Anbietern bereits jetzt Oligopole wenn nicht sogar Monopole. Dies gilt insbesondere für den Abfall- und auch den Stromversorgungsbereich. Unter solchen Umständen entstehen eine Reihe von Unsicherheiten für die Kommune. Was passiert z. B., wenn ein Oligopolanbieter nicht mehr in der Lage ist, seine Leistungen zu erbringen? Wie kann in einem solchen Fall die Kommune ihre Grundversorgungspflicht erfüllen? Wie können auf einem verengten Markt mit wenigen Anbietern insbesondere kleinere Kommunen, die über keine starke Verhandlungsposition verfügen, verträgliche und angemessene Preise in den Verhandlungen durchsetzen?

Qualität der Versorgung

Im Rahmen der Grundversorgung geht es auch darum, bestimmte Standards einzuhalten. In der Wasserversorgung beispielsweise würde eine Aufhebung der bisher geschlossenen Versorgungsgebiete zur Folge haben, dass jedes wasserfördernde Unternehmen sein Wasser in das jeweilige örtliche Wassernetz einspeisen kann. Dies würde jedoch zu ständig sich ändernden Zusammensetzungen des Wassers, das eben gerade kein immer gleiches Produkt wie etwa Strom ist, führen. Solche Änderungen würden chemische Reaktionen im Rohrnetz auslösen, die zu Verkeimungen führen könnten und nur unter hohen Kosten und / oder bei Qualitätsverlust beherrschbar wären. Zudem ist Wasser ein Lebensmittel, für dessen hohe Qualität beim Endverbraucher die örtlichen Gesundheitsämter verantwortlich sind. Auch dieser Verantwortung wäre, wenn überhaupt, bei nicht öffentlicher, voll dem Wettbewerb unterworfener Wasserversorgung nur unter erheblichem Überwachungsaufwand gerecht zu werden.

„Rosinenpicken"

Im Rahmen des Abfallrechtes ist, neben der Ausbildung von regionalen Monopolen, deutlich festzustellen, dass die privaten Betreiber deutlich dazu neigen, sich eher lukrative Geschäftsbereiche auszusuchen. Für die Kommunen bedeutet dieses, für den wirtschaftlich unattraktiven Restbereich der Abfallentsorgung die Verantwortung übernehmen und gleichzeitig wirtschaftlich unrentable Anlagen dafür vorhalten zu müssen.

Kommunale Gesamtsicht

Kommunale Wirtschaftsbetriebe sind nicht nur allein im Zusammenhang mit der Gewährleistung bestimmter Grundversorgungsleistungen durch die Kommune zu sehen. Für die Städte sind die Unternehmen ein wichtiger Bestandteil im gesamtwirtschaftlichen Gefüge.

Kommunale Wirtschaftsbetriebe nehmen eine weitergehende Funktion für die Kommunen als Beschäftigungsstandort und Arbeitsmarktregion wahr: Sie gehören in den Städten häufig zu den größten und wichtigsten Auftraggebern für die örtlichen Unternehmen - meist kleine und mittlere Betriebe im Handwerk und den verschiedenen Branchen. Dementsprechend tragen sie zur Arbeitsplatzerhaltung im Mittelstand bei. Mit der Vergabe von Daseinsvorsorgeleistungen an Großunternehmen und Oligopole besteht die Gefahr, dass lokale arbeitsplatzsichernde Aufträge an Handwerksbetriebe verloren gehen.

Für uns ist auch wichtig, dass kommunale Wirtschaftsbetriebe, die nicht ausschließlich nach dem Prinzip der Gewinnmaximierung arbeiten, unter sozialen Gesichtspunkten Arbeitnehmer beschäftigen, die bei privaten Unternehmen keine Chance mehr haben. Würden diese Arbeitnehmer bei Privatisierungsmaßnahmen entlassen, würden diese Kosten im Gesamtwirtschaftsgefüge der Kommune spätestens über die Sozialhilfe wieder zu Buche schlagen. Darüber hinaus erfüllen kommunale Unternehmen noch andere wichtige öffentliche Ziele, wie z. B. stadtentwicklungspolitische oder wirtschaftsfördernde.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die europäischen Anforderungen die Struktur der öffentlichen Dienstleistungen grundsätzlich in Frage stellen. Nicht berücksichtigt sind hier überdies die erheblichen Transaktionskosten, die durch Ausschreibung und Kontrollerfordernisse entstehen und mit denen die Städte rechnen müssen.

Diese negativen Auswirkungen machen deutlich, dass eine weitestgehende Verdrängung der Kommunen und ihrer Unternehmen von der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen weder wirtschaftlich noch sozial wäre.

Perspektiven für die Städte / Forderungen an die Kommission

Mit der Diskussion um die Liberalisierung und deren Umsetzung in einzelnen öffentlichen Sektoren wird die Aufgabe der Städte, für die Bürger wichtige Grundversorgungsdienstleistungen bereitzustellen, in Frage gestellt. Für die Städte ergibt sich aus dieser Situation die Frage, wie den Interessen der Bürger am besten gedient werden kann und damit die Allgemeininteressen am besten gewährleistet werden können.

Einem Rückzug aus dem Bereich der Daseinsvorsorge steht zum einen die Verantwortung der Städte für „örtliche Angelegenheiten" (Art. 28 GG) entgegen. Die Städte garantieren mit dieser Infrastrukturverpflichtung im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung den Bürgern sowie der privaten Wirtschaft Versorgungssicherheit, Qualität und gerechte Preise für wichtige Grundversorgungsleistungen. Zum anderen wird die Vertretung der Bürger in den Städten von ihren Wählern vor Ort dafür verantwortlich gemacht, wenn der Strom ausfällt, bei der Wasserversorgung Probleme auftreten oder der öffentliche Nahverkehr nicht funktioniert. Die Städte müssen daher weiterhin die Möglichkeit haben, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft selbst zu gestalten.

Aus unserer Sicht sollten hierzu bezogen auf die europäische Diskussion folgende Leitprinzipien stärker betont werden:

- Es darf keine Kompetenzverschiebung von der nationalen auf die europäische Ebene geben. Das Recht der Mitgliedstaaten, die Leistungen der Daseinsvorsorge zu definieren, sollte stärker betont werden. Nur so lässt sich auch eine höhere Akzeptanz der Bürger für Europa erreichen. Eine europaweite inhaltliche Ausgestaltung der Leistungen der Daseinsvorsorge vernachlässigt nach unserer Auffassung die Interessen der Bürger.
- Die EU muss die Grundkriterien verdeutlichen, die die Kommission an die Maßnahmen der Daseinsvorsorge anlegt. Es sollte klargestellt werden, dass staatliche Leistungen zur Sicherung der Daseinsvorsorge mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind. (Der Gemeinwohlauftrag muss diesbezüglich konkreter in Art. 86, Abs. 2 EGV aufgenommen werden.)

- Die Missbrauchskontrolle der EU-Kommission muss transparenter und nachvollziehbarer werden. Die Reichweite der Missbrauchskontrolle muss anhand von Kriterien definiert werden.

Dafür ist es erforderlich, dass die Europäische Kommission Kriterien nennt, die den Kommunen und Regionen Anhaltspunkte dafür geben,

- wann der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt ist;
- wie eine klare Abgrenzung der wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienste erfolgen kann. Neben den sog. klassischen Hoheitstätigkeiten sollten dazu auch Tätigkeiten zählen, die weitgehend einem gesetzlich definierten staatlichen Auftrag entsprechen;
- wann die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die Kommunen und Regionen sollten anhand dieser Kriterien im Rahmen der Gesetze selbst beurteilen können, wann die Wettbewerbsregeln gelten, so dass eine sichere Planung von Investitionen möglich ist.

Die Kommunen und Regionen müssen weiterhin selbst entscheiden können, ob sie mit eigenen Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen wollen. In diesen Fällen, die eine Öffnung der nationalen Gemeindeordnungen voraussetzt - wie dies für den Energiebereich in einigen Bundesländern geschehen ist -, sind dann auch die entsprechenden Ausschreibungsregelungen anzuwenden. Die Kommunen müssen aber auch die Wahl haben, die Leistungen für ihre Bürger einem eigenen Unternehmen, mit oder ohne Beteiligung privater Partner, zu überlassen, das dann in seinen Aufgaben auf das jeweilige Gebiet beschränkt ist. Eine Wettbewerbsteilnahme ist damit nicht möglich, wie die Gemeindeordnungen dies in der Regel vorschreiben. Dabei soll die Zusammenarbeit der Körperschaften nicht eingeschränkt sein. Die Beteiligung privater Partner muss weiterhin diskriminierungsfrei möglich sein, wenn dies von den Kommunen gewollt ist.

Mit Ausnahme der in den entsprechenden europäischen Richtlinien festgelegten Verpflichtungen, Dienstleistungen auszuschreiben, darf keine Verpflichtung zur Ausschreibung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bestehen. Die Kommission muss daher von einer generellen Ausschreibungspflicht absehen.

Die Klassifizierung jeder Art staatlicher Zuwendung an Unternehmen als notifizierungspflichtige Beihilfe führt bei den Kommunen nicht nur zu erheblicher Zeitverzöge-

rung bei der Erbringung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, sondern schafft zusätzlich Bürokratie, die das Angebot generell, mit Sicherheit aber die Effektivität der Erbringung der Dienste, in Frage stellt. Grundsätzlich sollten daher Zuwendungen der Kommunen und Regionen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die lediglich die für diese Dienste notwendigen Kosten ausgleichen, keine notifizierungspflichtige Beihilfe darstellen.

Falls der EuGH in seinen zu erwartenden Urteilen staatliche Zuwendungen insgesamt als zu notifizierende Beihilfen ansieht, sollten kurzfristig Gruppenfreistellungsverordnungen vorgelegt und die **de-minimis**-Regel erheblich ausgeweitet werden. Der Querverbund kommunaler Unternehmen muss weiterhin bestehen bleiben.

Ich bin der festen Überzeugung, dass die Akzeptanz für ein geeintes Europa für unsere Bürgerinnen und Bürger umso größer ist, je besser es uns gelingt, Originalität und Tradition der jeweiligen Mitgliedstaaten zu akzeptieren. Hierzu trägt m. E. auch die Konzeption, der Umfang und die Organisationsform der gemeinwohlorientierten Leistungen auf kommunaler Ebene bei.

Der Autor

Oberbürgermeister Dr. h.c. Herbert Schmalstieg, geboren 1943, Ausbildungen zum Sparkassenkaufmann, Sparkassenbetriebswirt und Werbeassistenten; seit 1966 Mitglied des Vorstands des SPD-Unterbezirks Hannover-Stadt; 1968 Wahl in den Rat der Stadt Hannover, seit 1972 zunächst ehrenamtlicher Oberbürgermeister, seit 1996 hauptamtlicher Oberbürgermeister. Zur Zeit stellvertretender Präsident des Deutschen Städtetags.

Meinhard Miegel

Die Zukunft der Öffentlichen Daseinsvorsorge

Auf den ersten Blick scheint eine Frage wie diese: „Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?" ihre Antwort bereits in sich zu tragen. Zweifellos – so der spontane Reflex – löst die öffentliche Daseinsvorsorge viele Aufgaben und ebenso zweifellos wirft sie zugleich zahlreiche Probleme auf. Das ist seit langem bekannt und wieder und wieder ausführlich in Theorie und Praxis erörtert worden. Mittlerweile gibt es eine ganze Literatur hierzu und es dürfte nicht ganz einfach sein, wirklich Neues beizutragen.

Trotzdem halte ich es nicht nur für legitim, sondern geradezu für geboten, die öffentliche Daseinsvorsorge nicht gewissermaßen aus alter Gewohnheit einfach hinzunehmen, sondern sie stets aufs Neue zu hinterfragen. Dazu zwingen uns nicht nur unsere europäischen Partner, die in ihr mitunter so etwas wie eine deutsche Skurrilität sehen, die begründungs-, zumindest aber erklärungsbedürftig ist. Dazu zwingen auch binnengesellschaftliche, -wirtschaftliche und -politische Entwicklungen. Da wir uns ändern, ändern sich auch Sinn, Zweck und Rolle der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Dabei ist es nicht ganz einfach, sich diesem Thema zu nähern. Das beginnt mit seiner begrifflichen Unschärfe. Was soll unter öffentlicher Daseinsvorsorge verstanden werden? Auf Lexikonebene scheint die Sache noch recht übersichtlich. Hier klassische staatliche Eingriffsverwaltung, dort moderne – auch wenn diese Modernität bis zum Freiherrn vom Stein und zu Hegel zurückreicht – Leistungsverwaltung. Der Staat, so heißt es, habe seinen Bürgern gegenüber die Pflicht, bestimmte Leistungen zu erbringen, wie umgekehrt die Bürger hierauf einen Rechtsanspruch hätten, der sogar mit Verfassungsrang ausgestattet sein soll.

Dringt man allerdings etwas tiefer in die einschlägige Literatur ein oder nimmt man gar die Praxis in den Blick, verschwimmt das Ganze. Da geht es plötzlich nicht mehr nur um konkret identifizierbare staatliche Leistungen. Auch gemeinwohlorientierte und gemeinwirtschaftliche Dienste, ja selbst der öffentliche Dienst insgesamt werden als Manifestationen jener öffentlichen Daseinsvorsorge ausgegeben. Der begriffliche Boden, auf dem man steht, ist schwammig, seine Horizonte verlieren sich im Nebelhaften.

Für manche ist dieser Befund Ausdruck des historischen Gewachsenseins jenes staatlichen Tuns. Wie sich der Staat im Laufe der Zeit entfaltete, so habe sich auch seine Daseinsvorsorge entfaltet: hier ein Anbau, dort ein Erker und gelegentlich wohl auch bloßer Zierrat. Der Bau ist über Generationen gewachsen und jede gestaltete ihn nach ihren Vorstellungen und Bedürfnissen aus und um. Augenfällig ist hierbei allerdings, dass nur selten etwas abgerissen, umso mehr aber dazu gebaut wurde. Die öffentliche Daseinsvorsorge wuchs und wuchs, bis sie geradezu monströse Erscheinungsformen annahm.

Inzwischen geht es beinahe schneller, die Bereiche zu benennen, die nicht in den Einzugsbereich jener Vorsorgeform gehören, als umgekehrt. Da ist das riesige Feld sozialer Sicherheit. Der Staat sieht sich in der Pflicht, für die Bürger bei Arbeitslosigkeit oder Krankheit, im Alter oder Pflegefall zu sorgen. Er sorgt sich aber auch um einen hohen Beschäftigungsstand und die Verminderung von Arbeitslosigkeit. Er sorgt sich um das Existenzminimum für jedermann und - wenn diese knapp sind - sorgt er für Wohnungen oder Kindergartenplätze.

Des Sorgens ist kein Ende. Der Staat sorgt sich, dass die Bürger mit Energie sowie Bildungs- und Kulturgütern versorgt werden, mit Straßen, Schifffahrtswegen und Hafenanlagen, mit Post- und Telegrafendiensten, mit Rundfunk- und Fernsehprogrammen, mit gepflegten Parkanlagen und blühenden Rabatten. Er sorgt sich um die Frischwasserzu- und die Abwasserabfuhr, den Luft- und öffentlichen Nahverkehr, Finanzdienste jedweder Art und selbst um eine nationale Energiereserve. Seinem sorgenden Auge entgeht schlechterdings nichts, wobei mit den aufgeführten Beispielen keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird.

Um dieser Sorge zu genügen, reguliert und kontrolliert er, subventioniert und monopolisiert er, privilegiert und diskriminiert er, informiert und interveniert er, betreibt er eigene Sparkassen, Kreditanstalten und Landesbanken, Rundfunk- und Fernsehanstalten, Straßen- und Hafenmeistereien, Wasserwerke und Kläranlagen, Kindergärten und Gartenbaubetriebe usw. usw. Seiner Kreativität sind keine Grenzen gesetzt. Alle Versuche, dennoch welche zu ziehen, waren so lange erfolglos, als keine Dritten in deutsche Angelegenheiten hineinreden konnten. Erst mit dem Erstarken der Europäischen Union und ihrer Brüsseler Behörden trat hier ein Wandel ein. Aber darüber wird noch zu sprechen sein.

Sucht man nach den Gründen für diese schier endlose Ausdehnung der öffentlichen Daseinsvorsorge, so stößt man auf nationale Traditionen und Strukturen, die - wie bereits angedeutet - bis in das frühe 19. Jahrhundert und vermutlich sogar noch länger

zurückreichen. Zutreffend ist sicher auch, dass dieses staatliche Engagement Bestandteil des europäischen Sozialmodells ist und uns insoweit von anderen Kulturkreisen unterscheidet. Nur sind Traditionen und Modelle allenfalls Sekundärgründe. Dahinter muss anderes stehen.

Dieses Andere zu erhellen, hat sich die Wissenschaft redlich gemüht. Ernst Forsthoff meinte schon in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts, es in der wachsenden Diskrepanz zwischen beherrschtem und effektivem Lebensraum des Einzelnen ausfindig gemacht zu haben. Das Leben des Einzelnen, so seine zunächst einsichtige These, sei von einer Vielzahl von Voraussetzungen abhängig, auf die er praktisch keinen Einfluss habe. Er könne nicht mehr selbst aus der Quelle schöpfen, sondern sei darauf angewiesen, dass das Wasser aus der Wasserleitung komme - klar, gesund und keimfrei.

Freilich ist die Lehre Forsthoffs elaborierter als ich sie hier vortrage und mir liegt fern, sie kritisch zu hinterfragen. Nur soviel: Der Staat hätte sich vieler dieser Lebensvoraussetzungen nicht selbst annehmen müssen, um sie zu gewährleisten. Das zeigt nicht nur der historische, das zeigt auch der internationale Vergleich. Briten und Amerikaner beispielsweise vertrauen weitaus stärker auf den Markt, den sie allenfalls mehr oder minder regulieren und kontrollieren. Die direkte staatliche Intervention, ja mehr noch die Übernahme der Aufgabe durch den Staat selbst ist nicht ihre Sache. Selbst die sonst so etatistischen Franzosen beschränken sich im Rahmen ihres *Service public* mehr als die Deutschen auf mittelbare Steuerungsinstrumente.

Die Deutschen fühlten sich wohl auch deshalb veranlasst, ihre sehr weitreichende öffentliche Daseinsvorsorge noch ein wenig solider zu untermauern. Sie soll zum Zuge kommen, wo nicht nur wirtschaftliche, sondern auch gesellschaftliche und politische Aspekte eine bedeutende Rolle spielen. Wo immer sozialer Zusammenhalt zu gewährleisten sei, sei in der Regel öffentliche Daseinsvorsorge geboten. Im übrigen gebe es weite Bereiche, in denen der Markt versage. Die Stichwörter sind: „Kollektivgüter", „nationale Monopole", „unvollständige oder asymmetrische Informationen", „Anpassungsmängel der Marktteilnehmer", „verzerrte Präferenzen", „externe Effekte" und andere mehr.

Das alles lässt sich hören und gewiss hat es ein beachtliches Maß an Einsichtigkeit. Restlos zu überzeugen vermag diese Argumentation jedoch nicht, jedenfalls nicht alle. Kritisch wird angemerkt, dass der Staat nicht zuletzt öffentliche Daseinsvorsorge betreibe, um durch sie - zumindest in Teilbereichen - seine Einnahmen zu erhöhen. Die chronisch klamme öffentliche Hand ziehe ganz bewusst auch kommerziell lukrative Tätigkeiten an sich, die ebenso gut oder sogar besser von Privaten erledigt werden könnten. Die-

se werden gezielt verdrängt. Und schließlich heißt es unverblümt, die öffentliche Daseinsvorsorge diene auch dazu, ungezählte Pfründe bereitzustellen, die bestimmten Personen oder Personengruppen zugeschanzt werden. Dass hieran etwas sein muss, belegen die vielen Skandale und Skandälchen, die vorzugsweise im Dunstkreis von öffentlich-rechtlichen Lottogesellschaften, kommunaler Abfallwirtschaft und dergleichen angesiedelt sind.

Aber selbst wenn von derart offenkundigen Auswüchsen abgesehen wird, ist die Liste der Einwände gegen Teilbereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge lang. Vor allem wo sie in Konkurrenz zur Privatwirtschaft tritt, wird beklagt, dass die ihr zugeordneten Unternehmen personell oft mit der Bürokratie verflochten seien und deshalb bei der Auftragsvergabe bevorzugt würden, dass die dort Beschäftigten ein geringeres Arbeitsplatzrisiko und die Unternehmen selbst ein geringeres Konkursrisiko liefen, dass steuerliche Privilegierungen keine Ausnahme seien, kurz, dass diese der öffentlichen Daseinsvorsorge dienenden Unternehmen unlautere oder zumindest unfaire Wettbewerber seien, deren Effizienz zu wünschen übrig lasse und die volkswirtschaftlich wertvolle Ressourcen vergeudeten. Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge seien ein ökonomischer Anachronismus.

Starken Auftrieb hat diese Kritik durch die EU erhalten. Für Brüsseler Behörden sind es gerade solche Einrichtungen, die den EU-weiten Wettbewerb behindern und sich nicht mit einem grenzenlosen Binnenmarkt vereinbaren lassen. Ständig sind deutsche Emissäre unterwegs, um die EU-Kommission und einige unserer Nachbarn nachsichtiger zu stimmen. Die Schlacht um das deutsche Sparkassenwesen ist nur ein, wenn auch ein besonders eindrucksvolles Beispiel.

Den Brüsselern geht die öffentliche Daseinsvorsorge der Deutschen seit langem zu weit, weshalb schon heute absehbar ist, dass sie in den kommenden Jahren und Jahrzehnten beständig zurückgedrängt werden wird. Der Konflikt ist programmiert: Auf der einen Seite werden die Prinzipien des offenen europäischen Marktes hochgehalten, auf der anderen Seite die der nationalstaatlich organisierten gemeinwirtschaftlichen Dienste. Den einen geht es um Gemeinschaftsrecht, den anderen um staatliche Souveränität. Über das alles ist von Berufeneren als mir so viel geredet, geschrieben, gerechtet und gestritten worden, dass man dem weiteren Verlaufen dieser sehr konkreten Debatte mit einer gewissen akademischen Gelassenheit entgegensehen kann. Hier werden alte Besitzstände verteidigt und geschliffen und andere entstehen neu. Es geht um den Erhalt von Altvertrautem und die Schaffung von Neuem. Es geht um viel Geld. Vor allem aber geht es um Einfluss und Macht. Wer das verkennt, verkennt den Kern der Debatte, die inso-

weit dann auch akademisch wieder spannend ist. Erneut brechen die Gegensätze zwischen Markt und Politik, zwischen Bürgern und Staat auf. Hierüber ist zu sprechen.

Machen wir uns nichts vor: Was Nietzsche über den Schenkenden, den Schaffenden und den Lehrenden gesagt hat, gilt in noch höherem Maße für den Für- und erst recht den Vorsorgenden - sie alle sind Spielarten des Herrschenden. Wer ein wenig eintaucht in die Entwicklungsgeschichte der öffentlichen Daseinsvorsorge, wird unschwer zu dem Ergebnis gelangen, dass sie nicht nur dazu diente, die wachsende Diskrepanz zwischen beherrschtem und effektivem Lebensraum des Einzelnen zu überbrücken, sondern auch die staatliche Herrschaft gegenüber dem Einzelnen durch für- und vorsorgliches Handeln zu begründen und zu festigen. Dass wir Deutschen hierbei besonders weit gegangen sind, ist kein Zufall. Denn die Staatswerdung im modernen Sinne ereignete sich spät und musste teuer erkauft werden. Noch Bismarck sah sich in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts genötigt, seine Subjekte durch soziale Leistungen zu „bestechen". Er sagte tatsächlich „bestechen". Nur so glaubte er, sie sich bzw. dem Staat gefügig machen zu können.

Das unterscheidet uns Deutsche zusammen mit einigen anderen - zu denken ist beispielsweise an die skandinavischen Länder, obwohl deren breit ausgebauter öffentlicher Sektor einen etwas anderen historischen, kulturellen und selbst religiösen Hintergrund hat als der unsere - zum Beispiel von Frankreich oder dem Vereinigten Königreich. Während die Franzosen ihre *Grande Nation* haben - kaum hinterfragt, weil selbstverständlich - und die Briten glauben, *the Waves* zu regieren, griffen in Deutschland die Herrschenden zu „Sozialleistungen". Das heißt nicht, dass sich diese Leistungen nicht gerechnet hätten. Die Herrschenden kamen und kommen fast stets auf ihre Kosten. Aber das Wechselspiel zwischen Herrschenden und Beherrschten war und ist in Deutschland ein recht eigenes. Die Herrschenden, vom König bis zum Staatsratsvorsitzenden, kümmerten sich hierzulande um ihre Untertanen mit einer Intensität und einer Intimität, die anderenorts eher befremdlich erschienen wäre. In Preußen sorgte der Staat dafür, dass die Bevölkerung zunächst keineswegs aus Überzeugung oder Neigung Kartoffeln aß, und in Württemberg kümmerte sich der König persönlich - so der Chronist - um die Sanitäranlagen in den entstehenden Industriebetrieben. Generationen später schickte Erich Honecker persönlich besonders blass aussehende Leistungsträger auf Kur.

Die Deutschen waren also bereits erheblich prädisponiert, als nach dem Ende des 2. Weltkriegs staatliche Herrschaft neu zu begründen war. Die traditionellen Instrumente wie eine gloriose Volkslegende oder glanzvolle militärische Siege waren nicht verfügbar und wieder suchte man sein Heil - in vager Anlehnung an Bismarck, wie Adenauer

vorsichtig durchschimmern ließ - im weiteren Ausbau der öffentlichen Daseinsvorsorge oder, wie es von nun an häufiger hieß - bedingt durch eine etwas dunkle Formulierung im Grundgesetz - im Ausbau des Sozialstaats. Der sozial handelnde Staat - was immer sich dahinter verbarg - wurde zur Legitimationsgrundlage staatlichen Handelns schlechthin. Anders gewendet: Handelte der Staat, dann hatte sein Handeln „sozial" zu sein.

Wie tief die Menschen hiervon geprägt worden sind, zeigt die in Deutschland besonders enge Verbindung von hohen Sozialleistungen und Zustimmung zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Ein bemerkenswert hoher Anteil der Bevölkerung ist - regional unterschiedlich - nur allzu bereit, auf letztere zu pfeifen, wenn erstere bedroht erscheinen. Mit sozialer Gerechtigkeit, die zusammen mit Solidarität und Subsidiarität die methaphysisch-ideologische Überwölbung der öffentlichen Daseinsvorsorge bildet, lassen sich noch immer die Massen mobilisieren, obwohl kaum einer eine Vorstellung davon hat, was unter sozialer Gerechtigkeit zu verstehen ist.

Soziale Gerechtigkeit, Solidarität und Subsidiarität - zumindest letztere ist wohl beim Siegeszug der öffentlichen Daseinsvorsorge unter die Räder geraten und es wird schwer werden, ihr wieder auf die Beine zu helfen. Beginnen wir mit dem gewaltigsten Teil jener staatlichen Vorsorge, den sozialen Sicherungssystemen. Ihnen ist die Subsidiarität so gründlich ausgetrieben worden, dass alle Versuche, sie ihnen - vielleicht - wieder einzuhauchen, Herkulesarbeit sind. In den vier Sicherungssystemen - von der gesetzlichen Alterssicherung über die Kranken- und Pflegeversicherung bis hin zur Arbeitslosenversicherung und bedingt sogar in der Sozialhilfe - macht oder machte zumindest der Staat sich anheischig, kraft Gesetzes eine Vollversorgung zu gewährleisten. Im konkreten Fall kann das bedeuten, dass der Staat ein gut verdienendes Paar zwingt, im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge bis zum Tode einen Lebensstandard aufrecht zu erhalten, der mit einem Jahresbruttoeinkommen von 122.400 Euro einhergeht.

In den anderen Bereichen ist der Befund nicht grundsätzlich anders. In der Krankenversicherung muss die Gesamtheit aller Versicherten - solidarisch umverteilend - die Mittel aufbringen, die benötigt werden, damit alle die bestmögliche medizinische Versorgung erhalten können. Auch in der Arbeitslosenversicherung wird dem Einzelnen keineswegs anheim gestellt, nur für sein Existenzminimum vorzusorgen. Bis zu einer gewissen Obergrenze ist auch hier - ähnlich wie bei der gesetzlichen Alterssicherung - der Maßstab der individuelle Lebensstandard. Allein bei der Pflegeversicherung und der Sozialhilfe gibt es gewisse Pauschalierungen, die sich jedoch wiederum an variablen Durchschnittswerten orientieren.

Vor diesem Hintergrund nehmen sich die quasi subsidiaren Öffnungsklauseln, die in neuerer Zeit in die Betonwände der sozialen Sicherungssysteme gebrochen worden sind, beinahe rührend aus. Da soll eine Bevölkerung, die über Beiträge und Steuern schon heute 28 Prozent ihrer Bruttoarbeitsentgelte für ihre gesetzliche Alterssicherung abführt, in fünf Jahren noch 4 Prozent, also ein Achtel, semiprivat dem gleichen Zweck zuführen. Noch viel bescheidener sind die kühnsten Vorschläge für die Einführung eines Selbstbehaltes bei der gesetzlichen Krankenversicherung. Über einen Anteil von etwa 10 Prozent der von den Kassen geforderten Beiträge geht keiner hinaus. Ähnlich zaghaft sind die Vorschläge bei der Arbeitslosen- und Pflegeversicherung. Doch schon heute kann mit Gewissheit gesagt werden, dass von einer Subsidiarität der öffentlichen Versorgung, das heißt ihrer Hintanstellung hinter private Vorsorge, nirgendwo auch nur ansatzweise gesprochen werden kann. Die Gewichte sind, wie in weiten Bereichen der Daseinsvorsorge überhaupt, eindeutig verteilt: Absoluten Vorrang hat der staatlich geregelte Bereich. Er ist die alles tragende Säule. Das Private erscheint daneben wie ein Fliegenbeinchen. Eine Ordnung, in der der staatliche Bereich subsidiär ist, sieht anders aus.

Nun soll nicht unterstellt werden, dass die Bevölkerung als der Souverän auch der öffentlichen Daseinsvorsorge es grundsätzlich anders haben will. Vielmehr können der großen Mehrheit deren Leistungen gar nicht opulent genug sein und zwar weitgehend unabhängig davon, um was für Leistungen es sich handelt. Staatliche Für- und Vorsorge hat für die meisten einen hohen Rang und ganz abstrakt bekunden sie auch, sie finanzieren zu wollen. Aber eben nur abstrakt. Konkret stellt sich die Sache anders dar. Da erklärt eine ähnlich große Mehrheit, die Grenzen der Belastbarkeit mit öffentlichen Abgaben seien erreicht oder schon überschritten. Und sie belässt es nicht bei dieser Erklärung. Ungezählte Millionen vermindern gezielt und bewusst die ihnen kraft Gesetzes auferlegten Beiträge und Steuern, die ja in erheblichem Umfang der Finanzierung der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen. Wenn schätzungsweise ein Sechstel der Wertschöpfung auf dem schwarzen Markt erfolgt (das entspricht der Arbeitsleistung von etwa sieben Millionen Arbeitskräften), wenn riesige Milliardenvermögen trickreich um die deutschen Grenzen herum bugsiert werden, wenn die Mehrzahl der Sparer es als ihr gutes Recht ansieht, Kapitalerträge nicht zu deklarieren, wenn Tauschwirtschaft wieder an die Stelle der Geldwirtschaft tritt, wenn Bürger in großer Zahl die aberwitzigsten Investitionen tätigen, um steuermindernde Verluste zu machen, dann ist die lautstarke Forderung, die öffentliche Daseinsvorsorge in ihren vielfältigen Erscheinungsformen zu erhalten und möglichst auch noch auszubauen, nichtssagend. Oder genauer: Sie wird ehrlichen Herzens nur von denen erhoben, die im Wege der solidarischen Umverteilung von ihr profitieren. Von den übrigen wird sie - bewusst oder unbewusst - torpediert.

Ein solcher Befund muss zu denken geben. Er signalisiert eine Spaltung der Gesellschaft. Immer größere Teile sind dabei, sich auszuklinken, wenn sie sich nicht bereits ausgeklinkt haben. Der Staat hat in seinem steten Bemühen, sich die Geneigtheit der Bürger durch soziale Leistungen zu sichern, den Bogen offenbar überspannt. Den Bürgern ist dieser Staat zwar noch lieb, aber inzwischen zu teuer. Sie fühlen sich von ihm ausgebeutet. Dem Staat ist das nicht entgangen, weshalb er auf jeder Ebene - Bund, Ländern und Gemeinden - die Konfrontation mit den Bürgern zu vermeiden sucht. Statt sie offen zur Finanzierung staatlicher Leistungen heranzuziehen, werden sie angepumpt. Dabei hofft der Staat, dass sein Spiel nicht allzu schnell durchschaut wird. Denn zum Schluss müssen die Bürger ja doch die Rechnung bezahlen.

Die öffentliche Daseinsvorsorge, die als die wohl wichtigste Legitimationsgrundlage des Staates angelegt war, steht mithin im Begriff, ihn in einem wahrhaft dialektischen Prozess zu delegitimieren. Pointiert formuliert läuft sie Gefahr, von der Wohltat zur Plage zu werden. Wieder einmal ist es nicht gelungen, das rechte Maß zu halten. Der Staat wollte den Bürgern helfend zur Seite stehen, indem er für sie Aufgaben löste, die sie nicht länger selbst zu lösen vermochten. Aber er ging zu weit. Zunehmend mischte er sich in Angelegenheiten ein, die sehr wohl vom Einzelnen, der Familie, dem Nachbarschaftsverband, auf jeden Fall aber auf gesellschaftlicher Ebene zu handhaben waren. Dadurch schwächte er gerade diejenigen, die er zu stärken vorgab. Die Menschen wurden einer möglichst eigenständigen Lebensführung entwöhnt. Sie verlernten, für sich und andere ein stückweit auch existenzielle Verantwortung zu übernehmen.

Wohin das führen kann, kann wie in einem Laboratoriumsversuch am Beispiel der DDR studiert werden. In der DDR wurde öffentliche Daseinsvorsorge total betrieben. Der private Aktionsraum wurde buchstäblich auf die Grenzen eines Schrebergartens zurückgeschnitten. Alles andere lag in der Obhut des Staates, von der Wohnung über die Arbeitsstelle bis hin zum Ferienplatz Mitte November in Kühlungsborn. Viele gewöhnten sich daran und verfielen in eine Passivität, die uns noch lange zu schaffen machen wird. Wie vergleichende Untersuchungen zeigen, ist der Ruf nach dem Staat in den neuen Bundesländern noch lauter als in den alten. Das Vertrauen in das Handeln und die Allmacht des Staates ist fast blind, was dennoch die Ostdeutschen nicht davon abgehalten hat, ihn vom Sockel zu stoßen. Soweit ist es in der Bundesrepublik noch nicht. Aber das Widersprüchliche der Lage wird immer deutlicher.

Dies ist besonders bedenklich, weil mit der Verschiebung des Bevölkerungsaufbaus, namentlich der Zunahme des alten Bevölkerungsteils die Zahl derer, die bei den historisch gewachsenen Strukturen von öffentlicher Daseinsvorsorge abhängen, rasch an-

schwellen wird. Bleibt es bei diesen historisch gewachsenen Strukturen, ist unschwer vorhersehbar, was geschehen wird. Allein schon aufgrund der demographischen Entwicklung muss der Staat zur Aufrechterhaltung des Betriebes einen immer größeren Teil des Erwirtschafteten an sich ziehen und die Lastenträger werden sich hiergegen wehren. Welche Formen das annehmen wird, ist schwer vorherzusagen. So viel mag genügen. In den zurückliegenden 40 Jahren hat sich der Anteil der Transferberechtigten um etwa 40 Prozent erhöht. Das hat die Versorgungsmaschinerie zum Quietschen und Knirschen gebracht. Unter optimistischsten Annahmen wird sich dieser Anteil in den kommenden 40 Jahren nochmals um schätzungsweise 80 Prozent erhöhen. Es gehört nicht viel Phantasie dazu sich auszumalen, dass es dann nicht beim Quietschen und Knirschen bleiben wird. Weniger feinfühlig: Die historisch gewachsenen Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge dürften unter diesen Bedingungen systemsprengend, sprich demokratiegefährdend wirken.

Das heißt nun nicht, dass es künftig ohne öffentliche Daseinsvorsorge ginge. Nur muss Schluss gemacht werden mit dem lange gepflegten Image, der Staat sei ein bedingungsloser Wohltäter. Allenfalls setzt er die ihm zur Verfügung gestellten Mittel effizienter, mit gewisser Wahrscheinlichkeit setzt er sie aber auch ineffizienter ein. Das aber ist noch nicht einmal entscheidend. Entscheidend ist, dass die Bürger unmittelbarer als derzeit das Verhältnis von Aufwand und Ertrag einsehen und entsprechend entscheiden können, was ihnen wie viel wert ist. Heute ist ihnen diese Entscheidung weitgehend entzogen. Die Politik, oder in der Regel die Bürokratie, entscheidet an ihrer Stelle.

Wer beschließt, in die Zürcher Oper zu gehen, muss sich damit abfinden, für einen Platz in der letzten Reihe 100 Franken zu zahlen. Das erscheint einem subventionsverwöhnten Deutschen viel. Doch sind deshalb die deutschen Opernhäuser besser besucht als die Schweizer oder die US-amerikanischen? Oder sind die Schweizer amusischer oder stärker in Klassen separiert? Nichts von alledem. Eher ist das Gegenteil richtig. Die öffentliche Daseinsvorsorge – so unverzichtbar sie in Teilbereichen ist – schmälert die verfügbaren Einkommen der Bürger und damit ihre Entscheidungs- und Gestaltungsräume. Dem Bürger wird vom Staat mehr oder minder grobschlächtig ein Verhalten aufgedrängt, das aus der Sicht des letzteren angemessen ist. Letzterer meint beispielsweise, dass es auch noch 42 Jahre, nachdem die letzte Tonne deutscher Steinkohle zum Weltmarktpreis gefördert worden ist, geboten sei, mit mehreren Steuermilliarden im Jahr dem Phantom einer nationalen Energiereserve zu huldigen. Er begründet das ganz explizit mit Daseinsvorsorge. Was der Bürger und selbst die Mehrheit der Bürger will, interessiert wenig. Gleiches gilt für lange Listen derartiger Vorsorgemaßnahmen.

Ist die öffentliche Daseinsvorsorge nun Problem oder Lösung? Der ganz zu Beginn gewagte Antwortversuch dürfte der richtige sein. Sie ist zum Teil Problem und zum Teil Lösung. Insgesamt ist sie einer kritischen Durchsicht zu unterziehen und sei es nur wegen ihrer unzulänglichen Finanzierung. Eine Organisation, deren Ausgaben praktisch immer ihre ordentlichen Einnahmen übersteigen, leidet unter strukturellen Mängeln. Diese Mängel werden im Blick auf die demographische Entwicklung größer werden. Um sie zu überwinden, gibt es nur zwei wirksame Strategien, die - ein wenig zugespitzt - wie folgt aussehen: Der Staat sorgt für alles und nimmt unter Belassung eines Taschengeldes alles, was erwirtschaftet wird. Oder er begrenzt seine Daseinsvorsorge auf den unmittelbar einsichtigen Kernbereich und verlagert die Konflikte zwischen Einnahmen und Ausgaben in die Portemonnaies der Bürger. Dort werden sie vielleicht nicht besser, auf jeden Fall aber mit geringerem volkswirtschaftlichen Kollateralschaden ausgetragen. Vor allem aber wird die Rolle von Individuen und Gesellschaft gestärkt. Um die anstehenden Herausforderungen zu meistern, ist das von größter Bedeutung.

Der Autor

Professor Dr. Meinhard Miegel, geboren 1939, Studium der Philosophie, Soziologie sowie Rechtswissenschaften in Washington D.C., Frankfurt/M. und Freiburg, 1970-73 Syndikusanwalt und Assistent der zentralen Geschäftsführung der Firma Henkel Cie., Düsseldorf; 1973-77 Mitarbeiter des Generalsekretärs der CDU, Prof. Dr. Kurt H. Biedenkopf, ab 1975 Mitglied der Geschäftsleitung und Leiter der Hauptabteilung Politik, Information und Dokumentation der Bundesgeschäftsstelle der CDU in Bonn; seit 1977 Leiter des Instituts für Wirtschaft und Gesellschaft Bonn. 1992 Ernennung zum außerplanmäßigen Professor; 1992-98 Lehrtätigkeit an der Universität Leipzig und Leitung des dortigen Zentrums für internationale Wirtschaftsbeziehungen.

Kirsten Mensch / Claudia Pfeiff

Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?

Bericht über die Podiumsdiskussion

Die derzeitigen Wandlungsprozesse der Daseinsvorsorge und deren mögliche Folgen erörtern auf dem Podium des Symposiums Experten aus Wissenschaft und Praxis. Unter der Moderation von Prof. Dr. Erhard Denninger diskutieren:

- Dr. Rolf Böhme, Oberbürgermeister a. D., Freiburg i. Br.,
- Prof. Dr. Johann Eekhoff vom wirtschaftspolitischen Seminar der Universität Köln,
- Dr. Annette Fugmann-Heesing, Senatorin a. D. und Unternehmensberaterin in Berlin,
- Prof. Dr. Johannes Hellermann von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Bielefeld sowie
- Prof. Dr. Otto Ernst Kempen von der Akademie der Arbeit in Frankfurt/Main.

I.

Zu Beginn der Diskussion verweist *Erhard Denninger* auf die vorangegangenen Veranstaltungen der Schader-Stiftung zum Thema „Öffentliche Daseinsvorsorge". Anhand von sieben Punkten stellt er seine Quintessenz aus diesen Veranstaltungen vor:

1. Die Tendenz zu Privatisierung und Wettbewerb im Bereich der bisherigen öffentlichen Daseinsvorsorge ist in allen Veranstaltungen benannt worden. Im Kolloquium, das den Start der Veranstaltungsreihe bildete, wurde sogar von einem Paradigmenwechsel gesprochen, der zu einer Beweislastumkehr führt, so dass nun derjenige, der sich privatwirtschaftlich betätigt, die Kompetenzvermutung auf seiner Seite hat und die öffentliche Hand ihre Zuständigkeit für eine wirtschaftliche Betätigung nachweisen muss.
2. Umstritten war in allen Veranstaltungen, wie diese Entwicklung zu bewerten ist und wie man auf sie reagieren soll.

3. Trotz dieser unterschiedlichen Anschauungen hat sich die Debatte im Laufe der Expertenrunden weiter versachlicht. Mit immer mehr Differenzierungen wurde man den unterschiedlichen Bereichen und Funktionen der Daseinsvorsorge gerecht. Als relevante Unterscheidungskriterien dienten hierbei u. a. die Fragen, ob die Versorgung leitungsgebunden ist und ob aufgrund technischer Gegebenheiten Monopole entstehen.
4. Von großer Relevanz sind natürlich die rechtlichen Vorgaben, insbesondere die europarechtlichen. Hier herrscht noch große Rechtsunsicherheit, die Planungsunsicherheit nach sich zieht. Allerdings kann man darin auch einen Vorteil sehen: Die großen Definitionsspielräume erschweren zwar eine abschließende juristische Definition von Daseinsvorsorge. Aber dadurch und auch durch die Sache selbst begründet, muss und kann die inhaltliche Ausgestaltung des Begriffs Daseinsvorsorge dem politischen Diskurs überlassen bleiben.
5. Die Relevanz nicht-ökonomischer Faktoren darf nicht vergessen werden. So sind z. B. ökologische Aspekte bei der Wasserversorgung, soziale und demographische Aspekte bei der Wohnraumversorgung, den sozialen Diensten und dem öffentlichen Verkehr von herausragender Bedeutung. Ebenfalls wichtig sind Fragen nach politischen Rahmenbedingungen, z. B., ob die Erbringung von Versorgungsleistungen einer demokratischen Kontrolle unterliegen soll oder ob eine neue Bürokratie - mit unvermeidbaren Kosten - notwendig ist, um den Wettbewerb nach durchgeführter Liberalisierung zu regulieren.
6. Art. 28 Abs. 2 GG, der das Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden festschreibt, taugt für die kommunalen Unternehmen zur Daseinsvorsorge kaum als Schutzwall vor der Einführung von Wettbewerb, da er unter Gesetzesvorbehalt steht, also auch durch das Gemeinschaftsrecht eingeschränkt werden kann.
7. Die Frage, welche Verfahren und welche Kriterien bei einer vergleichenden Evaluation der beiden grundsätzlich verschiedenen Aufgabenerledigungsmöglichkeiten der Daseinsvorsorge anzusetzen sind, ist in den bisherigen Veranstaltungen zu kurz gekommen.

II.

Nach diesen einführenden Worten legen die Diskutanten des Podiums ihre Positionen zur Frage „Daseinsvorsorge - Problem oder Lösung?" dar.

Der Feststellung *Denningers*, es sei bei öffentlicher Daseinsvorsorge unklar, welches Leistungsspektrum unter diesen Begriff falle, schließt sich *Rolf Böhme* an. Ihn habe die

uneinheitliche Abgrenzung dazu gebracht, den Begriff „Daseinsvorsorge" als Sammelbegriff für öffentliche Leistungen zu gebrauchen, die von der öffentlichen Hand erbracht und somit von demokratisch gewählten Gremien kontrolliert werden. Jedoch gehe ihm die von *Herbert Schmalstieg* vorgetragene Position des Deutschen Städtetags zu weit, nach der auch die Beschäftigungspolitik in kommunalen Unternehmen öffentlicher Daseinsvorsorge zuzurechnen sei.

Bei vielen der in verschiedenen Versorgungsbereichen der Daseinsvorsorge beobachtbaren Veränderungen handele es sich um normale Prozesse des Strukturwandels, auf den sich auch kommunale Unternehmen einstellen müssten und der nicht zuletzt im Interesse der Kunden sei. Um im Wettbewerb bestehen zu können, müssten einige öffentliche Unternehmen zugunsten einer Effizienzsteigerung umstrukturiert und modernisiert werden. Die Einbringung privaten Kapitals könne in diesem Zusammenhang eine sinnvolle Maßnahme darstellen. Auch seien vollständige Veräußerungen von Unternehmen nicht per se abzulehnen, sondern müssten im Einzelfall diskutiert werden. *Böhme* wehrt sich jedoch gegen außenbestimmte Veränderungen, wie sie im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge von der EU gefordert würden. Langfristig strebe die EU eine Funktion an, die deutlich über die einer Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehe. Derzeitige Wettbewerbsargumente der EU-Kommission stellten demnach einen Vorwand dar, eine „Europäisierung der Strukturen" zur Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse durchzusetzen. Die Tendenz gehe weg von einer Definition von Daseinsvorsorgeleistungen vor Ort hin zu einer europäischen Festlegung von „Universaldienstleistungen". Deutschland habe jedoch eine tief verwurzelte kommunale Selbstverwaltung, so dass diese Entwicklung hier stärker als in jedem anderen Mitgliedstaat zu nachhaltigen Änderungen in den Versorgungsstrukturen führen würde. Statt die kommunale Position zu schwächen, sei eine Stärkung zu befürworten, um die wichtigen Aufgaben der Urbanisierung und gesellschaftlichen Modernisierung bewältigen zu können.

Dass Wettbewerb nicht zwangsläufig in jeder Hinsicht zu einer Verbesserung führe, habe der Energiesektor deutlich gezeigt, in dem nach der Liberalisierung die Strompreise so hoch seien wie nie zuvor. Es müsse außerdem berücksichtigt werden, dass die Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Unternehmen häufig unterschätzt werde. Aufgrund solcher Einschätzungen hätten einige Städte ihre Stadtwerke verkauft. Wie sich in den letzten zwei Jahren jedoch gezeigt habe, konnten sich Unternehmen in öffentlicher Hand deutlich besser im Wettbewerb behaupten als zuvor angenommen. Diese hätten eine große Kundentreue zu verzeichnen, die neben einem angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis auf die relativ große Kundennähe öffentlicher Unternehmen und das hierdurch gewonnene Vertrauensverhältnis zurückzuführen sei. Die Wettbewerbsfähigkeit öffent-

licher Unternehmen sei umso bemerkenswerter, als diese in der Regel nicht über die gleichen Ausgangsbedingungen verfügten wie private Anbieter. Als Hindernisse im Wettbewerb erwiesen sich für die kommunalen Unternehmen u.a. die Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Gemeindegebiet durch das Regionalprinzip, die Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen sowie höhere Personalkosten durch die Bindung bzw. Anlehnung an öffentliche Gehaltstarife.

Die Diskussion über die Zukunft öffentlicher Unternehmen zur Daseinsvorsorge dürfe, so Böhme weiter, jedoch nicht ausschließlich unter Wettbewerbsgesichtspunkten geführt werden. Von vorrangiger Bedeutung sei der Gemeinwohlauftrag öffentlicher Unternehmen, der nicht zuletzt eine Legitimation ihrer Existenz darstelle. Deutlich werde dies bei den Sparkassen, die Leistungen erbrächten, die Geschäftsbanken nicht mehr anböten. Insbesondere Kreditvergaben an mittelständische Unternehmen entsprächen den gesamtgesellschaftlichen Zielvorstellungen und seien volkswirtschaftlich von großer Bedeutung. Die hierdurch erzielte Förderung von Innovationen und Wirtschaftskraft stelle eine Investition in die Zukunft dar.

Der derzeitige Entscheidungsspielraum vor Ort ermögliche unterschiedlich gestaltete Daseinsvorsorge-Leistungen, die nicht zuletzt zu einer Vielfalt in der europäischen Landschaft beitrügen. Notwendig sei es, in den EU-Mitgliedstaaten eine Balance zwischen der Einführung von Wettbewerb und der bisherigen Leistungserbringung im Rahmen der Daseinsvorsorge zu finden. Die Ankündigung, dass innerhalb der europäischen Verfassung eine Stärkung der kommunalen Ebene erfolgen solle, sei daher positiv zu bewerten.

Johann Eekhoff warnt vor der Scheinkontroverse „Gewinnorientierung versus Gemeinnützigkeit". Gemeinnützigkeit als per se gut und billiger, Gewinnorientierung als schlechter und aufgrund der Gewinnaufschläge teurer anzusehen, beruhe auf einem Missverständnis. Das, was die einen als Gewinn bezeichneten, brächten gemeinnützige Einrichtungen oftmals auf der Kostenseite unter. Einsparungen aufgrund der Gemeinnützigkeit bestünden folglich nicht grundsätzlich. Zudem müsse man die Rolle der agierenden Menschen beachten. Menschen strengten sich nur unter Wettbewerbsbedingungen richtig an und achteten auch nur dann auf Kosteneinsparungen.

Da man also nicht von einem grundlegenden Vorteil gemeinnütziger Unternehmen ausgehen könne, stelle sich die Frage, welche Aufgaben als öffentliche anzusehen seien und welche Aufgaben auch Private erledigen könnten. Kein Kriterium könne dabei die Qualitätssicherung sein, die immer wieder insbesondere im Zusammenhang mit der Wasserversorgung genannt werde, denn sonst dürften wir uns auch nicht von privat

arbeitenden Ärzten aufschneiden und operieren lassen. Um geeignete Kriterien zu entwickeln, schlägt Eekhoff vor, sich zunächst über das Menschen- und Bürgerbild zu verständigen. Dabei steht er einem Anspruch auf Sozialhilfe, der jedem in die Wiege gelegt werde, ablehnend gegenüber. Ihm schwebt der eigenverantwortliche Mensch vor, der selbst für sich und seine Familie sorgt und öffentliche Fürsorgehilfe nur dann erhält, wenn er es mit seiner Eigenleistung nicht mehr schafft, ein Mindestniveau des Lebensunterhaltes zu erreichen. Vor diesem Bild eines eigenverantwortlichen Bürgers solle die Debatte über die öffentliche Daseinsvorsorge geführt werden. Zudem sollten weitere Prinzipien beachtet werden:

1. Entsprechung von Leistung und Gegenleistung: Dort, wo es möglich sei, sollten die erhobenen Gebühren kostendeckend sein, so dass man auf Quersubventionen verzichten könne.
2. Gleichbehandlung der Bürger: Es sei nicht akzeptabel, dass die öffentliche Hand Gutes für die einen tue und damit die anderen belaste. So seien, wie *Böhme* es schon getan habe, Maßnahmen der Beschäftigungssicherung durch kommunale Unternehmen abzulehnen. Damit ein kleiner Teil der Bürger von solchen Maßnahmen profitiere, müssten die anderen - selbst die Arbeitslosen - bezahlen.
3. Differenzierte Lösungen: Es werde nicht möglich sein, allgemein zu definieren, was unter öffentliche Daseinsvorsorge fallen solle. Statt dessen müsse man jeden Fall einzeln betrachten und jeweils unterschiedliche Lösungen bedenken.

Ähnlich wie die Qualitätssicherung sieht Eekhoff auch den Aspekt der Identität nicht als geeignetes Kriterium an für die Frage, ob eine Aufgabe öffentlich oder privat zu erfüllen sei. Das hierbei oft genannte Beispiel der Sparkassen, die besondere Aufgaben erfüllten (insbesondere für den Mittelstand) und daher schützenswert seien, ziehe nicht, da Volks- und Raiffeisenbanken Gleiches täten, ohne durch den Steuerzahler abgesichert zu sein.

Die unterschiedliche Absicherung des Eigenkapitals zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen werde auch in Zukunft einer Gleichberechtigung im Wettbewerb entgegen stehen. Eekhoff ist jedoch zuversichtlich, dass die Probleme auf der Einnahmeseite der öffentlichen Finanzen und die Rolle, die die EU im Kampf gegen Beihilfen einnehme, eine wettbewerbsfreundliche Lösung beschleunigten.

Nach Auffassung von *Annette Fugmann-Heesing* sind in der Debatte um die öffentliche Daseinsvorsorge zwei Fragen ausschlaggebend:

1. Welche Leistungen soll der Staat vorhalten?
2. In welcher Form soll er das tun?

Aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Situation sei es offenkundig, dass die Aufgabenstellung des Staates neu definiert werden müsse. Bezüglich der zweiten Frage moniert *Fugmann-Heesing,* dass der Weg vom Leistungs- zum Gewährleistungsstaat zwar vorgezeichnet sei, die Debatte darüber aber nur haushaltsbezogen geführt werde, nicht jedoch ordnungspolitisch. Zudem würden die tatsächlichen Beweggründe für oder gegen (Teil-)Privatisierungen oftmals verschwiegen: Zumeist gehe es nämlich um die Bewahrung bzw. den Verlust von Macht. Daher würden Entscheidungen auch nicht auf Basis umfassender Kenntnis der tatsächlichen Faktenlage getroffen, die wegen mangelnder Datenbasis auch gar nicht zur Verfügung stünde. So fehlten Risikobetrachtungen und die erschöpfende Ermittlung aller Kosten, insbesondere der langfristigen Personalkosten. Aus diesen Gründen gebe es auch die viel beschworene demokratische Kontrolle der öffentlichen Unternehmen nicht.

Wenn die öffentliche Hand die Aufgaben der Daseinsvorsorge selbst wahrnehmen wolle, müssten klare Ziele vorgegeben sein. *Fugmann-Heesing* nennt hier: effizienter Mitteleinsatz, Transparenz (für die Bürger und die demokratisch gewählten Entscheidungsträger), Versorgungssicherheit und Risikominimierung.

Der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Unternehmen abträglich sei der rechtliche Rahmen, in dem diese agierten, und die Nähe zur Politik. So behindere das öffentliche Tarifrecht die Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Unternehmen stark, scheine aber trotz jahrelanger Bemühungen unabänderlich zu sein. Insbesondere trage die fehlende Ergebnisverantwortung der einzelnen Mitarbeiter zum Negativen bei. Ebenso schädlich wirke sich die Nähe zur Politik aus. Demokratische Entscheidungsstrukturen in öffentlichen Körperschaften stünden häufig in Widerspruch zu Entscheidungsstrukturen in Unternehmen. Es komme zu Einmischungen seitens der Politik, zum Beispiel vor Wahlen, so dass notwendige, aber unpopuläre Unternehmensentscheidungen nicht getroffen werden könnten.

Aufgrund dieser nur schwer oder auch gar nicht änderbaren Strukturen sieht *Fugmann-Heesing* den Ausweg in Ausschreibungswettbewerben. Diese würden zu einer Umstrukturierung der Verwaltung führen. Allerdings plädiert sie entgegen den Regelungen der EU für eine Übergangsfrist, die eine Anpassung aller beteiligten Parteien erlaube.

Johannes Hellermann beantwortet die Ausgangsfrage des Symposiums „Öffentliche Daseinsvorsorge: Problem oder Lösung?" mit einem „sowohl als auch". Natürlich diene die Daseinsvorsorge der Lösung von Problemen, wenn man darin übereinstimme, unter Daseinsvorsorge die Erbringung von Leistungen unter spezifischen, hoheitlichen Gemeinwohlvorgaben zu verstehen. Problematisch werde Daseinsvorsorge jedoch dadurch, dass in der Abgrenzung solcher Leistungen erhebliche Unsicherheiten bestünden. Hier bedürfe es, wie Denninger schon ausgeführt habe, keiner juristischen, sondern einer politischen Entscheidung.

Die Unsicherheit über den Begriff verschärfe sich dadurch, dass Entscheidungen innerhalb eines politischen Mehrebenensystems zu treffen seien, in dem unterschiedliche Interessenschwerpunkte sehr deutlich würden. Was etwa nach Auffassung der kommunalen Ebene dem Gemeinwohl diene, werde auf EU-Ebene als Zugangshemmnis innerhalb des Binnenmarktes und somit als ein zu beseitigendes Wettbewerbshindernis bewertet. Den Zusammenhang zwischen öffentlicher Daseinsvorsorge und politischer Legitimation aufzuzeigen, sei ein Verdienst von *Miegels* Darstellung, jedoch verkenne er dabei, dass es sich nicht um ein Spezialproblem eines autoritären, fürsorglichen Nationalstaates handele, sondern ebenso die heutigen politischen Ebenen betreffe. Insbesondere für die Kommunen bestehe im Bereich der Daseinsvorsorge noch einer der letzten Freiräume für halbwegs autonome Gestaltungen, durch die sie sich gegenüber den Bürgern profilieren und damit politische Legitimation erzielen könnten. Der gleiche Zusammenhang stelle sich auch für die EU dar. Daher sei es kein Wunder, dass die Kommission versucht habe, eigene neue Kompetenzen zur Regelung der Daseinsvorsorge aus Art. 16 EGV herzuleiten, und diese in Bezug stelle zur Unionsbürgerschaft. Die EU sei hier auf der Suche nach einer Legitimationsbasis für Kompetenzen, die über die einer reinen Wirtschaftsgemeinschaft hinausgingen.

Entscheidend sei daher die Frage der Kompetenzabgrenzung: Wer entscheide darüber, ob und wie Daseinsvorsorge betrieben werde? Der Rolle des Art. 28 Abs. 2 GG steht *Hellermann* hier nicht ganz so skeptisch gegenüber wie *Denninger*. Seine Bedeutung dürfe nicht unterschätzt werden, da er den Kommunen Rechte insbesondere gegenüber dem Landes- und Bundesgesetzgeber zusichere, auch wenn die Gesetzgeber im Einzelfall und dann stets rechtfertigungsbedürftig Einschränkungen des Selbstverwaltungsrechts vornehmen dürften. Unklar sei die Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaat. Hier habe es zwischen den Richtlinien der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des EuGH ein „Hin und Her" gegeben. Während die Kommission die mitgliedstaatlichen Befugnisse in Frage stelle, habe der EuGH in seinen Urteilen ein gewisses Mittelmaß bewahrt, das respektable mitgliedstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten offen halte.

Hellermann schätzt nach der gegebenen verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Lage, dass den Kommunen ein Entscheidungsspielraum erhalten bleibe, den er auch in der Sache für verteidigungswürdig hält.

Allerdings zeichne sich derzeit eine Kompetenzverschiebung auf die EU-Ebene im Bereich Daseinsvorsorge ab, die zwangsläufig eine Veränderung der Daseinsvorsorgestrukturen in den Mitgliedstaaten nach sich ziehen werde. *Hellermann* warnt davor, die Zukunft der Daseinsvorsorge ausschließlich aus Sicht des Bestellers zu diskutieren, der Leistung gegen die Zahlung eines bestimmten Preises nachfrage. Bei dieser Entwicklung bestünde die Gefahr, dass inhaltliche Definitionen nur noch auf der Ebene der Rechtsetzung oder der EU erfolgten, obwohl entsprechende Leistungen auf kommunaler Ebene per politischer Entscheidung definiert werden sollten. Dabei würde es sich um solche Leistungen handeln, die man für so wichtig erachte, dass sie unabhängig von der Zahlungsbereitschaft der Bürger bereitgestellt würden. Auch wenn das in der Tat, wie von Miegel angesprochen, ein „Griff in fremde Taschen" wäre, sei dieser jedoch durch die demokratischen Strukturen, in denen Entscheidungen über durch Steuergelder zu finanzierende Daseinsvorsorgeleistungen getroffen würden, zu rechtfertigen.

Die Bedeutung der öffentlichen Daseinsvorsorge als Voraussetzung von Chancengleichheit und Persönlichkeitsentfaltung der Bürger und für die Stabilisierung des Gesamtsystems macht *Otto Ernst Kempen* nachdrücklich deutlich. Die Kombination von parlamentarischer Demokratie und marktwirtschaftlichem System führe zu einem Konflikt: Marktwirtschaft garantiere für die Beteiligten große Entfaltungsmöglichkeiten und vielfältige Chancen, sie berge jedoch gleichzeitig die Gefahr von Enttäuschungen und wirtschaftlicher Ungleichheit, die langfristig zu sozialen Spannungen und somit zur Schwächung des gesamten politischen Systems führen könnten. Es bestehe demnach in einer marktwirtschaftlich fundierten Demokratie eine Spannung zwischen der verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantie und der wirtschaftlich sozialen Ungleichheit, die als Antriebskraft und zugleich ökonomisches Ziel des Wettbewerbs gelte. Wie bereits Bismarck erkannt habe, gelte es daher, die „Verlierer" der Marktwirtschaft durch staatliche Leistungen so zu stellen, dass sie gegenüber dem Gesamtsystem loyal bleiben. Nicht erkannt habe Bismarck jedoch die dadurch verursachte Abhängigkeit des Wohlfahrtsstaats vom allgemeinen Konjunktur- und Wachstumsverlauf.

Um alle potenziellen „Verlierer" in der Marktwirtschaft loyal gegenüber dem Gesamtsystem zu halten, sei es noch wichtiger, die bloß formale politische Gleichheit durch die Entwicklung gleicher Lebens- und Entfaltungschancen zu erweitern. Die Gewährleistung einer gewissen Grundversorgung im Rahmen der Daseinsvorsorge sei für eine chancen-

offene Entwicklung notwendig. Daseinsvorsorge sei somit als wesentlicher Teil der Lösung eines Kardinalproblems moderner Demokratie zu verstehen. Allerdings wolle *Kempen* nicht verschweigen, dass aus Sicht des Wettbewerbsrecht die Daseinsvorsorge in der Tat ein Problem darstelle. Damit sie funktionstüchtig sein könne, müsse sie nämlich mit staatlichen Zuschüssen arbeiten, die den prinzipiell staatsfreien Wettbewerb verzerrten. Doch das oben für Deutschland erörterte Dilemma werde sich früher oder später auch in einer zusammenwachsenden europäischen Gemeinschaft stellen.

III.

Während der einleitenden Statements und in der sich anschließenden Diskussion treten einige Aspekte immer wieder auf, an denen sich kontroverse Meinungen abbilden, die im Folgenden wiedergegeben werden. So wird die Frage, was als öffentliche Daseinsvorsorge gelten soll, vielfach gestellt und unterschiedlich beantwortet (1). Die zukünftige Rolle der Kommunen wird insbesondere mit Blick auf Art. 28 Abs. 2 GG differenziert betrachtet (2). Die Vorteile, die sich viele von öffentlicher Daseinsvorsorge durch Unternehmen in öffentlicher Hand versprechen, sind demokratische Kontrolle und ein Zuwachs an politischer Legitimation. Ob diese Vorteile wirklich gegeben sind oder sich nicht auch in Nachteile umkehren können, ist Gegenstand einer engagierten Debatte (3). Zu Kontroversen führt auch die Frage, ob Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen möglich ist und ob dieser auf gleicher Basis stattfinden kann (4). Inwiefern ein möglicher Mittelweg, nämlich gemischt-wirtschaftliche Formen von Unternehmen, zu befürworten ist, ist ebenfalls umstritten (5). Und schließlich wird angesprochen, welche Funktion der öffentlichen Ausschreibung von Daseinsvorsorge-Leistungen beizumessen ist (6).

1. Definition „Öffentliche Daseinsvorsorge"

Es besteht Einigkeit auf dem Podium, dass der Begriff „Öffentlichen Daseinsvorsorge" nicht abschließend definiert sei. Auch die Notwendigkeit des politischen Diskurses über Inhalt und Ausgestaltung der Daseinsvorsorge wird einmütig festgestellt, insbesondere angesichts der finanziellen Lage der öffentlichen Hand, die durch hohe Staatsverschuldung und eine hohe Staatsquote gekennzeichnet sei. Einigkeit besteht ebenfalls in der Ansicht, dass eine Klärung der Frage, welche Leistungen durch die öffentliche Hand – unter hoheitlichen Vorgaben – vorgehalten werden sollten, auch zum Abbau von Rechts- und Planungsunsicherheit dringend notwendig sei. Unterschiedliche Positionen treten hervor, sobald konkrete Vorschläge zur Abgrenzung der Daseinsvorsorge-Leistungen von anderen Leistungen unterbreitet werden oder wenn es um die Frage geht, wer über

die Entscheidungskompetenz hierfür verfüge. Während *Böhme* unter „öffentlicher Daseinsvorsorge" alle Leistungen versteht, die die öffentliche Hand - insbesondere die Kommune - erbringt und die demokratisch kontrolliert und somit legitimiert sind, versucht *Eekhoff* Prinzipien und Kriterien zu finden, die eine formale Abgrenzung öffentlicher von nicht-öffentlichen Leistungen ermöglichen. *Eekhoffs* Zielsetzung besteht darin, die Versorgung durch die öffentliche Hand - soweit es irgend geht - abzubauen. Der reine Rekurs auf Prinzipien und Kriterien stelle aber nach Ansicht *Hellermanns* eine unerwünschte Entpolitisierung der Entscheidung dar. Über die Definition von „Daseinsvorsorge" müsse vielmehr eine politische und demokratische Entscheidung getroffen werden, was allerdings dadurch erschwert werde, dass sie im Rahmen eines Mehrebenensystems erfolgen müsse. Welche Rolle die Kommunen dabei neben dem Bundes- und Landesgesetzgeber sowie der EU spielen können und sollen, war ebenfalls umstritten.

2. Die Rolle der Kommunen

Die deutschen Kommunen nähmen im europäischen Vergleich eine besondere Stellung ein, verdeutlicht *Böhme*. Sie zeichneten sich durch eine tief verwurzelte Selbstverwaltung und damit zugleich durch einen politischen Freiraum aus, die in keinem anderen europäischen Land zu finden seien. Da dieser Gestaltungsfreiraum durch die Regelungen der EU in Frage gestellt werde, hätten die deutschen Kommunen auch mehr zu verlieren als ihre europäischen Pendants. Schützt das grundgesetzlich verankerte Selbstverwaltungsrecht der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG) gegen die Einflüsse der EU? Unterschiedliche Auffassungen vertreten hierzu die Juristen auf dem Podium: *Denninger* spricht Art. 28 Abs. 2 GG aufgrund des in ihm enthaltenen Gesetzesvorbehalts nur eine geringe Schutzfunktion zu. Dem widerspricht *Hellermann*. *Böhme* meint, dass den Kommunen eine entscheidende Rolle bei der Definition und Gestaltung von Daseinsvorsorge-Leistungen zukommen müsse. Die Bürger verstünden die Daseinsvorsorge als einen Teil der kommunalen Selbstverwaltung: Öffentliche Daseinsvorsorge diene der Identität der Stadt oder Region. Gerade in Zeiten der Globalisierung komme den Kommunen und damit den Einflussmöglichkeiten der Bürger vor Ort eine größer werdende Bedeutung zu. Kritisch sieht dies *Eekhoff*. Man müsse immer genau nachfragen, wann und warum der Steuerzahler für ein Unternehmen die Verantwortung übernehmen solle. Er plädiert dafür, die Rolle der Kommune hier möglichst klein zu halten.

3. Demokratische Kontrolle und politische Legitimation

Ein zentrales Argument für den Erhalt öffentlicher Unternehmen ist die Möglichkeit demokratischer Kontrolle und die daraus erwachsende politische Legitimation. Skeptisch zeigt sich das Podium jedoch bei der Frage, inwieweit eine demokratische Kontrolle öffentlicher Unternehmen tatsächlich besteht. Auf Basis der in den Kommunen gege-

benen Informationslage sei eine wirksame Kontrolle öffentlicher Unternehmen gar nicht möglich, betont *Fugmann-Heesing*. Auch *Böhme*, der die demokratische Steuerung und Kontrolle von kommunalen Unternehmen als großen Vorteil genannt hatte, gibt zu, dass die Umsetzung dieser Kontrollfunktion oftmals problematisch sei. Die Nachfrage *Denningers*, ob solche Kontrollprobleme nicht auch in privaten Unternehmen bestünden, also nicht spezifische Mängel öffentlich-rechtlicher Strukturen seien, bejahen sowohl *Fugmann-Heesing* als auch *Böhme* grundsätzlich. Allerdings sehen sie noch weitere Faktoren, die die Kontrollmöglichkeiten insbesondere öffentlicher Unternehmen erschwerten. So weist *Fugmann-Heesing* darauf hin, dass die Verquickung von Unternehmensentscheidungen mit demokratischen Entscheidungsstrukturen, die sich oft an außer-wirtschaftlichen Aspekten wie Wahlterminen orientierten, dazu führe, dass das Regulativ des Wettbewerbs nicht mehr ausreichend funktioniere. Und *Böhme* erläutert, dass dem Vorstand in öffentlichen Unternehmen gegenüber dem aus kommunalen Trägern zusammengesetzten Aufsichtsrat eine stärkere Rolle zukomme, als dies in privaten Unternehmen der Fall sei. Ein solcher Aufsichtsrat sei oft schon aus Kompetenzgründen nicht in der Lage, die komplizierten Zusammenhänge zu analysieren und eine Gegenposition zu formulieren. Im Aufsichtsrat eines Privatunternehmens sei hingegen in der Regel mehr Sachverstand zu finden.

4. Wettbewerb von gleicher Basis aus?

Trotz der zu Anfang von *Denninger* konstatierten Tendenz zu mehr Wettbewerb auch im Bereich der Daseinsvorsorge und der von den meisten Diskutanten auf dem Podium beschworenen Teilnahme auch der öffentlichen Unternehmen am Wettbewerb bleibt umstritten, ob ein echter Wettbewerb im Bereich der Daseinsvorsorge zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen überhaupt möglich ist. Zum einen müssen die öffentliche Unternehmen Nachteile in Kauf nehmen, die ihre Wirtschaftlichkeit beeinträchtigen könnten: *Fugmann-Heesing* nennt hier nochmals den rechtlichen und organisatorischen Rahmen, bei dem insbesondere die Tarifgebundenheit, aber auch die fehlende Ergebnisverantwortung der Mitarbeiter in öffentlichen Unternehmen zu nennen seien. Auch die schon erwähnte Nähe zur Politik bewirke Defizite und führe oft dazu, dass öffentliche Unternehmen mit politischen Zielen überfrachtet würden, die mit dem eigentlichen Unternehmenszweck nichts zu tun hätten. *Böhme* weist auf weitere Nachteile öffentlicher Unternehmen hin, die das Ausschreibungsrecht, das Regionalprinzip sowie die Grundrechtsbindung betreffen.

Auf der anderen Seite sind aber auch Faktoren zu sehen, die den öffentlichen Unternehmen Vorteile im Wettbewerb mit privaten Unternehmen verschaffen. So betont *Eekhoff*, dass es keinen Wettbewerb mit gleichen Waffen geben könne, solange das

Kapitalrisiko nicht für alle Unternehmen gleich sei. Wenn Institutionen in einen Wettbewerb einträten, der sie nicht wirklich bedrohe, da sie aufgrund der Kapitalsicherung durch die öffentliche Hand nicht aus dem Markt herausfallen könnten, handele es sich nicht um einen wirklichen Wettbewerb.

Hellermann verweist im Rahmen dieser Diskussion auf ein rechtliches Dilemma: Während öffentliche Unternehmen nach deutschem Recht dadurch gerechtfertigt seien, dass sie einen öffentlichen Zweck erfüllten und nicht nur einer reinen Gewinnerzielungsabsicht nachhingen, verlange das europäische Recht, dass auf Sonderrechte für öffentliche Unternehmen verzichtet werde, sobald diese im Wettbewerb stünden. Der während der Diskussion geäußerte Wunsch, öffentliche Unternehmen ganz zu Teilnehmern im Wettbewerb weiterzuentwickeln, dabei aber weiterhin ihre demokratische Steuerung und Kontrolle zu fordern, berge einen inneren Widerspruch. Den spezifischen öffentlichen Zweck sollte man daher nicht ganz aufgeben.

5. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmensformen

Gemischte Beteiligungen wären nach Ansicht *Fugmann-Heesings* nur dann eine Lösung, wenn nicht der öffentliche Mit-Eigentümer letztlich doch (verdeckt) die volle Haftung für das gesamte Unternehmen übernähme. Wenn es gemischt-wirtschaftliche Unternehmen gebe, müssten auch die Anteilseigner entsprechend ihrer Beteiligung Verantwortung tragen. Dies sei jedoch faktisch nicht immer der Fall. Komme es zu ernsthaften Krisen, seien diese - politisch - in der Regel alleine von der öffentlichen Hand zu tragen, wie das Beispiel der Bankgesellschaft in Berlin gezeigt habe. Hier entzündete sich die öffentlich wirksame Kritik allein an den zwei Politikern, die im Aufsichtsrat gesessen hätten. Die Wirtschaftsvertreter hingegen seien öffentlich unbehelligt davongekommen.

Böhme schätzt die Möglichkeiten gemischt-wirtschaftlicher Betriebe positiver ein. Es gebe hier auch sehr gute Erfahrungen, die dauerhaft und außerordentlich effizient funktionierten. Da gemischt-wirtschaftliche Beteiligungen zu einem modernen Management in der kommunalen Daseinsvorsorge gehörten, sollte man sie nicht von vornherein ausschließen.

6. Ausschreibungen

Für *Fugmann-Heesing* sind Privatisierungen und Ausschreibungen Ausweichmöglichkeiten aus den starren, trotz vieler Bemühungen unveränderbaren Strukturen des öffentlichen Vergütungsrechts. Durch eine breite Einführung von Ausschreibungswettbewerben würden die bisherigen Verwaltungsstrukturen aufgelöst und die Verwaltung zu einer Bestellverwaltung umgebaut werden, die Qualitäten und Quantitäten definiere

und Verträge kontrolliere. Daher sieht sie die Tendenz zu Ausschreibungen als durchaus positiv an. Allerdings plädiert sie dafür, für die EU-Regelungen zum Ausschreibungswettbewerb einen Übergangszeitraum vorzusehen, in dem es noch möglich sein solle, Aufträge direkt an Gesellschaften zu vergeben, die sich ganz oder teilweise in öffentlicher Hand befänden. *Eekhoff* greift den Vorschlag einer Übergangslösung positiv auf, die für eine gewisse Zeit Arbeitsplätzen und Verbindlichkeiten in öffentlichen Unternehmen Bestandsschutz böte. Aber am Ende müssten klare Regelungen für Ausschreibungen stehen, die Transparenz ermöglichten.

Ein potentieller Nachteil einer per Ausschreibungswettbewerb organisierten Daseinsvorsorge wird aus dem Publikum genannt: Falls es in einem Versorgungsbereich zu Oligopolen komme, werde die Politik davon abhängig, was der Markt anbiete.

Ein anderer Hinweis aus dem Publikum bezieht sich auf die Detailliertheit von Ausschreibungen. Nicht sinnvoll sei es, Ausschreibungen als reinen Preisdumpingwettbewerb zu nutzen: Es müsse sich vielmehr um einen „Kreativitätswettbewerb" handeln. Die Kommune habe dabei die demokratisch legitimierte Definitionsmacht über die grundsätzliche Ausgestaltung einer Versorgungsleistung, die wirtschaftliche Umsetzung im Einzelnen müsse dann aber Teil unternehmerischer Entscheidungsfreiheit sein. Während *Fugmann-Heesing* einem solchen „Kreativitätswettbewerb" positiv gegenüber steht, hält *Böhme* nichts von solchen Ausschreibungen, da die Kommune bezahlen müsse, obwohl sie nicht wüsste, was schließlich dabei herauskomme.

Fazit

Hinter der Debatte, in welcher Form und Struktur öffentliche Daseinsvorsorge betrieben werden sollte, steckt mehr als die Frage nach der effizientesten Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Gütern und Leistungen. Und es steckt auch mehr dahinter als die Frage, ob wir privatwirtschaftlichen Unternehmen einen neuen Markt eröffnen wollen mit entsprechenden Möglichkeiten zu Gewinn und damit einhergehend auch zur Steigerung des volkswirtschaftlichen Nutzens. Auf allen Ebenen des politischen Systems berührt die zukünftige Struktur der öffentlichen Daseinsvorsorge die Möglichkeiten zu Einflussnahme und Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens - und zwar in einem vom Bürger unmittelbar erfahrbaren Bereich. Wer hier als zentraler Akteur gesehen wird, hat einen Vertrauens- und Legitimationsvorsprung bzw. kann ihn sich leicht erarbeiten. Zentraler Akteur könnte sowohl der Dienstleister sein, aber auch - und das sollte man nicht verkennen - der Gewährleister; vorausgesetzt dieser nutzt seine Definitionskompetenz

öffentlichkeitswirksam: So wäre denkbar, dass eine Kommune ihren Daseinsvorsorge-Aufgaben mittels Ausschreibungswettbewerb nachkommt und dabei die ausgeschriebene Dienstleistungen vorab intensiv und öffentlich - vielleicht gar unter Zuhilfenahme direktdemokratischer Entscheidungen - debattiert.

Der Kampf um eine Position, in der Gestaltung möglich und Legitimation erzeugbar ist, steckt hinter der Debatte um die öffentliche Daseinsvorsorge. Entsprechend engagiert wird diese Debatte auch geführt.

Die Autorinnen

Dr. Kirsten Mensch, geboren 1967, Studium der Sozialwissenschaften mit Schwerpunkt Politikwissenschaft sowie der Philosophie und Rechtswissenschaft; 1993 Studienaufenthalt in Groningen, Niederlande, 1994 bis 1998 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Politikwissenschaft der TU Darmstadt, 1999 Promotion, seit Januar 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

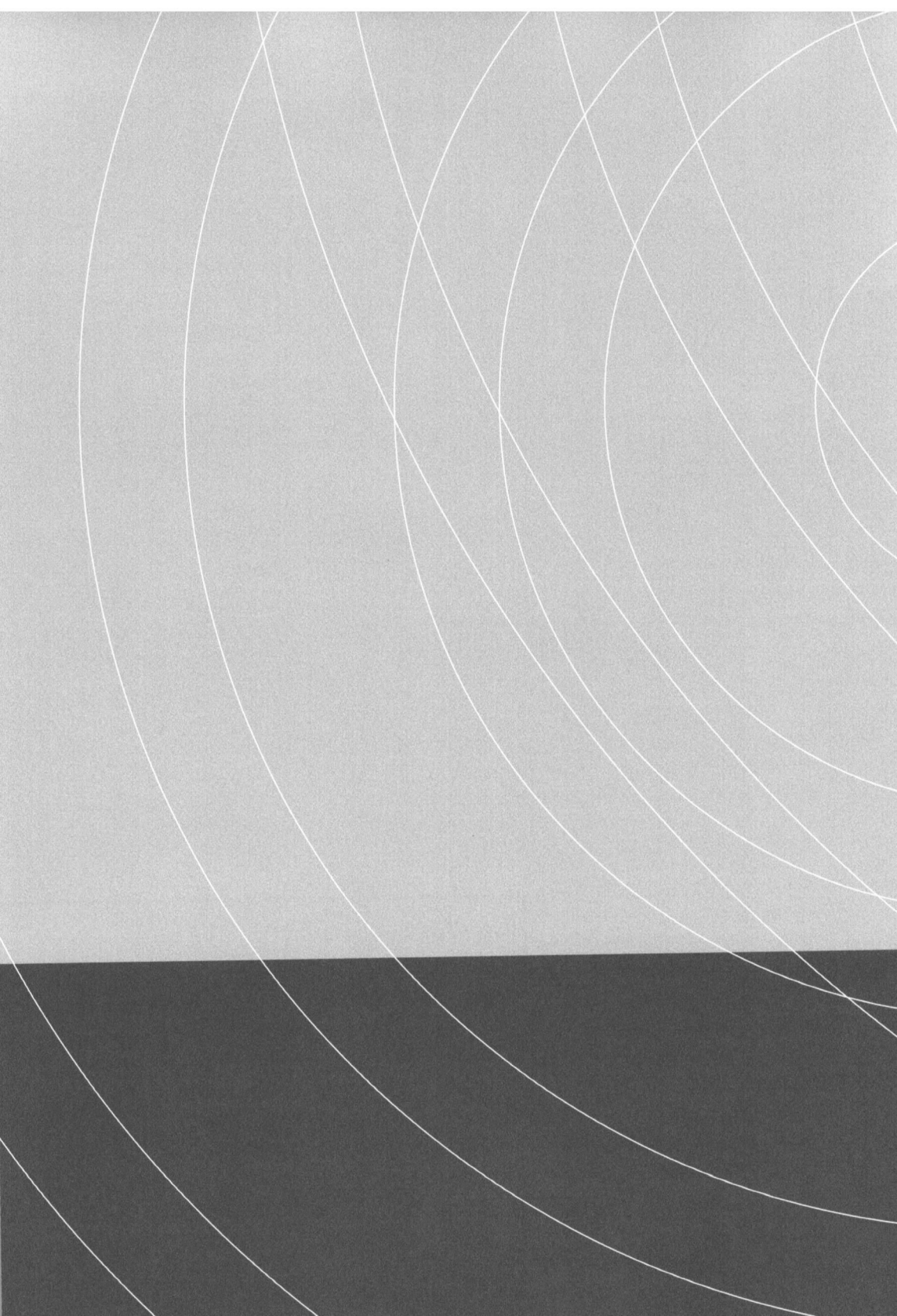
Claudia Pfeiff, geboren 1972, Studium der Angewandten Geographie/Raumentwicklung an der Universität Trier, seit August 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Teilnehmer des Symposiums der Schader-Stiftung „Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?" am 13. Februar 2003

Dr. Rolf Böhme	Oberbürgermeister a. D., Freiburg i. Br.
Prof. Dr. Johann Eekhoff	Universität zu Köln, Institut für Wirtschaftspolitik
Prof. em. Dr. Erhard Denninger	Johann Wolfgang Goethe-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. (Moderation)
Dr. Annette Fugmann-Heesing	Senatorin a. D., Unternehmensberaterin, Berlin
Prof. Dr. Johannes Hellermann	Universität Bielefeld, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Hradil	Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Institut für Soziologie; Vorstandsvorsitzender der Schader-Stiftung
Prof. Dr. Otto Kempen	Leiter der Akademie der Arbeit, Frankfurt a. M.
Christoph Kulenkampff	Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt
Dr. Kirsten Mensch	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt (Protokoll)
Prof. Dr. Meinhard Miegel	Direktor des Instituts für Wirtschaft und Gesellschaft, Bonn
Claudia Pfeiff	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt (Protokoll)
Dr. h.c. Herbert Schmalstieg	Oberbürgermeister von Hannover; Vizepräsident des Deutschen Städtetages

Expertenrunden

Wohnraumversorgung, Wasserversorgung, Soziale Dienste, Verkehr



Christoph Kulenkampff

Wohnraumversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge?

Die Schaffung und Bereitstellung von Wohnraum als Versorgungsleistung weist einige soziale und wirtschaftliche Besonderheiten auf:

- Wohnen ist ein **Existenzgut**, ein nicht substituierbares existenzielles Grundbedürfnis. Artikel 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN von 1948 proklamiert das Recht eines jeden auf Wohnung als Bestandteil eines Lebensstandards, der „Gesundheit und Wohlergehen gewährleistet".
- Die Versorgung der Bevölkerung mit angemessenem Wohnraum ist insofern zugleich ein **soziales Gut,** als die innere Stabilität unserer Gesellschaft auch hiervon abhängt.
- Als Existenzgut und soziales Gut ist Wohnen ein Gegenstand öffentlicher Daseinsvorsorge.
- Das Produkt „Wohnraum" ist kapitalintensiv und bindet Kapital langfristig. Sowohl die Finanzierung als auch die Amortisation des Kapitals verlaufen weitgehend unabhängig von kurzfristigen Kapitalmarktkonditionen.
- Wohnraum ist mit dem Grund und Boden, auf dem er gebaut wurde, untrennbar verbunden, während die meisten anderen Produkte dorthin geschafft werden können, wo sie aktuell nachgefragt werden.

Wir sprechen heute allgemein von einem entspannten Wohnungsmarkt in Deutschland oder auch von einem „Mietermarkt". Allerdings stellt sich dieser allgemeine Befund regional und je nach Marktsegment differenziert dar. Es gibt in einigen Regionen weiterhin einen Bedarf an preiswertem Wohnraum, dem eine Abnahme des preisgebundenen Wohnungsbestandes und ein Rückgang der Neubautätigkeit in diesem Segment gegenüberstehen. Nicht zuletzt durch die sinkenden Haushaltsmittel für die Förderung des Wohnungsbaus und jüngste Privatisierungen von öffentlichen Wohnungsunternehmen wird deutlich, dass sich die öffentliche Hand zunehmend aus der Wohnraumversorgung zurückzieht und diese dem freien Markt überlässt.

Wir müssen daher diskutieren, ob Wohnraumversorgung auch weiterhin - wie bisher - als Aufgabe öffentlicher Daseinsvorsorge begriffen werden soll, und wie auch zukünftig die Versorgung von Bevölkerungsgruppen gesichert werden kann, die sich nicht aus eigener Kraft auf dem Markt mit angemessenem Wohnraum versorgen können.

Wohnungspolitik war in Deutschland spätestens seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs zu einem zentralen Bestandteil staatlicher Sozialpolitik geworden.

Erste Vorläufer hatte es schon unter Bismarck gegeben: Industrialisierung und Landflucht hatten seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in den städtischen Zentren eine dramatische Wohnungsnot verursacht. Das daraus folgende „Wohnungselend" mit unhaltbaren räumlichen und hygienischen Zuständen kennen wir aus Zilles Darstellungen. Die Schaffung von Wohnraum wurde fast ausschließlich über den Markt geleistet, Mietwohnhäuser waren Spekulationsobjekte. Das „Genossenschaftsgesetz" (GenG) von 1889 schuf erstmals Rahmenbedingungen für die Schaffung und Bereitstellung von Wohnungen durch Baugenossenschaften, d.h. im Wege der Selbsthilfe.

Nach dem Ersten Weltkrieg stellte das „Reichsheimstättengesetz" von 1920 zur Förderung des Kleinhausbaus mit Garten eine erste Zäsur in der Wohnungspolitik dar. Als Begünstigte galten vor allem Kriegsgeschädigte, Witwen und kinderreiche Familien. Ebenfalls in diese Zeit fiel eine Gründungswelle kommunaler Wohnungsunternehmen.

Im Dritten Reich gewann Wohnungspolitik erneut an Bedeutung - nicht zuletzt als Bestandteil der nationalsozialistischen Bevölkerungs- und Rassen-Politik. Gefördert wurden Wohneigentum sowie die Errichtung von Kleinsiedlungen und Heimstätten für „Reichsbürger". Die bereits 1930 erlassene „Gemeinnützigkeitsverordnung" und später das „Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz" (WGG) von 1940 schufen dann bereits eine Grundlage für den späteren Sozialen Wohnungsbau. Zugunsten von Kriegsvorbereitung und Aufrüstung trat die Wohnungspolitik jedoch zunehmend wieder in den Hintergrund.

Das Ende des Zweiten Weltkriegs brachte eine weitere Zäsur auf dem Wohnungsmarkt. Angesichts der akuten Wohnungsnot nach dem Krieg waren staatliche Eingriffe in den Wohnungsmarkt unausweichlich: Ca. 20-25 Prozent des westdeutschen Wohnungsbestandes waren durch Kriegseinwirkung zerstört worden, und durch den Flüchtlingsstrom aus dem Osten wurde die Notlage noch verschärft. Massenobdachlosigkeit konnte dennoch verhindert werden - zunächst durch Zwangsbewirtschaftung, bald aber und rasch ansteigend durch Bereitstellung öffentlicher Mittel zur Förderung des Mietwohnungsbaus. Die Wohnungsbaugesetze von 1950 und 1956 schufen den gesetz-

lichen Rahmen für den „Sozialen Wohnungsbau" und die Verknüpfung von öffentlicher Förderung, Preis- und Belegungsbindung.

Die immensen finanziellen Anstrengungen der Bundesrepublik in den Nachkriegsjahren und später zur Schaffung neuen Wohnraums sind ein Indiz dafür, dass wir - jedenfalls seither - die Versorgung mit Wohnraum durchaus als Gegenstand öffentlicher Daseinsvorsorge betrachtet haben. Auch das bis 1990 geltende WGG weist in diese Richtung wie schließlich der Umstand, dass bis vor wenigen Jahren Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand (Bund, Länder, Kommunen) - mit einer gemeinnützigen Selbstbindung - zu den Selbstverständlichkeiten des Wohnungsmarktes gehörten.

Mit der Aufhebung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes im Jahr 1990 wurde diese Selbstverständlichkeit erstmals in Frage gestellt. Inzwischen wird vielerorts der Verkauf öffentlicher Wohnungsunternehmen an Private diskutiert; teilweise ist er bereits vollzogen. Angesichts der angespannten Haushaltslage und allgemein sinkender Finanzmittel ziehen sich nämlich Bund, Länder und Kommunen zunehmend aus der Förderung des Sozialen Wohnungsbaus und der unternehmerischen Verantwortung hierfür zurück.

Die Aufgabe der Wohnungspolitik - nämlich die Versorgung der Bevölkerung mit angemessenem Wohnraum - ist allerdings geblieben. Und es sind neue Aufgaben hinzugekommen, die über die reine Versorgung mit Wohnraum hinausgehen. Gerade die Wohnungswirtschaft ist zunehmend mit den aktuellen Veränderungsprozessen in unserer Gesellschaft in besonderer, unmittelbarer Weise konfrontiert: mit Alterung, Arbeitslosigkeit und ethnischer Heterogenität der Bevölkerung. Was gewöhnlich Gegenstand allgemein-politischer oder auch wissenschaftlicher Gutachten ist, stellt sich für Wohnungsunternehmen heute als Alltagsgeschäft im Kleinen dar. Dabei wachsen gerade die Erwartungen der problembeladenen Kommunen bei sinkender eigener Finanzkraft an ihre Wohnungsunternehmen: nämlich Beiträge zur Sicherung des sozialen Friedens im Wohnungsbestand zu leisten und zugleich Renditen zu erwirtschaften, die die Kommunen finanziell entlasten.

Wenn also die Versorgung aller Bevölkerungsschichten mit Wohnraum weiterhin eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge ist und, mehr noch, Aufgaben der „sozialen Betreuung" der Wohnbevölkerung hinzugekommen sind, müssen wir uns die Frage stellen, auf welchem Wege diese Aufgaben zukünftig am besten zu bewältigen sind.

Privatisierungsbefürworter erwarten sich von einem Rückzug der öffentlichen Hand aus der Wohnungsversorgung eine effizientere Unternehmensführung und verweisen,

was den Zugang einkommensschwacher Bevölkerungsschichten zum Wohnungsmarkt betrifft, auf Subjektförderung (z.B. Wohngeld).

Andere befürchten dagegen, dass die Veräußerung öffentlicher Unternehmen zwar eine kurzfristige Haushaltskonsolidierung bringe, für die jedoch langfristig durch den Verlust an Handlungs- und Steuerungsmöglichkeiten ein zu hoher Preis gezahlt werde. Sie sehen die Versorgung schwacher Bevölkerungsgruppen gefährdet und verweisen darauf, dass die aktuelle gesellschaftliche Entwicklung - aus der Sicht des Vermieters über die bloße Vermietung hinausgehende - soziale Dienstleistungen erforderlich mache, die für den renditeorientierten Privatinvestor weniger in Betracht kämen.

In der Diskussion darüber, wie auch zukünftig eine angemessene Wohnraumversorgung gewährleistet werden kann, bedarf es daher u.a. der Beantwortung folgender Fragen:

1. Gehört die Versorgung einkommensschwacher Bevölkerungsschichten mit Wohnraum (weiterhin) zum Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge? Wenn ja: Welche Konsequenzen hat dies für die öffentliche Hand?
2. Wie wirken sich die Modalitäten öffentlicher Förderung aus?
3. Wie wirkt sich die Veräußerung von Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand an Private mit Blick auf die Versorgung einkommensschwacher Bevölkerungsschichten mit bezahlbarem Wohnraum aus?
4. Welche Erfahrungen wurden nach der Privatisierung öffentlicher Wohnungsunternehmen gemacht? Welche Schlüsse kann man hieraus für zukünftige Vorgehensweisen ziehen?
5. Gibt es Möglichkeiten, auch nach der Privatisierung von Wohnungsunternehmen eine angemessene Versorgung bedürftiger Bevölkerungsgruppen zu gewährleisten, die sich nicht aus eigener Kraft am Markt versorgen können? Wenn ja, welche?

Der Autor

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

Claudia Pfeiff

Die Versorgung mit Wohnraum als Aufgabe der Daseinsvorsorge – über die Existenzberechtigung von Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand

Diskussionsbericht zur Expertenrunde der Schader-Stiftung, Januar 2002

Deutschland hatte seit dem 19. Jahrhundert immer wieder enorme Probleme mit der Versorgung seiner geringer verdienenden Bevölkerung mit Wohnraum zu bewältigen, infolge von Landflucht und Verstädterung, der beiden Weltkriege oder der Zuwanderung. In der Rückschau hat Deutschland die Probleme u.a. in einem geglückten Zusammenspiel von staatlicher Förderung und „staatsnahen" Wohnungsunternehmen gut lösen können.

Die „staatsnahen" Wohnungsunternehmen, vor allem die landes- und kommunaleigenen, stehen allerdings im Zuge der allgemeinen Diskussion unserer Zeit um „Entstaatlichung" bzw. um die Ökonomisierung der Staatstätigkeit zunehmend zur Disposition: sei es, dass sie zum Verkauf an Private anstehen, sei es, dass ihre Gesellschafter erhöhte Renditeerwartungen an sie richten. Gleichzeitig nimmt die Anzahl der Haushalte eher zu, die sich nicht aus eigener Kraft auf dem Wohnungsmarkt versorgen können.

Entsteht hier ein Konflikt zwischen wachsenden Problemen und sinkenden Problemlösungskapazitäten? Wenn ja: Wie ist dieser sich abzeichnende Konflikt zu bewerten? Welche Rolle kommt Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand darin zu? Sind sie überhaupt noch zu rechtfertigen, wenn ja: unter welchen Prämissen?

Die Lage auf dem Wohnungsmarkt

Der Wohnungsmarkt in Deutschland, so wird zu Beginn der Veranstaltung von den Experten bestätigt, sei im Wesentlichen ausgeglichen. Hierbei sei jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Situation regional und auf einzelne Teilmärkte bezogen sehr

unterschiedlich darstelle und die Wohnraumversorgung daher einer besonders differenzierten Betrachtung bedürfe. Während in einigen Teilmärkten des Wohnungsmarktes ein dauerhaftes Überangebot herrsche, gebe es in anderen Regionen und Segmenten einen deutlichen Nachfrageüberhang.

Wohnungsknappheit sei ein regionales Problem, das überwiegend sozial schwache Bevölkerungsgruppen treffe. Zu den Haushalten, die nicht in der Lage seien, sich aus eigener Kraft mit angemessenem Wohnraum zu versorgen, zählten vor allem Arbeitslose, Alleinerziehende, Behinderte, kinderreiche Familien und Migranten. Parallel zu dieser Entwicklung gebe es einen kontinuierlichen Rückgang an sozial gebundenen Wohnungen. In den Städten hätten sozial schwache Familien keine andere Wahl, als sich in sog. benachteiligten Stadtvierteln niederzulassen. Sozialräumliche Segregationsprozesse seien vermehrt zu beobachten.

Trotz des kontinuierlichen Bevölkerungsrückgangs in Deutschland könne für die Zukunft keinesfalls von einer allgemein geringeren Wohnraumnachfrage ausgegangen werden. Vielmehr werde diese in absehbarer Zeit insgesamt zunehmen. Gründe für diese Entwicklung seien in der Zunahme von privaten Haushalten aufgrund des demographischen Wandels, des Wandels der Lebensweisen sowie in der durch die Osterweiterung zu erwartenden Zuwanderung zu sehen. Darüber hinaus zeigten aktuelle Veränderungen der Sozialstruktur - wie sie im kurz zuvor erschienenen Armutsbericht der Bundesregierung dokumentiert wurden -, dass der Bedarf an preiswertem Wohnraum eher zu- als abnehme. Wohnungspolitik wird daher nach Ansicht der Diskussionsteilnehmer auch zukünftig unentbehrlich sein.

Wohnbedürfnisse unterlägen, so wird hervorgehoben, einem permanenten Wandel. Als Beispiel wäre hier die Auflösung der bislang vorherrschenden Trennung zwischen dem Wohn- und Arbeitsbereich und die Anpassung baurechtlicher Bestimmungen zu nennen. Auch solche Entwicklungen stellten eine Herausforderung für die Wohnungspolitik dar.

Eine Besonderheit des Wohnungsmarktes sei der sog. „Schweinezyklus": Die Wohnungspolitik und, ihr folgend, Investoren reagierten erst in Zeiten von Wohnungsknappheit - also zu spät. Bis die Neubauten errichtet seien, habe sich der Wohnungsmarkt schon wieder entspannt.

Wohnraumversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge

Als zentral in der Diskussion erweist sich die Frage nach dem Staatsverständnis im vorliegenden Zusammenhang. Es habe sich, so die Meinung einiger Experten, nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 grundlegend verändert: Die Erwartungen der Bürger an den Staat seien wieder gestiegen, es könne von einer „Renaissance des Staates" gesprochen werden. Staatliche Eingriffe würden in der Regel mit Marktversagen gerechtfertigt. Es solle jedoch bei einer gestiegenen Erwartungshaltung der Bürger ebenfalls die Möglichkeit eines Staatsversagens in Betracht gezogen werden, warnt ein Experte.

Wohnungspolitik wird auch zukünftig für notwendig erachtet. In der Runde stellt sich die Frage, welche Rolle der Staat bei der Wohnraumversorgung einnehmen solle und ob es für ihn eine Verpflichtung zur Gewährleistung von Wohnraum gebe.

Wohnraum ist nach einhelliger Meinung aller Experten ein Existenzgut „für alle" und daher dem staatlichen Aufgabenbereich der Daseinsvorsorge zuzurechnen. Wenn schon auf dem Arbeitsmarkt Unsicherheit herrsche, so müsse zumindest das Wohnen sicher sein. Über Inhalt und Abgrenzung dieser Daseinsvorsorgeaufgabe gibt es jedoch unterschiedliche Meinungen.

Von anderen Bereichen der Daseinsvorsorge unterscheide sich der Wohnungsmarkt insofern, als es in ihm keine monopolistischen Strukturen öffentlicher Unternehmen gebe. Es sei sogar schon fraglich, ob öffentliche Wohnungsunternehmen in ihrer Funktion als Nischenanbieter überhaupt einen Einfluss auf die Preisstrukturen des Wohnungsmarktes hätten, weshalb der Verdacht einer Wettbewerbsverfälschung nicht unmittelbar gegeben sei. Vielmehr seien öffentliche Wohnungsunternehmen in Bereichen tätig, die privaten Anbietern nicht lukrativ genug erschienen und in denen daher Marktversagen vorherrsche.

Im Gegensatz zu anderen Bereichen der Daseinsvorsorge, wie etwa dem Wasser- oder Verkehrssektor, resultiere die Privatisierungsdiskussion in der Wohnungswirtschaft nicht aus einem Konflikt mit EU-Wettbewerbsrecht. Anstoß sei hier vielmehr die prekäre Finanzlage insbesondere der Kommunen.

Bei der Debatte um die Wohnraumversorgung könne man, so wird von einem Experten angemerkt, in Deutschland auf ein schon seit dem 19. Jahrhundert erfolgreich praktiziertes Zusammenspiel von Wohnungspolitik und Wohnungswirtschaft verweisen. Das zeige auch der europäische Vergleich. Heutzutage müsse die Debatte über Wohnungs-

politik jedoch vor dem Hintergrund eines geringer werdenden Finanzspielraums der öffentlichen Hand geführt werden, der nicht zuletzt darauf zurückzuführen sei, dass die Sozialausgaben einen immer größer werdenden Anteil der öffentlichen Haushalte in Anspruch nähmen.

Die aktuelle Förderpraxis

Die Einführung des neuen Wohnraumförderungsgesetzes (WoFG) vom September 2001 gilt nach Einschätzung der Expertenrunde als Beleg dafür, dass die Bundesregierung der Wohnungspolitik weiterhin eine wichtige Bedeutung beimesse. Das zweite Wohnungsbauförderungsgesetz von 1956 sei der aktuellen Situation des Wohnungsmarktes nicht mehr gerecht geworden, da es von den Notwendigkeiten der Nachkriegszeit geprägt gewesen sei, in der der Wohnungsneubau aller erste Priorität gehabt habe.

Das neue Recht stelle die Förderung des Wohnungsbestandes in den Vordergrund und grenze den Kreis der Berechtigten enger ein, nämlich auf Haushalte, die sich nicht aus eigener Kraft am Markt mit Wohnraum versorgen können. Die neue Ausrichtung und die Kompetenzverlegung der Förderung auf die unteren staatlichen Ebenen seien notwendig gewesen.

Ebenfalls befürwortet wird die Erhöhung des Wohngeldes als das Instrument mit der höchsten Zielgenauigkeit. Die Möglichkeit, dass der Wohngeldbezieher diese Leistung für andere Ausgaben als für Miete verwendet, wird von den Experten zwar als Schwäche des Instruments angesehen, müsse jedoch in Kauf genommen werden. Im Rahmen der neuen Wohnraumförderung dürfe der Neubau von Sozialwohnungen nicht vollständig vernachlässigt werden.

Der Kauf von Belegungsrechten, so ist sich ein Vertreter der Bundesregierung sicher, werde sich in Zukunft etablieren. Dem widersprechen die Vertreter der Wohnungswirtschaft: Kein Wohnungsunternehmen könne an einem solchen Geschäft vernünftigerweise ein Interesse haben, da es hierdurch geringere Mieteinnahmen, eine Gefährdung der sozialen Stabilität in Quartieren und einen steigenden Kostenaufwand befürchten müsste. Diese Nachteile könnten auch über den Preis nicht ausgeglichen werden.

Von der Expertenrunde begrüßt werden dagegen Kooperationsverträge zwischen Kommunen und Wohnungsunternehmen. Als Positivbeispiel wird hier die Praxis in Berlin genannt.

Privatisierung öffentlicher Wohnungsunternehmen

Über die Frage, ob kommunale Wohnungsunternehmen, die zur Zeit noch rund acht Prozent des Wohnungsbestandes stellten, für die Erfüllung des Versorgungsauftrages notwendig seien, gibt es in der Expertenrunde erwartungsgemäß konträre Auffassungen. So bestünde nach Meinung einiger Experten die Notwendigkeit, dass Kommunen eigene Wohnungsunternehmen besäßen, „um mit diesem Instrument auffangen zu können, was mit Wohngeld nicht erreicht werden kann". Während einige Diskussionsteilnehmer mit Unternehmensprivatisierungen die Hoffnung auf effizienteres Wirtschaften verbinden, wies die andere Seite auf den Trugschluss hin, nach dem öffentliche Unternehmen nicht auf Wirtschaftlichkeit achten müssten.

Privatisierungsgegner machen darüber hinaus geltend, dass die Kommune mit dem Verkauf ihres Wohnungsunternehmens, eines Teils ihres „Tafelsilbers", ein wichtiges Instrument der Sozialpolitik aus den Händen gebe, was sich in der Zukunft „unkalkulierbar rächen" werde. Mit der Privatisierung trete das Gewinnstreben in den Vordergrund. Durch das Vorherrschen des *Shareholder-Value* sei ein deutlicher Qualitätsverlust des Gutes Wohnen zu befürchten. Private Wohnungsunternehmen seien vornehmlich am Handel mit Wohnimmobilien interessiert und ließen den komplementären Dienstleistungsbereich rund um das „Wohnen" häufig völlig außer Acht. Die Käufer hätten gelegentlich utopische Renditeerwartungen, und es gebe Fälle, in denen kommunale Wohnungsunternehmen an Käufer ohne jegliches fachliches Know-how veräußert würden.

Aufgrund der kritischen Haltung der Wohnungswirtschaft gegenüber der Einräumung von Belegungsrechten dränge sich darüber hinaus die Frage auf, wo besonders benachteiligte Bevölkerungsgruppen in Kommunen ohne eigenes Wohnungsunternehmen noch Wohnung finden könnten.

Stehe für ein öffentliches Wohnungsunternehmen ein Verkauf erst einmal zur Debatte, so werde es durch die aufkommende Ungewissheit für die Vertragspartner und Mieter regelrecht „immobilisiert", warnt ein Vertreter der Wohnungswirtschaft. Deshalb sei in jedem Fall eine zügige Entscheidung notwendig.

Für den Behalt kommunaler Wohnungsunternehmen, resümiert ein Diskutant, gebe es „zwar sehr viele zweckmäßige, aber keine zwingenden Gründe".

Erweiterte Aufgaben der Wohnungsunternehmen

In der Diskussion, so wird schnell deutlich, geht es nicht nur um die Versorgung mit Wohnraum: Soziale Aspekte, wie Belegungsstrukturen, Integration sowie die allgemeine Stadtentwicklung gehören auch zur Gesamtproblematik.

In Quartieren mit einem überdurchschnittlich hohen Anteil an sozial schwachen Haushalten häuften sich die Probleme. Besonders dort seien zur sozialen Stabilisierung ergänzende Dienstleistungen der Wohnungsunternehmen notwendig. Außerdem forderten die Mieter selbst mehr und mehr ergänzende Leistungen des Wohnungsunternehmens. Der Geschäftsführer eines Unternehmens verweist als Beispiel auf ein Projekt „Betreutes Wohnen", das „reißenden Absatz" gefunden habe. Ein ebenfalls besonders beliebtes Angebot sei das Umzugsmanagement, mit dem Wohnungsunternehmen nebenbei Unterbelegungen beheben könnten.

Gerade in der Bereitstellung ergänzender sozialer Leistungen liege eine Aufgabe kommunaler Wohnungsunternehmen. In diesen Zusatzleistungen, von den Diskussionsteilnehmern als „Sozialrendite" oder „soziales Surplus" bezeichnet, liege überhaupt die Daseinsberechtigung kommunaler Wohnungsunternehmen. Folglich gerieten öffentliche Wohnungsunternehmen, die diesen Anforderungen nicht gerecht würden, zu Recht in die Kritik. Nach Meinung einiger Experten sei die Notwendigkeit zusätzlicher Leistungen besonders privaten Wohnungsunternehmen schwer zu vermitteln. Diese sähen die Wohnung als Handelsgut an und seien in erster Linie an kurzfristig messbaren wirtschaftlichen Erfolgen interessiert.

Gewarnt werden müsse jedoch davor, öffentliche Wohnungsunternehmen als Auffangnetz für gesellschaftliche Probleme anzusehen. Der ständige „Spagat zwischen ökonomischen und sozialen Interessen" sei nach Angaben des Geschäftsführers eines kommunalen Wohnungsunternehmens schon jetzt schwer genug zu bewältigen. Ferner gebe es aufgrund der räumlichen Konzentration sozial schwacher Familien Stigmatisierungen. Es stelle sich daher die Frage, ob sozialer Wohnungsbau heute die Probleme für die Bewohner nicht „verschlimmbessere".

Studien zur Wohnzufriedenheit hätten jedoch ergeben, dass kommunale Wohnungsunternehmen eine bessere Bewertung durch die Bewohner erführen als andere, berichtet ein Diskussionsteilnehmer. Dies sei wohl auf die bereits angesprochene Sicherheit im Mietverhältnis zurückzuführen. Zur Ermittlung der Wohnzufriedenheit führten nach Auskunft eines Diskussionsteilnehmers besonders kommunale Wohnungsunternehmen

regelmäßige Mieterbefragungen durch, um bei aufkommenden Konflikten eine Art „Frühwarnsystem" zu haben. In diesem Punkt werde eine Diskrepanz zwischen öffentlichen und privatwirtschaftlichen Unternehmen deutlich. Wohnzufriedenheit führe zu einer längeren Wohndauer, sei mit weniger Gewinn verbunden und daher aus betriebswirtschaftlichen Gründen für private Wohnungsunternehmen nicht erstrebenswert. Allerdings führt ein Experte an, dass der Umkehrschluss - dass also eine lange Wohndauer auf eine hohe Wohnzufriedenheit zurückzuführen sei - keine allgemeine Gültigkeit besitze, da explizit sozial schwachen Familien für einen Umzug häufig Alternativen fehlten.

Ob die Größe kommunaler Wohnungsunternehmen sich auf die Qualität der Aufgabenerfüllung auswirkt, konnte innerhalb der Diskussionsrunde nicht abschließend geklärt werden. Unabhängig von den Besitzverhältnissen und der Größe, so die einhellige Meinung der Experten, hänge der Erfolg eines Wohnungsunternehmens letztendlich entscheidend vom Geschick der Geschäftsleitung ab.

Der Erfolg öffentlicher Wohnungsunternehmen beim Erwirtschaften wirtschaftlicher und „sozialer" Renditen wird unterschiedlich bewertet.

Eine besondere Aufgabe komme der Wohnungswirtschaft bei der Umsetzung sozial- und wohnungspolitischer Programme wie dem Bund-Länder-Programm „Soziale Stadt" zu. Dort seien Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand für die Kommune ein zuverlässiger und steuerbarer Partner. Dies dürfe man hingegen von einem privaten Wohnungsunternehmen nicht erwarten.

Die Zukunft der Wohnungspolitik

Der Kreis spricht sich geschlossen für mehr Wettbewerb zwischen Wohnungsunternehmen aus. Private Anbieter erhoffen sich von diesem bessere Marktzugangschancen. Vertreter öffentlicher Wohnungsunternehmen in der Runde gehen demgegenüber davon aus, dass sie gerade in Konkurrenz zu privaten Wohnungsunternehmen ihr Leistungsvermögen unter Beweis stellen können.

Generell ist nach Auffassung der Expertenrunde in der Wohnungswirtschaft eine größere Unternehmens-Transparenz zu fordern. So sei zwar die Ausweitung auf Dienstleistungen „rund um das Wohnen" wünschenswert und notwendig, der hierdurch erzielte Nutzen solle jedoch nach kaufmännischen Regeln auch nachvollziehbar sein. Das Beispiel Hamburg, wo die Dienstleistungen eines städtischen Wohnungsunternehmens in

Tochtergesellschaften angesiedelt seien, diene als Vorbild. „Prozesse werden schleichend, wenn sie nicht abgebildet werden", warnt ein Experte und nennt als Kontrollmöglichkeiten für Wohnungsunternehmen die *Balanced Score Card* und das Portfoliomanagement. Eine Vergleichbarkeit von Unternehmensleistungen könne durch *Benchmarking* erreicht werden.

Bei der Bereitstellung sozialpolitisch erwünschter Dienstleistungen seien (kommunale) Wohnungsunternehmen zunehmend auf Kooperationspartner angewiesen. Hierbei kämen auch ehrenamtlich tätige Organisationen in Betracht.

Kritisch wird das geplante und zur Zeit noch in der Probe befindliche europäische Normungswesen für Wohnungs- und Städtebau betrachtet, das auf eine standardisierte Bewertung von Wohnanlagen abziele. Hierdurch sei die Stigmatisierung von Wohnanlagen zu befürchten. Eine weitere Gefahr wird, wie in anderen Wirtschaftbereichen auch, in der Verteuerung von Fremdkapital durch BASEL II gesehen.

Fazit

Öffentliche Wohnungsunternehmen haben sich, so wurde in der Diskussion deutlich, für viele Kommunen als zuverlässiges Instrument zur Versorgung sozial schwacher Haushalte erwiesen und erbringen über die reine Versorgungsfunktion hinaus gesellschaftlich erwünschte Zusatzleistungen, die sogenannte „Sozialrendite". Hierin liegt die Daseinsberechtigung öffentlicher Wohnungsunternehmen.

Die Diskussion um die Privatisierung ihrer Wohnungsunternehmen zugunsten der Haushaltskonsolidierung kommt in vielen Kommunen gerade in einer Zeit auf, in der die gesellschaftliche Entwicklung besonders in den Städten Hilfestellungen und Eingriffsmöglichkeiten zur Gewährleistung einer angemessenen Wohnungsversorgung, funktionierender Nachbarschaften und einer zukunftsfähigen Siedlungsentwicklung besonders notwendig erscheinen lässt. Privatisierungsgegner sprechen sich daher für den Verbleib von Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand als kommunalpolitisches Steuerungsinstrument aus, anstatt langfristige soziale Ziele auf dem Wohnungsmarkt vollständig den freien Marktkräften und somit vorrangig auf wirtschaftliche Ziele ausgerichteten Unternehmen zu überlassen.

Auf dem Wohnungsmarkt wird es zu einem verstärkten Wettbewerb kommen, dem sich auch öffentliche Unternehmen stellen müssen. Als wichtiges Kriterium des Leis-

tungsvergleichs zwischen öffentlichen und privaten Wohnungsunternehmen gilt unter den Experten der Versuch, Nebenleistungen der Wohnungsunternehmen im Sinne einer „Sozialrendite" ökonomisch zu quantifizieren. Dies setzt allerdings eine Definition dessen voraus, was als „Sozialrendite" veranschlagt werden darf und soll. Die Diskussion hierüber ist nicht abgeschlossen. Sie erinnert an die Grundgedanken der wohnungswirtschaftlichen Gemeinnützigkeit.

Die Autorin

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

Jürgen Salzwedel

Gesetzliche Rahmenbedingungen für Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit der Wasserversorgung in kommunaler und privater Trägerschaft

Die vom Bundeswirtschaftsministerium eingesetzte Arbeitsgruppe, die sich mit der Streichung der Monopolschutzklausel des § 103 GWB a.F. und deren Folgen zu befassen hatte, schlägt den Erlass eines **Bundesgesetzes** über die Privatisierung in der Wasserversorgung vor. Als Mitglied dieser Arbeitsgruppe hat der Verfasser über die künftigen umwelt- und wirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Wasserversorgung bereits mehrfach berichtet.[1)] Angesichts der Fülle der mit der Liberalisierung verbundenen Rechtsfragen erscheint es nützlich, Anwendungsbereich und Inhalt der vorgeschlagenen bundesgesetzlichen Regelung näher zu erläutern.

Die deutsche Wasserversorgungswirtschaft wird seit Jahrzehnten von einem Nebeneinander kommunaler und privater Träger der Wasserversorgung geprägt. Wettbewerb findet unter ihnen nicht statt. Liberalisierung bedeutet, dass künftig Wettbewerb um die Wasserkunden stattfinden soll. Der Wettbewerb im Markt bedeutet dabei, dass die Versorgungsgebiete über das Maß hinaus, das die AVBWasserV bereits durchgesetzt hat, durchlässiger werden. Mehr Wettbewerb um Versorgungsgebiete bedeutet, dass ein Wechsel des Versorgungsträgers in einem behördlich kontrollierten Ausschreibungsverfahren stattzufinden hat, wobei die Höhe des Wasserpreises ein wichtiges Auswahlkriterium darstellt. Der wichtigste Anwendungsfall für eine obligatorische Ausschreibung ist der, dass Städte oder Gemeinden ihre bisherige Eigenversorgung aufgeben oder den Fremdversorger wechseln wollen. Ausschreibungspflichten kommen aber auch in Betracht, wenn der bisherige Versorgungsträger die Versorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet oder wenn wegen der Unwirtschaftlichkeit der Versorgungsstruktur drastisch überhöhte Wasserpreise verlangt werden.

Aus der starken Rechtsposition der Städte und Gemeinden heraus sind teilweise **überzogene Vorstellungen** darüber abgeleitet worden, aus welchen Gründen sie sich einer Öffnung des Wasserversorgungsmarktes für den Wettbewerb von vornherein

widersetzen können. Das hängt einerseits mit der Vorstellung zusammen, die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser könne als Teil der „kommunalen Daseinsvorsorge" letztlich nicht aus dem Verantwortungsbereich der Gemeinden ausgegliedert werden, auch dann nicht, wenn die Selbstverwaltungsorgane dies erreichen wollten.[2] Ferner hängt dies mit der außerordentlich vielschichtigen Regelungsdichte zusammen, die beim Umgang mit Trinkwasser zu beachten ist. Gelegentlich drängt sich bei Stellungnahmen der Kommunen daraufhin der Eindruck auf, dass sie schon von Verfassung wegen, aber auch nach dem einschlägigen einfachen Bundesrecht dazu berufen seien, eine Garantenstellung für eine optimale und gesicherte Erfüllung aller rechtlichen Anforderungen zu übernehmen, die das Schutzgut Wasser betreffen. Davon kann indes keine Rede sein.

Das Recht der Selbstverwaltung der Städte und Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG umschreibt zunächst **nicht** einen **Pflichtaufgabenbereich**. Daher lässt sich daraus in keiner Weise ableiten, ob und in welchem Umfang Städte und Gemeinden über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft frei disponieren können, auch mit der Folge, dass sie an Einfluss auf die Wahrnehmung dieser Aufgabe Einbußen hinnehmen. Auch ein allgemeines Rückholrecht der Städte und Gemeinden, die sich einer virtuellen Selbstverwaltungsaufgabe aufgrund der Beschlüsse ihrer Selbstverwaltungsorgane einmal entäußert haben, lässt sich nicht konstruieren. Wie man auch immer den Begriff der „kommunalen Daseinsvorsorge" nach Inhalt und Grenzen absteckt, auch dafür gibt es keine grundgesetzlich garantierte Zugriffsbefugnis immer dann, wenn eine früher getroffene Entscheidung später bedauert wird.

Die Formulierung „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" in Art. 28 Abs. 2 GG stellt vor allem eine Umschreibung des herkömmlichen Begriffs der Allzuständigkeit dar, wie sie schon in der Preußischen Städteordnung von 1808 anerkannt worden ist. Mit diesem Begriff wurde vor allem die Vorstellung verbunden, dass eine Gemeinde all das in ihre Wirksamkeit einbeziehen durfte, „was die Wohlfahrt des Ganzen, die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung der Einzelnen fördert", ohne hierfür eines speziellen Kompetenztitels zu bedürfen.[3] Die Befugnis der Gemeinden, bislang „unbesetzte" Aufgaben in ihrem Bereich an sich zu ziehen, galt dann unter der Weimarer Reichsverfassung als übereinstimmendes Landesrecht fort. Das Grundgesetz hat den Grundsatz der Allzuständigkeit als identitätsbestimmendes Merkmal der gemeindlichen Selbstverwaltung übernommen.[4] Dieses Erstzugriffsrecht für bisher unbesetzte Aufgaben war schon kein wirksamer Schutz dagegen, dass immer mehr Aufgaben sich mit wachsender Komplexität einem Entörtlichungsprozess stellen mussten und dann vom Gesetzgeber auf eine höhere Verwaltungsebene hochgezont wurden.[5] **Niemals** stellte

dieses Erstzugriffsrecht einen **Schutzwall gegen die Selbstverwaltung selbst** dar, nämlich gegen eine frei beschlossene Nichtausübung dieses Rechts oder eine freiwillige Preisgabe einer bisher wahrgenommenen Selbstverwaltungsaufgabe. Weder kann die Kommune verhindern, dass unbesetzte Aufgabenfeldern von anderen wahrgenommen werden, noch für sich in Anspruch nehmen, dass diese im Fall eines Sinneswandels der Selbstverwaltungsorgane jederzeit wieder verdrängt werden könnten.

Daraus folgt: Sowohl durch gesetzlichen Aufgabenentzug als auch durch freiwillige Selbstverwaltungsentscheidungen können auch Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge dem kommunalen Aufgabenbereich entwachsen. Bei der Liberalisierung und materiellen Vollprivatisierung des Versorgungsmarktes geht es gerade um diesen Vorgang.

Kennt danach das Grundgesetz selbst keine Selbstverwaltungspflichtaufgaben, bleibt es dem jeweils zuständigen Bundes- oder Landesgesetzgeber überlassen, die jeweils freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe zu einer Pflichtaufgabe zu steigern. Der Bundesgesetzgeber hat dies für die öffentliche Wasserversorgung nicht in Betracht ziehen können, weil ihm dafür die Gesetzgebungszuständigkeit fehlt. In Bayern macht Art. 83 der Verfassung die Wasserversorgung zur Selbstverwaltungspflichtaufgabe. In den neuen Bundesländern sowie in Hessen und Rheinland-Pfalz sehen die Landeswassergesetze entsprechende Verpflichtungen vor.[6)] In Nordrhein-Westfalen hat sich das Nebeneinander von kommunaler und privater Trägerschaft seit mehr als einem Jahrhundert bewährt. Fest steht jedenfalls, dass die Städte und Gemeinden, soweit die Selbstverwaltungspflichtaufgabe reicht, sich dieser nicht auf Beschluss ihrer Selbstverwaltungsorgane entäußern können. In Bayern muss gegebenenfalls die Verfassung, in den betreffenden Bundesländern jeweils das Gesetz geändert werden, um den Weg für eine materielle Privatisierung, gegebenenfalls auch unter Aufgabe der Verantwortung für das Versorgungsnetz freizumachen. Soweit aber keine gesetzlichen Pflichtaufgaben formuliert sind oder künftig echte Privatisierungsoptionen eröffnet werden, können sich die Städte und Gemeinden auch der kommunalen Daseinsvorsorge entäußern und das Feld der privaten Versorgungswirtschaft überlassen. Ob sie von der Privatisierungsoption Gebrauch machen wollen oder nicht und jeweils in welchem Umfang, bleibt der Entschließungsfreiheit der Selbstverwaltungsorgane grundsätzlich überlassen.

Soweit Städte und Gemeinden die Wasserversorgung nicht länger als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge eigenverantwortlich in Anspruch nehmen wollen und ein Feld freier wirtschaftlicher Betätigung für die Wasserindustrie entsteht, muss folgerichtig der § 103 Abs. 1 GWB a.F. mit seinem systemsprengenden Gebietsschutz aufgehoben wer-

den. Die Vollprivatisierung nimmt den Städten und Gemeinden die Möglichkeit, sich noch auf die öffentlich-rechtliche Privilegierung - verfassungsrechtliches Zugriffsrecht, Ausnutzung der Wegehoheit, Anschluss- und Benutzungszwang - zu berufen, so dass nur noch ein fortdauernder kartellrechtlicher Gebietsschutz den freien Marktzugang unter Wettbewerb sperren würde. Die Streichung der Vorschrift ist dann zweifellos geboten, weil kein vernünftiger Grund mehr dafür ins Feld geführt werden kann, die Rechtslage anders als bei Strom und Gas auszugestalten.

Soweit dagegen Städte und Gemeinden die Wasserversorgung weiterhin als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge eigenverantwortlich in Anspruch nehmen wollen, sind sie auf den flankierenden kartellrechtlichen Gebietsschutz des § 103 Abs. 1 GWB a. F. überhaupt nicht angewiesen; er läuft in ihren öffentlich-rechtlichen Privilegien im Wesentlichen leer. Das zeigt sich schon daran, dass der § 103 Abs. 1 GWB a. F. auf das Innenverhältnis zwischen Kommune und Eigenbetrieb überhaupt nicht anwendbar ist; erst rechtlich verselbständigte Eigengesellschaften kommen als Normadressaten in Betracht. Wenn Städte und Gemeinden das verfassungsrechtlich gewährleistete Erstzugriffsrecht auf Wasserversorgung für ihre Bürger ausüben, ist es an sich legitim, dass sie den Markt nicht für konkurrierende Anbieter öffnen; es ist ebenso legitim, dass sie ihre Wegehoheit mit dazu ausnutzen, um ihr Monopolgebiet gegen Eindringlinge abzuschirmen;[7] durch den satzungsmäßigen Anschluss- und Benutzungszwang können sie den Marktzugang zu ihren Einwohnern sperren, ohne auf die kartellrechtliche Ausnahmevorschrift angewiesen zu sein. Soweit die AVBWasserV den Benutzungszwang für bestimmte Bedarfsfälle eingeschränkt hat, gilt dies unabhängig von § 103 Abs.1 GWB a. F. und seiner möglichen Streichung.

Die eigentliche Stoßkraft des Gutachtervorschlags liegt darin, die Grenze bewusst zu machen, die kommunale und private Versorgungsträger voneinander trennt. Diese Grenzziehung wird heute durch den Werbeslogan *Public Private Partnership* vernebelt. Die Vorgänge um die Berliner Wasserbetriebe haben insofern besonders dazu beigetragen, das Vertrauen in die Wasserversorgung zu erschüttern. Hinter einem Dickicht von unüberschaubaren gesellschaftsrechtlichen Verschachtelungen wird verschleiert, wer wirklich die Verantwortung für die Wasserversorgung trägt; ob die politische gesteuerte Anstalt oder das Unternehmen am Markt. Das Ganze ist ein Modell organisierter Unverantwortlichkeit. Dadurch sind Ängste in der Bevölkerung genährt worden, dass mit der „Veräußerung des Tafelsilbers" die Versorgungssicherheit schwindet und steigende Wasserpreise ausgelöst werden. Dem muss ein Bundesgesetz über die Liberalisierung in der Wasserversorgung entgegenwirken.

Die Grenze zwischen kommunal- und privatwirtschaftlich verantworteter Wasserversorgung bestimmt sich danach, wer über Netzzugang, Investitionen, Versorgungsbedingungen und Wasserpreise letztlich entscheidet. Dabei ist die überkommene kommunale Selbstverwaltungslösung maßgeblich, solange die Städte und Gemeinden an ihr festhalten wollen und die Letztverantwortung für sichere Wasserversorgung und angemessene Wasserpreise auch wirklich selbst tragen. Ebenso legitim ist aber die volle Privatisierung, wenn sie sich dieser Aufgabe entäußern, das heißt die Übernahme maßgeblicher Eigen- und Letztverantwortung durch das private Versorgungsunternehmen, das dann künftig das natürliche Monopol des Wasserversorgers im Versorgungsgebiet ausübt. Bloße formale Rückanbindungen an eine potenzielle kommunale Aufgabenwahrnehmung können dabei nicht den Ausschlag geben. Wird das Versorgungsnetz übereignet, übernimmt das private Unternehmen die volle Versorgungsverantwortung, und formalrechtliche Rückübertragungsvorbehalte ändern an der Vollprivatisierung nichts.

Ebenso kann man mit einer nur 49-prozentigen Beteiligung der Privaten nicht darüber hinwegtäuschen, dass die maßgebliche Bestimmungsmacht den Städten und Gemeinden möglicherweise entglitten ist. Jedenfalls ab 25,1 Prozent Beteiligung hängt es von den gesellschaftlichen und konzessionvertraglichen Vereinbarungen im Ganzen ab, wer letztlich über Investitionen und Preise entscheidet. Dass die wahren Machtverhältnisse nicht offen zu Tage liegen und in Ermangelung eines gesetzlichen Ordnungsrahmens zersplitterte Vertragstexte darüber Auskunft geben, ob, wann, welche Seite mit welchen Mitteln in die Versorgungsanlagen investiert und wie sich die Preise entwickeln, ist nicht hinnehmbar. Erst recht sind Konzessionsverträge, die über Jahrzehnte abgeschlossen werden, nicht aussagekräftig dafür, ob die Eigen- und Letztverantwortung für die Wasserversorgung nun bei der Kommunalpolitik oder beim privaten Management liegt.

Seit mehr als hundert Jahren ist die *Gelsenwasser AG* ein bewährtes Beispiel für eine in Wahrheit vollprivatisierte Wasserversorgung mit eigenen Versorgungsnetzen, mit Konzessionsverträgen über jahrzehntelange Laufzeiten, mit einer Wasserpreisbildung in einer Schiedsstelle, die für das gesamte Versorgungsgebiet ohne ein Vetorecht der jeweils betroffenen Gemeinde entscheidet. Unzweifelhaft ist die Versorgungssicherheit bei diesem Unternehmen voll gewährleistet, die Versorgungsnetze sind in technisch hervorragendem Zustand, der Wasserpreis ist attraktiv. Alles dies beruht nicht darauf, dass dem Vorstand täglich ein Bürgermeister im Nacken säße, der ihn daran hinderte, die Gewinne zu maximieren. Die Rückanbindung an die kommunale Selbstverwaltung ist rein formaler Natur. Das Bestimmungsrecht über Netzzugang, Investitionen, Versorgungsbedingungen und Wasserpreise liegt - letzteres mit der Selbstbeschränkung durch die Schiedsstelle - beim Management.

Die bisher in der deutschen Wasserversorgung mit größerer oder geringerer Bestimmungsmacht tätigen Wasserversorgungsunternehmen haben entscheidend dazu beigetragen, dass die Bevölkerung Vertrauen in eine sichere Wasserversorgung hat. Was jetzt Unsicherheit hervorruft, ist das Zusammentreffen der Bereitschaft von Städten und Gemeinden, sich in dramatisch verschlechterten Haushaltssituationen durch den Verkauf von Gesellschaftsanteilen oder Versorgungsnetzen Einnahmen zu verschaffen, mit den Angeboten weltweit operierender Wasserversorgungsunternehmen, sich auf dem deutschen Wassermarkt zu etablieren. Damit verbindet sich die Besorgnis, dass ungehemmte *Shareholder-Value*-Praktiken mittel- und langfristig eine Wendung zum Schlechteren mit sich bringen könnten. Die Überreaktion der kommunalen Wasserversorger auf diese Herausforderung, die jede Unterscheidung zwischen längst bewährter privatwirtschaftlicher Wasserversorgung und einem möglichen kurzschlüssigen Ausverkauf hier und dort vermissen ließ, hat den Eindruck nur noch verstärkt, dass ein Eingreifen des Gesetzgebers geboten ist. Aber eben nicht ein Einschreiten gegen Privatisierung, ohne die es keinen Wettbewerb um Kunden und Versorgungsgebiete geben wird, sondern ein Einschreiten mit dem Ziel, der Vollprivatisierung volle Legitimation zu verschaffen.

Auf den ersten Blick muss es dann freilich überraschen, dass man einerseits einen Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Wasserversorgungsunternehmungen anstrebt, andererseits jedoch den Vorschlag, ein Bundesgesetz über die Liberalisierung zu erlassen, auf die privaten Wasserversorger beschränkt. Aber dies ist vom geltenden Verfassungsrecht her geboten, das dem Bund zwar eine Rahmenkompetenz für die Bewirtschaftung der Gewässer einräumt, aber schlechterdings überhaupt keine Kompetenz für die Regelung kommunaler Wasserversorgung. Das Bundesverfassungsgericht[8)] hat zwar die Verfassungsmäßigkeit der AVBWasserV nach der „Recht-der-Wirtschaft-Klausel" des Artikel 74 Nr. 11 GG bestätigt, aber zugleich hervorgehoben, dass die Regelungsbefugnis sich nicht auf die kommunale Daseinsvorsorge mit erstreckt - wozu die Wasserversorgung gehört, solange man auf Landesebene daran festhalten will. Aber die wachsende Bereitschaft von Städten, Gemeinden, Zweckverbänden und Wasserverbänden zur Veräußerung von Versorgungsanlagen und zu gesellschaftlichen Beteiligungen fordert einen bundesgesetzlichen Ordnungsrahmen geradezu heraus, wenn damit das maßgebliche Bestimmungsrecht über Netzzugang, Investitionen, Versorgungsbedingungen und Wasserpreise auf das Management der *Water Industry* übergeht. Die Länder können eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für kommunale Daseinsvorsorge natürlich nicht beanspruchen, soweit die Aufgabenwahrnehmung dem kommunalen Raum entgleitet und deshalb gerade die Eigen- und Letztverantwortung der privaten Versorger eingespannt werden muss.

In diesem Zusammenhang sind aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts[9] betreffend die Zusammensetzung der Organe in der Emschergenossenschaft und dem Lippeverband rechtsirrtümlich weitreichende Schlüsse gezogen worden, die in der Liberalisierungsdiskussion für zusätzliche Unsicherheit gesorgt haben. Es geht um die Frage, ob im Fall von Konstruktionen der *Public Private Partnership* Wasserversorgung heute als eine Art Hoheitsaufgabe begriffen werden müsse, bei der alle wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen in gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnissen nur in zusammengesetzten Gremien mit kommunal/anstaltlichem Stimmenübergewicht getroffen werden dürfen. So wie das Bundesverwaltungsgericht den staatlichen Zugriff auf die Gewässerbewirtschaftung als unverzichtbare quasi-hoheitliche Aufgabe gesehen hat, so müsse man auch bei der öffentlichen Wasserversorgung davon ausgehen, dass Entscheidungen über dafür wesentliche Maßnahmen in Gremien mit einem Stimmenübergewicht Privater ausgeschlossen seien.

Alle diese Erwägungen, die zur Grundlage verwirrendster anstaltlich / privater Verschachtelungen in der neuen Struktur der Berliner Wasserbetriebe geworden sind, liegen völlig neben der Sache. Zunächst ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wenig überzeugend; das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ist abzuwarten. Unrichtig ist schon die verfassungsrechtliche Auswertung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts, was die Willensbildung in staatlich/körperschaftlichen Organen unter Beteiligung von Vertretern der Gewerkschaften, der Betriebsangehörigen oder „nicht voll demokratisch legitimierter Vertreter" sonst angeht.[10] Unrichtig ist aber vor allem die Unterstellung, das nordrhein-westfälische Landeswassergesetz habe die Gewässerbewirtschaftung in den westlichen Landesteilen den großen mit Selbstverwaltung ausgestatteten Wasserverbänden überantwortet.[11] Aber das mag auf sich beruhen. Schlechthin unvertretbar ist die Übertragung solcher Willensbildungsmodelle auf Wasserversorgungsunternehmen in privater Trägerschaft. In diesem Bereich ist ebenso wie bei lebenswichtigen Einrichtungen und Gütern sonst eine Vollprivatisierung verfassungsrechtlich nach wie vor möglich. Niemand fordert, dass die Versorgung mit Milch, Brot, Arzneimitteln von staatlichen oder kommunalen Verantwortungsträgern beherrscht werden müsste. Anders als die Abwasserbeseitigung hat man die Wasserversorgung auch niemals dem hoheitlichen Wirkungskreis von Gemeinden zugerechnet. Angesichts der jüngsten Vollprivatisierung des Postwesens, das stets als Flaggschiff hoheitlicher Wahrnehmung galt, kann der Anachronismus einer Verhoheitlichung der Wasserversorgung nicht ernstgenommen werden. Schließlich geht es z. B. in Krankenhäusern um Tod und Leben, ohne dass man daraus folgerte, in gemischt-wirtschaftlich betriebenen Trägerschaften müsste hinter den Leitungsorganen zumindest ein geheimnisvolles Weisungs-

gremium verborgen sein, in dem eine demokratisch legitimierte Stimme den Ausschlag geben könnte.

Ebenso besteht keine Veranlassung, in Konstruktionen der *Public Private Partnership* den maßgeblichen Einfluss privater Beteiligter hinter einem Wald von verwirrenden unternehmensrechtlichen Konstruktionen zu kaschieren. Sobald private Wasserversorger unter der Geltung eines Bundesgesetzes über die Privatisierung in der Wasserversorgung für die Unterhaltung und Erneuerung der Versorgungsnetze und die Einhaltung aller Qualitätsanforderungen an das Trinkwasser nach der Trinkwasserverordnung eigen- und letztverantwortlich einstehen müssen, brauchen sie sich auch nicht davor zu verstecken, dass sie dafür - unter der Preiskontrolle des Bundeskartellamts - angemessene Wasserpreise verlangen und durchsetzen.

Die Funktion des vorgeschlagenen Bundesgesetzes kann also zunächst darin gesehen werden, dass seit Jahrzehnten bestehende Vollprivatisierungen wie im Fall der *Gelsenwasser AG* als solche anerkannt und für die Zukunft auf eine feste rechtliche Grundlage gestellt werden, dass ferner bei Konstruktionen einer *Public Private Partnership* verlässlich geklärt wird, ob die kommunale oder die private Seite jeweils die Verantwortung letztlich trägt - komplizierte Verschachtelungen führen nur zur Organisation der Unverantwortlichkeit -, und dass schließlich das Bundeskartellamt eine Kontrolle über die Wasserpreise angesichts des Eindringens global tätiger Wasserversorgungsunternehmen in den deutschen Wassermarkt erhält.

Die bundesgesetzlichen Möglichkeiten, mehr Wettbewerb **im** Versorgungsgebiet herbeizuführen, dürften mit dem Erlass der AVBWasserV im Wesentlichen ausgeschöpft sein. Da die Wasserpreise in vielen Versorgungsgebieten schon deutlich überhöht sind und oft nur über staatliche Subventionen gehalten werden können, sind auch der Liberalisierung über für Großabnehmer wirtschaftlichere Eigenversorgungsmöglichkeiten oder Fremdversorgungen Grenzen gesetzt. Für die überkommene Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang hat das Gemeinderecht von je her hohe Hürden aufgebaut. Werden im Rahmen der weitergehenden Öffnung nach der AVBWasserV wirtschaftlich gut begründete Anträge auf eine andere als kommunalseitige Bedarfsdeckung abgelehnt, drängt sich zwar die Frage auf, ob die kommunale Eigenversorgung oder die bisherige Fremdversorgung zu Gunsten wirtschaftlicherer Lösungen aufgegeben werden sollte. Aber der Weg, eine solche Öffnung durch Bundesgesetz zwangsweise durchzusetzen, ist ohne Überschreiten der den Ländern vorbehaltenen Gesetzgebungskompetenz für die kommunale Selbstverwaltung kaum gangbar.

Ein Bundesgesetz über die Privatisierung in der Wasserversorgung wird daher vor allem den Wettbewerb **um** den Markt eröffnen, und zwar durch Einführung von Ausschreibungspflichten für Versorgungsgebiete, die von Städte und Gemeinden abgegeben werden. Der Bundesgesetzgeber wird solche Ausschreibungspflichten für den Übergang von der eigenverantwortlichen kommunalen Wasserversorgung (als Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Eigengesellschaft, mehrheitlich oder kraft Gesellschaftsvertrages kommunal noch beherrschtes privates Unternehmen) zur Vollprivatisierung verbindlich vorschreiben. Dies bedeutet Aufgabe des bestimmenden Einflusses auf Investitionen und Versorgungsbedingungen - auf Dauer oder für lange Zeiträume sowie ferner im Fall der Übereignung des Versorgungsnetzes. Die Ausschreibungsverfahren selbst werden künftig durch das Europarecht weitgehend festgeschrieben; das Bundesgesetz wird diese Vorgaben noch ergänzen. Aber auch der Wechsel von einem privaten Träger zu einem anderen privaten sollte im Interesse des Verbrauchers nicht vonstatten gehen, ohne dass andere Anbieter sich am Wettbewerb um das Versorgungsgebiet beteiligen können.

Der **bundesgesetzliche Ordnungsrahmen** für eine Privatisierung in der Wasserversorgung muss inhaltlich folgende Regelungen umfassen:

- Ausschreibungspflicht in Fällen materieller Vollprivatisierung,
- Versorgungspflicht des privaten Wasserversorgungsunternehmens, Begrenzung bei unverhältnismäßigen Kosten,
- Preiskontrolle durch das Bundeskartellamt, ggf. mit gegenüber dem allgemeinen Kartellrecht spezifizierten Regulierungsbefugnissen,
- Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Fachkunde der Wasserversorgungsunternehmen nach DVGW Arbeitsblatt W 1000 vom November 1999 unter Berücksichtigung der fortgeschriebenen DIN 2000,
- Grundsätze für die Gestaltung der Tarife und Versorgungsbedingungen als Grundlage der AVBWasserV,
- Grundsätze über Unterhaltung, Instandhaltung, Erneuerung und Ausbau von Versorgungsanlagen, Verpflichtung zur Bildung von Rückstellungen,
- Ausgestaltung des Versorgungsnetzes im Hinblick auf die Löschwasserversorgung nach DVGW Arbeitsblatt W 405,
- Maßstäbe für die Mindestvorhaltung von Wasserreserven für den Fall von Versorgungsengpässen.

Sofern nach Aufhebung der steuerlichen Ungleichbehandlung von Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung die Liberalisierung auf beide Felder ausgedehnt wird, um weitest möglich Synergieeffekte auszunutzen, liegt es nahe, den Vorschlag des Bun-

desgesetzes über die Privatisierung in der Wasserversorgung auch auf die Abwasserwirtschaft mitzuerstrecken. Verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen hier nicht; § 18 a Abs. 2 und 2 a WHG muss jedoch aufgehoben werden, um die Vollprivatisierung zu ermöglichen.

Für den **Landesgesetzgeber** dürfte es sich - unabhängig von dem Erlass eines Bundesgesetzes - empfehlen, Ausschreibungspflichten für die unmittelbar oder mittelbar kommunalseitig getragene Wasserversorgungsunternehmen unter folgenden Voraussetzungen in Betracht zu ziehen:

- bei Inanspruchnahme staatlicher Fördermittel auf Dauer, um den Wasserpreis in vertretbaren Grenzen zu halten,
- bei deutlich überhöhtem Wasserpreis im Vergleich zu ähnlich strukturierten Versorgungsgebieten,
- im Fall immer wiederkehrender Ablehnung von wirtschaftlich gut begründeten Anträgen, den Wasserbedarf ganz oder teilweise auf anderem Wege als durch Lieferungen des Wasserwerks zu decken, wenn auch mit der - nach der AVBWasserV nach wie vor rechtlich relevanten - Behauptung, damit würde der Wasserpreis für die Haushaltskunden unzumutbar hoch werden.

Die Ausschreibung in einem geordneten behördlich kontrollierten Verfahren führt einerseits dazu, dass mehrere Versorgungsunternehmen unterschiedliche Angebote unterbreiten, und andererseits, dass die Auswahl in einem fairen Wettbewerb nach objektiv nachprüfbaren Gesichtspunkten getroffen wird. Dabei wird bei hinreichender Versorgungssicherheit nach den Anforderungen der Trinkwasserverordnung der angebotene Wasserpreis das wichtigste Entscheidungskriterium sein.

Im Hinblick darauf, dass für die Zukunft ein geordnetes **Nebeneinander** von kommunalen und privaten Wasserversorgungsunternehmen erreicht werden soll, müssen auch kommunale Anbieter die Möglichkeit erhalten, sich außerhalb ihres eigentlichen Versorgungsgebietes an solchen Ausschreibungen zu beteiligen. In diesem Zusammenhang sind Modifizierungen der gemeinderechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung angezeigt, wobei die Länder darauf achten müssen, dass die Bürger der Gemeinde durch solche Lockerungen des Örtlichkeitsprinzips nicht in unzumutbarer Weise mit gemeindefremden unternehmerischen Risiken belastet werden. Die Möglichkeiten kommunalaufsichtlichen Eingreifens müssen deutlich verbessert werden. Das gilt insbesondere für ein Engagement über die Grenzen des betreffenden Bundeslandes hinweg oder sogar im Ausland.

Sofern sich der Landesgesetzgeber für eine Marktöffnung auf dem Gebiet der Wasserversorgung entscheidet, wird er kaum umhin können, in Ausschreibungsverfahren für Versorgungsgebiete auch vollprivatisierte Anbieter zuzulassen. Die Vorstellung, dass Städte und Gemeinden über die Konzessionsverträge stets einen bestimmenden Einfluss auf das Versorgungsnetz, die Versorgungsbedingungen und die Wasserpreise behalten müssen, kann dann nicht mehr überzeugen. Werden die auf den Markt drängenden international tätigen Wasserversorgungsunternehmen klaren bundesgesetzlichen Anforderungen und einer Kartellaufsicht durch das Bundeskartellamt unterworfen, ist für allgemeine Verdächtigungen, sie würden die Versorgungsnetze rasch verkommen lassen und rücksichtslos Gewinne abschöpfen, kein Raum mehr. Im Gegenteil: Sollte es zu schwerwiegenden Versorgungsausfällen oder Funktionsstörungen bei mittleren oder kleineren Wasserversorgungsunternehmen kommen, dürften gerade sie - neben der großen Zahl leistungsfähiger kommunaler Stadtwerke - jederzeit bereit stehen, eine sichere Wasserversorgung wiederherzustellen.

Hält der Landesgesetzgeber daran fest, dass auch bei Unternehmensmodellen der *Public Private Partnership* der bestimmende kommunale Einfluss auf Versorgungsnetz, Versorgungsbedingungen und Wasserpreise aufrechterhalten bleiben soll, werden landesgesetzliche Regelungen erforderlich werden, um die Einhaltung der schon bundesgesetzlich vorgegebenen Eigenverantwortlichkeitskriterien behördlich wirksam zu kontrollieren. Allerdings können die Länder diese Kriterien auch noch verschärfen, um die wirklich beherrschende Rolle der Kommunalpolitik zu sichern. Aber je mehr man den kommunalen Einfluss stärkt, desto schwieriger wird es, auf dem Kapitalmarkt Interessenten für Unternehmungsbeteiligungen zu gewinnen. Jedenfalls lässt sich die Illusion nicht aufrechterhalten, dass bei Ausfall eines kommunal dominierten Wasserversorgungsunternehmens Hoffnung besteht, aus der Selbstverwaltung heraus gewissermaßen aus dem Stand eine leistungsfähige Wasserversorgung wiederherstellen zu können. Der Entwurf der Sächsischen Privatisierungsverordnung macht dies nur allzu deutlich: Der Einsatz kommunalaufsichtlicher Instrumente gegenüber den kommunalen Selbstverwaltungsorganen mit dem Ziel, dass diese von ihren gesellschaftsrechtlichen oder konzessionsvertraglichen Befugnissen gegenüber dem Wasserversorgungsunternehmen Gebrauch machen, ist in einem Krisenfall nicht vielversprechend. Da die Übertragung der Wasserversorgungspflicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht verbindlich vorgeschrieben wird, steht jetzt schon fest, dass man von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch machen dürfte. Wenn die Gewährleistungspflicht der Gemeinde letztlich fortbesteht, kann man es auch mit gesellschaftsrechtlichen und konzessionsvertraglichen Konstruktionen einer *Public Private Partnership* sein Bewenden haben lassen.

Die vorgeschlagenen landesgesetzlichen Eingriffe in die kommunale Wasserversorgung sind an den Vorgaben des „Rastede-Beschlusses" des Bundesverfassungsgerichts[12)] zum grundgesetzlichen Aufgabenverteilungsprinzip in Art. 28 Abs. 2 GG zu messen. Aber weder gegen die Kriterien, unter denen die Ausschreibungspflicht durchgesetzt werden soll, noch gegen die Rahmenbedingungen für den damit eröffneten Wettbewerb um das Versorgungsgebiet lassen sich verfassungsrechtliche Bedenken geltend machen. Der Wasserkunde muss auch im Fall eigenverantwortlicher kommunaler Wasserversorgung vor einem deutlich überteuerten Wasserpreis geschützt werden, weil er eben nicht ausweichen kann. Das gilt auch dann, wenn kommunale Mehrheiten, aus welchen Gründen auch immer, an der grob unwirtschaftlichen Eigenversorgung festhalten oder eine Fremdversorgung ohne Ausschreibung und ohne Prüfung von Alternativen verfügen wollen.[13)]

Das **Nebeneinander von Wasserversorgungsunternehmen**, die weiterhin der wirklich eigenverantwortlichen **kommunalen** Daseinsvorsorge zuzurechnen sind, und von solchen im **vollprivatisierten** Wassermarkt macht es notwendig, den Wettbewerb um Versorgungsgebiete für **alle Konkurrenzsituationen** zu intensivieren:

- Durch Bundesgesetz wird der Ausschreibungswettbewerb zwischen vollprivatisierten Wasserversorgungsunternehmen sichergestellt.
- Durch Landesgesetz kann ein Wettbewerb zwischen Stadtwerken eröffnet werden; dazu gehört die Aufgabe des Örtlichkeitsprinzips bei gleichzeitiger Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets je nach der Leistungsfähigkeit.
- Eine Liberalisierung des Wassermarktes muss auch den Ausschreibungswettbewerb zwischen Stadtwerken und vollprivatisierten Wasserversorgungsunternehmen öffnen. In diesem Zusammenhang ist es Sache des Landesgesetzgebers, Maßnahmen zu treffen, damit sich private Versorgungsunternehmen um kommunale Versorgungsgebiete bewerben können. Durch Bundesgesetz muss sichergestellt werden, dass Stadtwerke nur dann in die Versorgungsgebiete von privaten Wasserversorgungsunternehmen eindringen können, wenn jeweils nach Landesrecht die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

1) Die Wasserwirtschaft im Spannungsfeld zwischen water industry und Daseinsvorsorge, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, Berlin: Erich-Schmidt-Verlag, 2001, S. 613 f.; Gas- und Wasserfach Bd. 9 (2001), S. 606 f., GWF (2001), Bd. 13, S. 106; vgl. jetzt auch Stuchtey, Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002

2) Vgl. dazu (am Beispiel der Energievorsorge), dass die Zuordnung eines Bereichs zur „Daseinsvorsorge" allein niemals eine gemeindliche Kompetenz begründen kann, Löwer/Menzel, Privatisierung, Zuordnung und Restitution des Energieversorgungsvermögens in den neuen Bundesländern, Köln, Berlin, Bonn, München 1998, S. 83; ebenso für die Wasserversorgung Burgi, Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, in: 16. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht 2000, Berlin 2001

3) Preußisches Oberverwaltungsgericht Bd. 2 S. 186, 189 f; Bd. 12 S. 155, 158

4) Sogenannter Rastede-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 79, 127, 147ff.

5) BVerfGE a.a.O. S. 153

6) Vgl. § 54 HWG Hessen, § 46 LWG Rheinland-Pfalz. Nach § 46a LWG Rheinland-Pfalz ist die befreiende Übertragung der Wasserversorgung auf private Dritte ausdrücklich zugelassen, einschließlich der Übereignung der Wasserversorgungseinrichtungen an den privaten Dritten. Eine Rückübertragungspflicht ist aber vorzusehen für den Fall, dass die Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung durch den privaten Dritten nicht mehr gewährleistet ist, er die ihm obliegenden Pflichten grob verletzt oder Gründe des Gemeinwohls dies gebieten.

7) Nach richtiger Ansicht eröffnet § 19 Abs. 4 GWB allerdings auch dort die Möglichkeit, gegen eine missbräuchliche Verweigerung von Stich- oder Durchleistungen einzuschreiten.

8) Beschluss vom 02.11.1981, NVwZ 1982, S. 306 ff.

9) BVerwGE vom 17.12.1997, Amtliche Sammlung Band 106, S. 64 ff.; NVwZ 1999, S. 870 ff.

10) Tettinger und Mann, Zur demokratischen Legitimation in sondergesetzlichen Wasserverbänden, S. 63; Salzwedel, Wasserverbände im Zerrspiegel demokratie-theoretischer Gedankenspielereien - ein Beitrag zu Vorlagebeschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.12.1997 betreffend Emschergenossenschaftgesetz und Lippeverbandsgesetz NRW, beides in: Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre Band 67; Wasserverbände und demokratische Legitimation, München: Verlag Franz Vahlen, 2000

11) Salzwedel in: Studien zum öffentlichen Recht, a.a.O. S. 70 f.

12) BVerfGE 79, 127

Der Autor

Prof. Dr. Jürgen Salzwedel, geboren 1929, Studium: Berlin und Köln. Habilitation Köln 1961. Ordentlicher Professor des Öffentlichen Rechts an der Universität Bonn und Direktor des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft bis 1994. Gastprofessur Environmental Law on Cornell University, Ithaka, University of Tennessee, Knoxville und Université Paris II. 1994 als Rechtsanwalt am OLG Köln zugelassen. Mitglied des Sachverständigenrates für Umweltfragen 1978-1987, Vorsitzender 1984-1987. Bis 1997 Vizepräsident der Vereinigung Deutscher Gewässerschutz; Mitarbeit in Fachausschüssen des Bundesverbandes der Gas- und Wasserwerke sowie der Abwassertechnischen Vereinigung.

Zahlreiche Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts sowie des Umweltrechts. Mitautor: Allgemeines Verwaltungsrecht, herausgegeben von Erichsen, 10. Auflage 1995; Besonderes Verwaltungsrecht, herausgegeben von Schmidt-Aßmann, 10. Auflage 1995, Herausgeber Grundzüge des Umweltrechts 1982/1998. Mitautor Umweltgesetzbuch Professoren-Entwurf - Besonderer Teil - 1994.

Kirsten Mensch

Entscheidungskompetenzen und Verantwortlichkeiten für die (zukünftige) Wasserversorgung

Diskussionsbericht zur Expertenrunde der Schader-Stiftung, Januar/Februar 2002

Über die wirtschaftliche Struktur der Wasserversorgung in Deutschland wird in letzter Zeit verstärkt debattiert. Die kommunal betriebene und verantwortete Versorgung mit Trinkwasser gerät zunehmend in die Diskussion. Während die einen fordern, dass Privatisierung und Liberalisierung im Wasserbereich genauso Einzug halten sollen wie in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge, verweisen andere auf die herausragende Bedeutung und besondere Schutzwürdigkeit des Existenzgutes Wasser und plädieren für die Beibehaltung der tradierten Strukturen der Wasserwirtschaft mit ihrer Anbindung an die öffentliche Hand. Offenkundig ist jedoch, dass in näherer Zukunft Änderungen eintreten werden: entweder, weil die Kommunen einem akuten Handlungs-, insbesondere Finanzbedarf folgen, oder, weil übergeordnete politische Ebenen (Land, Bund, EU) eine Liberalisierung einfordern.

Zur Expertenrunde, die zur Debatte über die zukünftige Wasserversorgung in Deutschland beitragen soll, waren Wissenschaftler verschiedener Disziplinen und Vertreter von Kommunen, Land, Bund, der Wirtschaft sowie Verbänden eingeladen. Entsprechend konträr fielen die in der Diskussion zu Tage tretenden Positionen aus.

Ausgangslage

Schon bei der Frage, wie Wasser als Gut einzuordnen sei, zeigen sich verschiedene Positionen. Ein Teil der Experten betont, dass Wasser ebenso lebensnotwendig wie nicht ersetzbar sei. Daher dürfe es nicht als herkömmliche Handelsware betrachtet werden, sondern müsse Gegenstand ausschließlich öffentlicher Daseinsvorsorge sein. Andere hingegen sehen Wasser durchaus als handelbare Ware an und werten die gegenteilige Aussage als rein normativ und emotional, die nur dazu diene, Einfluss auf die politische

Debatte zu nehmen. Auch der Verweis auf die Europäische Wasserrahmenrichtlinie, in der Wasser nicht als Handelsware, sondern als „ererbtes Gut" beschrieben werde, wird in seiner Aussagekraft kontrovers interpretiert, da sich die Richtlinie nicht ausschließlich auf Trinkwasser beziehe. Ein möglicher Kompromiss ergibt sich aus der „Doppelnatur" des Gutes Wasser: Die Definition als Ware sei zwar richtig, denn Wasser werde tatsächlich beschafft, behandelt, verkauft und habe auch einen Preis. Dabei gelte aber ebenso, dass unser Trinkwasser ein Teil des Wasserkreislaufs sei - ein Aspekt, der zusammen mit der Lebensnotwendigkeit des Wassers für seine Charakterisierung als ein öffentliches Gut spreche.

Andere Aspekte des derzeitigen Zustands der Wasserversorgung finden mehr Einigkeit in der Runde. So wird einhellig bemerkt, dass die Wasserqualität in Deutschland gut und generell auch das Preis-Leistungsverhältnis akzeptabel sei. Einstimmigkeit herrscht auch darüber, dass die Einführung von Wettbewerb über die Errichtung von Parallel-Leitungen in den meisten Fällen ökonomisch nicht sinnvoll sein könne. Es werde im Wassermarkt also immer monopolartige Strukturen geben. Eine Liberalisierung in der Art, wie sie beispielsweise auf dem Strommarkt vollzogen worden sei, sei im Wassersektor nicht denkbar.

Die Diskussion darüber, was aus diesen Prämissen zu schließen sei, verläuft allerdings erwartungsgemäß kontrovers.

Was soll sich ändern?

Auf die Frage, was sich angesichts der oben beschriebenen Ausgangslage ändern solle, findet ein Teil der Experten eine klare Antwort: nichts, weil die derzeitigen Strukturen keinerlei Mängel aufwiesen, weder in der Versorgungssicherheit, noch in der Qualität, noch im Preis. Die bei einer Privatisierung zu erwartende Effizienzsteigerung würde beim Endkunden eine Kostensenkung von allenfalls 10-12 Euro pro Jahr ausmachen. Hierfür Experimente mit der Struktur der Wasserversorgung einzugehen, sei nicht verantwortbar.

Allenfalls in Gebieten mit kleinteiliger Versorgungsstruktur sollten Änderungen erwogen werden, da sich hier gehäuft Defizite in der Qualität der Wasserversorgung bemerkbar machten. Hier könne man entweder durch ein auf die kleinen Wasserversorger abgestelltes Beratungsangebot entgegenwirken oder eine Zusammenlegung zwar nicht der Wassergewinnung, aber der Wasserweiterleitung befürworten, wobei man aller-

dings berücksichtigen müsse, dass diese von den politischen Akteuren vor Ort oftmals nicht erwünscht sei.

Gegen eine Veränderung des bestehenden Zustands spreche - so wird weiter argumentiert - das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Die Wasserversorgung gehöre zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung; es handele sich um eine historisch gewachsene „ur-kommunale" Aufgabe, da ein eminentes sowohl individuelles als auch öffentliches Interesse vorliege. Dagegen wird eingewandt, dass es sich bei der Selbstverwaltung um ein Recht der Kommunen, nicht aber um eine Pflicht handele. Kommunen könnten sich durchaus der Aufgabe der Wasserversorgung entledigen und sich auf eine Gewährleistungsfunktion zurückziehen. Das käme einer Weichenstellung gleich, die das vorhandene oder auch erwünschte Bewusstsein schwinden ließe, dass die Wasserversorgung eine kommunale Aufgabe sei.

Die Gegenmeinung verweist darauf, dass Monopole grundsätzlich negativ seien und durch Liberalisierung, soweit sie möglich ist, abgebaut werden sollten. Für den Wassersektor hieße das: Einführung von Ausschreibungswettbewerben, so dass der Wasserversorger zumindest alle 20-30 Jahre abgelöst werden könne, sowie die weitere Öffnung des Marktes für private Anbieter, was in einem ersten Schritt über die Gründung von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen erfolgen könne.

Die hohe Wasserqualität wäre damit nicht aufs Spiel gesetzt, sondern durch eine verbesserte Organisationsqualität ergänzt. Die erzielbare Effizienzsteigerung dürfe nicht als *quantité négligable* abgetan werden.

Der Kern des Problems: die großen Interessen

Als eigentlicher Kern der Auseinandersetzung blitzt immer wieder ein Aspekt in der Diskussion auf: die Interessen großer Akteure im Wassersegment. Auf der einen Seite stünden die Kommunen, die die Trinkwasserversorgung als funktionierendes kommunales Unternehmen (oder evtl. auch als Melkkuh in der Form eines Eigenbetriebs) schätzten, jedoch auf der anderen Seite - von Finanznot geplagt - nicht selten mit einer (Teil-) Privatisierung liebäugelten. Auf der anderen Seite seien kapitalkräftige Großunternehmen zu finden, die zum einen ihre Wettbewerbsfähigkeit im Wassersektor unter Beweis stellen müssten, um auch international wettbewerbsfähig sein zu können, und zum anderen über die Wasserversorgung die Kunden auch in anderen Versorgungsbereichen (z. B. Strom) an sich binden wollten.

Der Änderungsdruck, der im Bereich der Trinkwasserversorgung zu spüren sei, entstehe folglich nicht aufgrund von Qualitätsproblemen, sondern aus der Kombination aus anlagesuchendem Kapital einerseits und der Finanznot der Kommunen andererseits.

Zukunftsszenarien

Aus dem Verlauf der Debatte sind verschiedene Zukunftsszenarien ableitbar:

I. Die Trinkwasserversorgung wird als kommunale Kernaufgabe angesehen und bleibt weitestgehend in kommunaler Hand.
II. Die Kommunen öffnen sich gegenüber der Privatwirtschaft und veräußern Teile ihrer Wasserversorgungsbetriebe; es entstehen gemischt-wirtschaftliche Unternehmen.
III. Die Wasserversorgung wird per Ausschreibungsverfahren vollständig, aber zeitlich befristet in die Hände eines Privatunternehmens gegeben, das die Kommune im Vollzug des Versorgungsauftrages kontrolliert.

Da jede Kommune jedenfalls zu Anfang „Herrin" des Verfahrens ist, wird sich kurzfristig keines der Szenarien flächendeckend in der Bundesrepublik durchsetzen. Denkbar sind eher schleichende Veränderungen, die durchaus auch eine Entwicklung von Szenario I über Szenario II zu Szenario III zulassen. Bei einer solchen Entwicklung wäre wahrscheinlich, dass am Ende nur eine geringe Anzahl von Großunternehmen im Wettbewerb verbleiben und die Kommunen in diesem Oligopol verhandeln müssten. Ob sich die Kommunen dann noch in den Vertragsverhandlungen durchsetzen könnten, bleibt offen.

Auswirkungen / Fragen

Die verschiedenen Wege, die die zukünftige Wasserversorgung einschlagen kann, führen zu unterschiedlichen Auswirkungen und Befürchtungen. Die in der Diskussion genannten Punkte sollen hier geordnet nach den oben dargestellten Zukunftsszenarien wiedergegeben werden.

Zu Szenario I:

- Kann ein Benchmarking-Prozess verbesserungsfähige Organisationsstrukturen aufspüren und somit zum Ausschöpfen von Effizienzpotentialen beitragen?

- Können Monopole in öffentlicher Hand besser kontrolliert werden als Monopole in privater Hand?

Zu Szenario II:

- Welche Nachteile birgt die Konstruktion von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen?

Zu Szenario III:

- Wie würde sich die Privatisierung der Wasserversorgung im Krisenfall auswirken?
- Wie würde sich eine Privatisierung auf den bislang von den kommunalen Wasserversorgungsunternehmen mitgetragenen Grundwasserschutz auswirken?
- Brauchen wir ein Gesetz, das Ausschreibungsverfahren für die Wasserversorgung regelt?
- Welche langfristigen Nachteile könnten sich aus der Privatisierung ergeben?
- Wäre eine Regulierungsbehörde erforderlich?

Eine wichtige Frage, die immer wieder während der Expertenrunde angesprochen wird, stellt sich für alle drei Szenarien:

- Wer hat Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten im Bereich der Wasserversorgung?

Kann ein Benchmarking-Prozess verbesserungsfähige Organisationsstrukturen aufspüren und somit zum Ausschöpfen von Effizienzpotentialen beitragen? Auch wenn Benchmarking nicht gleichzusetzen sei mit dem Druck, den ein funktionierender Wettbewerb entwickele, bescheinigen ihm viele der Experten positive Auswirkungen. Benchmarking ermögliche den Vergleich zwischen den Wasserversorgungsunternehmen untereinander, was letztlich auch zu Druck auf die Preise führen und somit zumindest als ein Wettbewerbssurrogat wirken könne. In Hessen zeichne sich von Seiten der Wasserversorgungsunternehmen (insbesondere der kleineren und mittleren) eine starke Nachfrage nach Benchmarking-Prozessen ab, was als Zeichen zu werten sei, dass die Unternehmen selbst Defizite empfänden und sich erhofften, diese durch einen Blick „in die Küche" des anderen abbauen zu können.

Umstritten ist die Meinung, dass Benchmarking nicht so effizient sei wie Untersuchungen des Kartellamts. Dagegen wird die Position vertreten, Benchmarking funktioniere system- und marktgerechter als eine Preiskontrollbehörde und sei daher zu bevorzugen.

Können (zeitlich befristete) Monopole in öffentlicher Hand besser kontrolliert werden als Monopole in privater Hand? Monopole stehen unter Missbrauchsverdacht. Ob dieser grundsätzliche Befund für Monopole in öffentlicher Hand anders ausfällt als für Monopole in privater Hand, wird kontrovers diskutiert.

Einer Meinung zufolge sind Monopole in kommunaler Hand wenigstens ansatzweise über die Stadtregierung kontrolliert. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang auch von einem Regelkreislauf zwischen Bürger, Kommunalparlament, Manager des Wasserversorgungsunternehmen und Kunden, die wiederum Bürger sind. Allerdings - so ein Einwurf aus der Runde - dürfe man die Einwohner der Stadt in ihren Rollen als Bürger einerseits und Kunden andererseits nicht gleichsetzen. Die Unzufriedenheit mit der Wasserversorgung schlage sich nicht unbedingt bei der Kommunalwahl nieder, da vielfältige Gründe zu einer Wahlentscheidung führten. Ein „Regelkreislauf" bestehe daher nicht.

In diesem Zusammenhang ist die weiter unten diskutierte Frage zu beachten, wer tatsächlich Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten auf die Wasserversorgung hat.

Welche Nachteile birgt die Konstruktion von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen? Alle in der Expertenrunde genannten Positionen zu *Public Private Partnerships* oder gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen sind positiv, aber immer auch skeptisch. Die Skepsis rührt jedoch aus unterschiedlichen Präferenzen her.

Diejenigen, die eine stärkere Privatisierung befürworten, sehen einerseits gemischtwirtschaftliche Unternehmensformen als gute Einstiegsmöglichkeit für Private an, halten andererseits die Rolle der öffentlichen Hand als Anteilseigner grundsätzlich für problematisch. Hier entstünden Unternehmen, die keinem Konkursrisiko unterlägen und - je nach Branche - in Konkurrenz träten zu anderen Unternehmen, die Steuern zahlen und damit das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen indirekt unterstützen müssten; oder aber die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen wären dem Wettbewerb gänzlich entzogen, was auch nicht wünschenswert sei.

Diejenigen, die die Wasserversorgung in kommunaler Hand belassen wollen, sehen in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen die Möglichkeit, die Finanznöte der Kommunen zu beheben, ohne einen Totalverkauf des Wasserversorgungsunternehmens hinnehmen zu müssen. Ihre Skepsis bezieht sich auf den zu befürchtenden Verlust kommunalen Einflusses auf die Wasserversorgung. Hier drohe ein unlenkbares Monopol mit einem drittem Element, dem Einsteiger aus der Privatwirtschaft.

Eine Auswirkung der Gründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen beklagen die Experten unisono: die mangelnde Transparenz. Ob und, falls ja, welche Nebenabsprachen bei der Gründung eines solchen Unternehmens getroffen würden, werde nicht öffentlich bekannt. Zudem beklagt eine kritische Stimme, dass die Kommunen einerseits ihre Zuständigkeit für die Wasserversorgung qua kommunaler Selbstverwaltung reklamierten, andererseits sich über den Weg der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen der Verantwortung entziehen wollten und könnten.

Wie würde sich die Privatisierung der Wasserversorgung im Krisenfall auswirken? „Was geschieht, wenn ein privates Wasserversorgungsunternehmen bankrott geht?" Das Schreckensgemälde einer ganzen Region ohne Trinkwasserversorgung malen die Privatisierungsgegner an die Wand. Offenkundig müsse in einem solchen Falle die öffentliche Hand (Staat oder Kommune) letztlich doch einspringen. Eine öffentlich-rechtliche Gewährleistungsverantwortung läge allerdings auch dann vor, wenn der Betreiber eines Atomkraftwerks pleite ginge. Zudem wird aus der Runde darauf hingewiesen, dass das Krisenszenario überzeichnet sei. Ein solcher Konkurs würde sich nicht von einem Tag auf den anderen ereignen, sondern sei als langwieriger Prozess absehbar. Die Annahme eines sofortigen Stillstands der Wasserversorgung sei unrealistisch.

Die Argumentationen rund um das Krisenszenario „Bankrott" zeigen deutlich, dass alle Teilnehmer von einer öffentlich-rechtlichen Gewährleistungsfunktion ausgehen, die allerdings eher beim Staat (Land) als bei der Kommune anzusiedeln sei.

Wie würde sich eine Privatisierung auf den bislang von den kommunalen Wasserversorgungsunternehmen mitgetragenen Grundwasserschutz auswirken? Zum Schutz des Grundwassers schließen zurzeit Wasserversorgungsunternehmen Kooperationsverträge mit Landwirten ab, die verkürzt übersetzt werden können mit der Formel: Geld gegen Einschränkungen beim Düngen. Diese „Kooperation" stünde zwar unter dem Verdacht, Kungeleien zu begünstigen, aber sie scheine das einzige Modell zu sein, das - auch im internationalen Vergleich - jedenfalls moderate Erfolge zeige.

Allerdings wollten auch die öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen letztlich von diesem Modell abrücken, da sie sich schon seit jeher gewehrt hätten, für den Grundwasserschutz herhalten und ihn über den Wasserpreis auf ihre Kunden abwälzen zu müssen. Nach einer Privatisierung der Wasserversorgung würden hier sicherlich mehr kritische Stimmen laut werden.

Brauchen wir ein Gesetz, das Ausschreibungsverfahren für die Wasserversorgung regelt? Wenn eine Kommune den Wasserversorger wechseln wolle, dann solle - so eine Stimme aus der Runde - ein Bundes- oder Landesgesetz ein Ausschreibungsverfahren vorgeben. Ein solches Gesetz könne es erschweren, dass unerfahrene Kommunen von großen Wasserversorgern „über den Tisch gezogen" würden, und könne verhindern, dass Kommune und Wasserversorgungsunternehmen sich zu Lasten der Bürger einigten. Umstritten ist allerdings, ob man dafür wirklich ein Gesetz brauche. Ein anderer Vorschlag bringt das Stichwort „Qualitätsmanagement für Privatisierungsprozesse" in die Diskussion ein. Demzufolge sollte ein solches Qualitätsmanagement den Kommunen Hilfestellung geben, die eine Privatisierung ihrer Wasserversorgung erwägen. Elemente hierbei könnten sein: Musterverträge, Partizipationsvorgaben von wesentlichen Akteuren inklusive der Bürger, Auflistungen von Entscheidungskriterien und Umweltaspekten, Beispiele für Ausschreibungsorganisation und den Zertifizierungsprozess.

Welche langfristigen Nachteile könnten sich aus der Privatisierung ergeben? Eine Situation wird in der Expertenrunde als mögliche Folge einer bundesweiten Privatisierung prognostiziert: ein Duopol von nur noch zwei großen bzw. ein Oligopol von einigen wenigen Wasserversorgern. Was dabei verloren ginge, wäre - so die Meinung eines Experten - die spezielle „Wertekultur" der Wasserwerker vor Ort, die, eingebunden in die ortsnahe Wassergewinnung und -versorgung, ein ökologisches und soziales Bewusstsein entwickelt hätten.

Verloren ginge auch - wie mehrfach betont wurde - ein Großteil des Einflusses der Kommunen, sowohl im Ausschreibungsverfahren wie auch in der Kontrollmöglichkeit des operativen Geschäfts. Dem gegenüberzustellen sei aber die Frage, ob der volkswirtschaftliche Nutzen von zwei oder drei großen, erfolgreichen Wasserversorgern, die auch international tätig werden könnten, nicht mehr wiege als Aspekte kommunaler Machtsphären. Zudem bringe eine Privatisierung keine automatische Änderung der Unternehmensziele mit sich. Allerdings - so ein sofortiger Einwand - komme zumindest ein weiteres Ziel hinzu: die zu erwirtschaftende Rendite. Wobei hier sogleich wieder einschränkend angemerkt wird, dass auch die kommunalen Unternehmen wirtschaftlich arbeiteten und Rendite für ihre Stadt ablieferten.

Andere Nachteile könnten über einen längeren Zeithorizont gesehen durch die nur langfristige Wirksamkeit von Investitionen entstehen. Gefragt wird, warum ein Wasserversorger, der für die nächsten 20 Jahre den Zuschlag erhalten habe, den Bau eines Staudamms vorantreiben sollte, der sich vielleicht erst nach 60-80 Jahren rentieren werde. Ähnlich verhalte es sich mit der Instandhaltung bzw. dem Neubau von Wasserleitungen.

Allerdings dürften hier die Möglichkeiten von Ausschreibungsverpflichtungen und staatlichen Kontrollen nicht unterschätzt werden.

Auch die hygienische Seite, die man nicht von der ökonomischen trennen könne, könnte unter dem Kostendruck leiden. Ein Experte befürchtet, dass langwierig erzielte Verbesserungen des Grundwasserschutzes hinfällig würden. Ein Druck auf die Herabsetzung von Grenzwerten entstünde sicherlich, so ein Privatisierungsbefürworter. Hier sei es Aufgabe der Politik, dem Druck standzuhalten.

Aus der Diskussion um die langfristigen Auswirkungen der Privatisierung kristallisiert sich heraus, dass Rolle und Aufgaben der öffentlichen Hand sich änderten. Der Ressourcenschutz müsste verstaatlicht werden, der Staat müsste seinen bestehenden Kontrollapparat auf die Kontrolle der privaten Wasserversorger zuschneiden. Insgesamt verlören die Kommunen an Einfluss und mehr Aufgaben fielen den Ländern oder dem Bund zu.

Eine weitere Gefahr liege in der „Rosinenpickerei". Dünn besiedelte Räume, deren Versorgung weniger ertragreich seien, könnten benachteiligt werden.

Wäre eine Regulierungsbehörde notwendig? Da es sich auch nach Ausschreibungen und Privatisierungen in der Wasserversorgung um Monopole auf Zeit handele, bedürfe es einer Regulierung. Allerdings wird hier kritisch angemerkt, dass Experimente zur sektorenspezifischen Regulierung bislang nie gut funktioniert hätten, da das Personal der Behörde zu weit von der Praxis entfernt sei und die Behörde oftmals starkem politischen Einfluss unterliege. Man solle daher von vornherein auf eine eigene Regulierungsbehörde für die Wasserversorgung verzichten. Ein anderer Einwand verweist auf den Widerspruch, der aufgrund des durch die Privatisierung erzeugten Regulierungsaufwands zum Ziel des schlanken Staates entstünde. Ein Privatisierungsbefürworter wendet ein, dass es ausreichen werde, die bestehenden staatlichen Kontrollen auf die dann privaten Wasserversorger anzuwenden.

Das britische Beispiel einer anderer Art der Kontrolle wird in die Diskussion eingebracht: Die Leistungen der britischen Wasserversorgungsunternehmen werden veröffentlicht und in der Presse debattiert. Allerdings gebe es in Großbritannien nur etwa zehn Wasserversorgungsunternehmen. Das Konzept sei daher nur begrenzt übertragbar.

Wer hat Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten im Bereich der Wasserversorgung? Eine Antwort auf diese Frage wurde schon oben dargelegt mit dem Bild des Regel-

kreislaufs zwischen Bürger/Wähler - Kommunalparlament - Wasserversorgungsunternehmen - Kunde/Bürger.

Eine andere Antwort auf die Frage fällt weitaus skeptischer im Hinblick auf den kommunalen Einfluss aus: Die wichtigsten Akteure in der Wasserwirtschaft seien die Wasserversorgungsunternehmen selbst und in ihnen die Ingenieure. Es scheine ein Prozess technokratischer Abschottung vorzuliegen. Ein „Kartell der Ingenieure" bestimme über den Lauf der Dinge (und des Wassers) im Schatten demokratisch legitimierter (Kommunal-) Politik. Kompetenz zur Kontrolle habe, wenn überhaupt, die Kommunalverwaltung, nicht aber die Kommunalpolitiker. Es gebe also weder eine politische Steuerung noch eine über den Markt, sondern (analog zu den Währungshütern) eine Kaste von Wächtern, eben die Ingenieure. Dieser Einschätzung von wissenschaftlicher Seite wird von einem Praktiker inhaltlich zugestimmt, auch wenn der Begriff „Kartell der Ingenieure" etwas ungünstig gewählt sei und man besser von „Selbstverwaltung der Technik" spreche. Einen Einfluss habe die Kommune jedoch immer noch, so ein anderer Einwand: Die Preise für Wasser und Abwasser seien immer ein politisches Thema.

Fazit

Bislang besteht keine Privatisierungs- bzw. Ausschreibungspflicht für die Wasserversorgung. Eine solche Verpflichtung ist nach Auffassung unserer Experten auch von der EU nicht zu erwarten. Den Kommunen, die aufgrund Art. 28 Abs. 2 GG das Recht und aufgrund einzelner Ländergesetze teilweise auch die Pflicht zur Wasserversorgung innehaben, bleibt das Gestaltungsrecht hinsichtlich der Struktur ihrer Wasserversorgung unbenommen.

Obwohl keinerlei Verpflichtung besteht, entscheiden sich immer mehr Kommunen zumindest für eine Teilprivatisierung und gründen gemischt-wirtschaftliche Unternehmen. Dabei stoßen sie auf private Unternehmen, die bereitwillig ihr Kapital zur Verfügung stellen, um (weiteren) Zugang zum Wassermarkt zu erhalten.

Bundesweit gesehen, ergeben sich insgesamt deutlich erkennbare Privatisierungstendenzen in der Wasserversorgung. Der eingeschlagene Pfad wird sich aller Wahrscheinlichkeit nach zu einem von nur wenigen großen privaten Wasserversorgungsgesellschaften beschrittenen Weg ausweiten; dabei werden „Komplettversorger" entstehen, die neben Wasser auch Strom und Gas liefern. Die bislang als zentrale Akteure geltenden Kommunen werden dann eher am Rande stehen und versuchen,

ihrer verbleibenden Kontrollfunktion gerecht zu werden. Aber auch diese wird wahrscheinlich auf höher gelagerte Instanzen, nämlich Land, Bund oder gar EU übertragen werden.

Die Folgen werden schwindende Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen und dagegen ein wachsender Kontrollapparat der öffentlichen Hand sein. Der Weg zur „Gewährleistungskommune" und schließlich zum „Gewährleistungsstaat" scheint vorgezeichnet.

Die Autorin

Dr. Kirsten Mensch, geboren 1967, Studium der Sozialwissenschaften mit Schwerpunkt Politikwissenschaft sowie der Philosophie und Rechtswissenschaft; 1993 Studienaufenthalt in Groningen, Niederlande, 1994 bis 1998 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Politikwissenschaft der TU Darmstadt, 1999 Promotion, seit Januar 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Christoph Sachße

Die Zukunft der Sozialen Dienste

Die Entstehung der Sozialen Dienste in Deutschland

Unter „Sozialen Diensten" sollen im Folgenden alle Formen personenbezogener, fachlich qualifizierter und beruflich erbrachter sozialer Dienstleistungen verstanden werden, die es mit Erziehung, Beratung, Pflege und Betreuung von Individuen und Gruppen zu tun haben. Historisch entstanden sind die modernen Sozialen Dienste im Kontext des Auf- und Ausbaus kommunaler „Daseinsvorsorge" in den Städten der Wilhelminischen Epoche des deutschen Kaiserreichs. Die Kommunen übernahmen die Bereitstellung von Energie und Verkehrsmitteln, von Schlachthöfen, Abfallbeseitigung, Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung Darüber hinaus entwickelten sie neuartige Einrichtungen „socialer Fürsorge", in deren Zentrum neue Formen personenbezogener Dienstleistungen auf dem Gebiet der Gesundheits-, Wohnungs-, Jugend- und Arbeitslosenfürsorge standen. Soziale Dienste sind also historisch als Teil kommunaler Daseinsvorsorge entstanden und sie werden bis heute als zentrales Element kommunaler Daseinsvorsorge betrachtet.

Das bis heute noch vorherrschende System der gesellschaftlichen Organisation Sozialer Dienste hat sich in der Zeit der Weimarer Republik herausgebildet. In der Zeit der 1. Republik wurde das Reich - die zentrale Politikebene - zum entscheidenden Faktor auch für die Entwicklung der kommunalen Sozialpolitik. In Gestalt des Reichsarbeitsministeriums gab es nunmehr eine zentrale politische Steuerungsinstanz. Die Weimarer Republik war auch die hohe Zeit der Zentralisierung der freien Wohlfahrtspflege. Aus der lockeren, lokal verankerten „Vereinskultur" des deutschen Kaiserreichs entwickelte sich jetzt ein zentralisiertes System straff organisierter Verbände. Jetzt erwiesen sich die von der konfessionellen Wohlfahrtspflege bereits in der Vorkriegszeit entwickelten Ansätze einer Spitzenverbandsbildung als zukunftsweisend. Das Reichsarbeitsministerium bildete einen zentralen Ansprechpartner für die Wohlfahrtsverbände, der selbst zentrale Ansprechpartner suchte. So adaptierte auch die freie Wohlfahrtspflege unter Führung der bereits bestehenden konfessionellen Verbände Lobbyismus-, Zentralisierungs- und Kartellierungstendenzen, die in der Wirtschaft bereits vor 1914 massiv entwickelt worden waren, und übertrug sie auf das Gebiet der Wohlfahrtspflege.

Gesetzlich geregelt wurde das Neben- und Miteinander von öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege in der neuen Fürsorgegesetzgebung des Reiches, dem „Reichsjugendwohlfahrtsgesetz" von 1922 (RJWG) und der „Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht" von 1924 (RFV). § 5 der RFV und - in sehr viel milderer Form - § 6 des RJWG enthielten Bestandssicherungs- und Vorrangklauseln, die der freien Wohlfahrtspflege eine eigenständige Rolle im Gesamtsystem der Wohlfahrtspflege gesetzlich gewährleisteten. Damit war jene spezifische „duale" Struktur entwickelt, die das System der Wohlfahrtspflege in Deutschland bis heute kennzeichnet: die gesetzliche Bestands- und Eigenständigkeitsgarantie der freien bei gleichzeitiger Förderungsverpflichtung und Gesamtverantwortung der öffentlichen Träger. Sie regelt ein nach den Grundsätzen der Subsidiarität organisiertes Nebeneinander in einem einheitlichen Gesamtkomplex kommunaler Daseinsvorsorge, in dem den konfessionellen und nichtkonfessionellen Spitzenverbänden der freien Wohlfahrtspflege und ihren Mitgliederorganisationen und -einrichtungen eine besonders privilegierte Stellung eingeräumt wurde. Von den übrigen Bereichen der kommunalen Daseinsvorsorge unterscheiden sich die Sozialen Dienste also organisatorisch und ordnungspolitisch dadurch, dass sich hier nicht „Staat" und „Markt" gegenüberstehen, sondern „Staat" und „Dritter Sektor" (mit den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege im Zentrum) koexistieren und kooperieren.

Aktuelle Wandlungsprozesse

Das duale System der kommunalen Sozialen Dienste unterliegt gegenwärtig einem tiefgreifenden Wandel. Von den vielfältigen Elementen, die diesen Wandlungsprozess bestimmen, sollen im Folgenden vier hervorgehoben werden, die für die künftige Entwicklung von besonderer Bedeutung sein werden:

1) Die Entwicklung Sozialer Dienste ist seit ihren historischen Anfängen durch eine bemerkenswerte Dynamik charakterisiert. Von Fürsorgemaßnahmen für gesellschaftliche Problemgruppen haben sie sich binnen eines Jahrhunderts zu Dienstleistungen für breite Bevölkerungsschichten entwickelt. An der Betreuung von Kleinkindern und alten Menschen wird diese Entwicklung besonders augenfällig. Aber auch die enorme Zunahme der Erwerbstätigen im Bereich der Sozialen Dienste im Laufe der letzten hundert, vor allem aber der letzten dreißig Jahre spricht hier eine deutliche Sprache. Und gerade der quantitative und qualitative Bedeutungszuwachs der Sozialen Dienste hat dazu geführt, dass sich hier attraktive Märkte für kommerzielle Anbieter entwickeln. Private Unternehmen treten - zumindest in Teilbereichen - neben die traditionellen Anbieter, die Kommunen und die Freie Wohlfahrtspflege. Der „Wohlfahrts-Mix" differenziert sich. Der „Markt" tritt

neben den „Staat" und den „Dritten Sektor". Die neuen Konkurrenten dringen auf Gleichberechtigung und Abbau von Wettbewerbsverzerrungen, die sich aus der privilegierten Position der Freien Wohlfahrtspflege ergeben. Aus der Perspektive der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege ist es gerade ihr fulminanter Erfolg, der ihre einst unangefochtene Vorrangstellung im Bereich der Sozialen Dienste zunehmend unterminiert.

2) Die aktuelle Kritik und die Krise der überkommenen Strukturen wohlfahrtsstaatlicher Sicherung haben auch die kommunale Ebene von Politik erfasst; die Ebene also, auf der die Sozialen Dienste angesiedelt sind. Die kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland galt lange Zeit als international vorbildlich. Dieser Modellcharakter hat in jüngster Zeit erheblich gelitten. In dieser Situation werden Diskussionen um ein neues Verständnis von Staat und Staatsaufgaben, die im anglo-amerikanischen Raum schon seit längerer Zeit unter dem Stichwort *New Public Management* geführt werden, auch in der deutschen Kommunalpolitik rezipiert.

Im Kern geht es dabei um die Rückführung des Staates auf seine „Kernaufgaben". Die Funktion des Staates soll nicht länger die eines „Generalagenten der Lebenszufriedenheit" (Helmut Klages), sondern die eines Garanten der Rahmenbedingungen optimaler Selbstentfaltung sein. Der Staat soll vom versorgenden zum ermöglichenden Staat, vom Organisator und Anbieter zum Moderator und Koordinator werden. Dieses gewandelte Staatsverständnis impliziert auch eine Binnenmodernisierung der Staatsverwaltung selbst, bei der Kriterien betriebswirtschaftlicher Rationalität gegenüber den herkömmlichen Strukturen bürokratischer Hierarchie in den Vordergrund treten.

Für die kommunale Daseinsvorsorge im Allgemeinen und die kommunalen Sozialen Dienste im Besonderen bedeutet dies, dass die Kommune zwar die Gesamtverantwortung für und die Steuerungshoheit über eine angemessene Versorgung behält, Organisation und Durchführung der Dienste aber an (private) externe Träger vergibt. Darin liegt zunächst noch kein signifikanter Unterschied zum herkömmlichen dualen System, in dem den (privaten) Spitzenverbänden der Freien Wohlfahrtspflege von jeher eine führende Rolle eingeräumt wurde. Die entscheidende Veränderung liegt vielmehr darin, dass die Kriterien der Vergabe im neuen Modell nicht mehr von den klassischen Maximen des Subsidiaritätsprinzips - gesellschaftlicher Vielfalt und weltanschaulicher Pluralität - bestimmt werden, sondern von den ökonomischen Prinzipien des Kontraktmanagements und der Qualitätskontrolle.

Nicht mehr wertgebundenes Engagement, sondern betriebswirtschaftliche Effizienz werden zum Bestimmungsmoment sozialpolitischen Handelns. Damit ist der Wegfall

eines zentralen Elements für die Legitimation der traditionellen Vorrangstellung der Träger der Freien Wohlfahrtspflege im System kommunaler Sozialer Dienste und eine entsprechende Aufwertung kommerzieller Anbieter verbunden. Einen Niederschlag hat dieses neue Verständnis in § 11 Abs. 2 des Pflegeversicherungsgesetzes und in der Reform des § 93 Abs. 1 Bundessozialhilfegesetz bereits gefunden, in denen kommerzielle und gemeinnützige Träger explizit gleichgestellt werden.

3) Der Prozess der Europäischen Einigung hat Konsequenzen auch für die nationale Organisation der Sozialen Dienste. Die Expansion der Sozialen Dienste von der Fürsorge für gesellschaftliche Problemgruppen zu Pflege- und Betreuungsleistungen für breite Bevölkerungskreise hat - wie erwähnt - Dienstleistungsmärkte entstehen lassen, die auch für private Unternehmer attraktiv sein können. Damit stellt sich die Frage nach der Anwendung der Europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregelungen für diese Märkte. Die Diskussion um das spannungsreiche Verhältnis von EU-Wettbewerbsrecht und deutscher Daseinsvorsorge, die bei den Sparkassen und Landesbanken begonnen hatte, hat auch die Sozialen Dienste eingeholt. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat in ihrer Mitteilung vom 20. September 2000 die Leistungen der Daseinsvorsorge emphatisch als „Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftsmodells" hervorgehoben und ihre Ausgestaltung vor allem zur Sache der verschiedenen Politikebenen der Mitgliedstaaten erklärt. Die Organisation und Durchführung der Sozialen Dienste scheint demnach eindeutig in der Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten zu verbleiben.

Die scheinbare Eindeutigkeit dieses Votums verflüchtigt sich allerdings rasch bei einer genaueren Analyse der einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsvertrages. Zwar wurde mit Art. 16 eine Vorschrift in den Gemeinschaftsvertrag eingeführt, die die Bedeutung der Daseinsvorsorge in der und für die Gemeinschaft hervorhebt. Davon bleibt indessen die Regelung des Art. 86 Abs. 2 unberührt, die die Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsvertrages auch für Unternehmen, die Leistungen und Dienste der Daseinsvorsorge erbringen, anwendbar erklärt, sofern dadurch nicht die Erfüllung ihrer Aufgabe verhindert wird. Der Europäische Gerichtshof hat im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft einen „funktionalen" Unternehmensbegriff entwickelt, für den es weder auf die Rechtsform des Unternehmens noch seine Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob eine **wirtschaftliche** Tätigkeit ausgeübt wird. Entscheidend für die Anwendbarkeit der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft auf die Sozialen Dienste ist demnach die Beantwortung der Frage, ob ihre Träger eine „wirtschaftliche Tätigkeit" ausüben. Weitere Voraussetzung ist, dass die Handelsbeziehungen zwischen mehreren Mitgliedstaaten betroffen sind. Eindeutig nicht-wirtschaftlicher Art sind ho-

heitliche Aufgaben im engeren Sinne. Nicht-wirtschaftlich sind auch die nationalen Bildungssysteme und karitative Einrichtungen. Dazwischen erstreckt sich eine breite Grenzzone, in die auch die Sozialen Dienste fallen und in der der wirtschaftliche bzw. nicht-wirtschaftliche Charakter der Tätigkeit je im Einzelfall zu bestimmen ist.

Sofern Soziale Dienste also eindeutig nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten mit rein binnenstaatlichen Auswirkungen ausüben, greift das Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft **nicht** und gesetzliche und/oder faktische Privilegierungen gemeinnütziger Träger sind nicht gemeinschaftswidrig. Allerdings ist der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit extrem auslegungsfähig und -bedürftig und eine eindeutige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs besteht insoweit (einstweilen) nicht. Gerade die Sozialen Dienste unterliegen - wie oben dargestellt - im Hinblick auf ihren wirtschaftlichen Charakter einer ausgeprägten Dynamik: Herkömmlicherweise nicht-wirtschaftliches Handeln kann durch gesellschaftlichen Wandel zu wirtschaftlichem Handeln werden. Das Verhältnis von Sozialen Diensten in Deutschland und Europäischem Wettbewerbsrecht befindet sich in einer prekären Schwebelage. Die Freie Wohlfahrtspflege in Deutschland jedenfalls befürchtet eine expansive Anwendung des Gemeinschaftsrechts und damit **eine Verschlechterung der Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit.**

4) Auch von der 1995 gegründeten *World Trade Organization* (WTO) könnten sich Auswirkungen auf die Organisation Sozialer Dienste in Deutschland ergeben. In der WTO wurde erstmals ein Rahmenabkommen über den internationalen Handel mit **Dienstleistungen** abgeschlossen, das „General Agreement on Trade in Services" (GATS), das auf die Herstellung eines internationalen liberalisierten Dienstleistungsmarktes abzielt und grundsätzlich alle Arten von Dienstleistungen einschließt. Zwar sieht das GATS - ganz ähnlich wie der Europäische Gemeinschaftsvertrag - Ausnahmeregelungen sowohl für hoheitliche wie für nicht-kommerzielle, soziale Dienstleistungen vor. Genau wie im Europäischen Gemeinschaftsrecht - so ist zu vermuten - wird sich aber auch hier die Problematik der Abgrenzung von „wirtschaftlichem" und „nicht-wirtschaftlichem" Handeln stellen, da ein Teil der sozialen Dienstleistungen ja sowohl von kommerziellen wie von gemeinnützigen Trägern erbracht wird. Jedenfalls ist aus dem Zusammenspiel von EU und WTO, deren beider Politik explizit auf eine Marktliberalisierung abzielt, eine Deregulierungsdynamik zu erwarten, die auch auf die Organisation der Sozialen Dienste nicht ohne Einfluss bleiben wird.

Alternativen für die Zukunft

Die herkömmliche Organisation der Sozialen Dienste in Deutschland gerät also gegenwärtig aus zwei Richtungen unter Druck: Einmal durch innerstaatlichen sozialen Wandel, zum andern durch über- und internationale Wirtschaftspolitik. In dieser Situation gibt es grundsätzlich drei sozialpolitische Alternativen:

- Verteidigung des Status quo: Die freien Träger der Wohlfahrtspflege könnten versuchen, innerstaatlichen Wandel durch binnenorganisatorische Modernisierung und über- bzw. internationalen Druck durch entsprechende politische Aktivitäten abzupuffern, um so ihre herkömmliche Position zu stabilisieren. Die Erfolgsaussichten einer solchen Strategie sind zumindest längerfristig bestenfalls bescheiden. Ihr gesellschaftliches Innovationspotential ist gering.

- Das Marktmodell: Die herkömmlichen Formen der Daseinsvorsorge könnten gänzlich zugunsten einer rein marktförmigen Organisation der Sozialen Dienste aufgegeben werden. Die sozialen Folgeprobleme einer solchen Strategie für sozial schwächere Bevölkerungsgruppen wie für den gesellschaftlichen Zusammenhalt insgesamt sind absehbar.

- Veränderung im Wohlfahrts-Mix: Die Organisation Sozialer Dienste könnte zugunsten neuer Formen des Wohlfahrts-Mix reformiert werden, in denen die Grenzen von Staat, Markt und Drittem Sektor neu vermessen werden. Entsprechende Entwicklungen sind naturwüchsig bereits in vollem Gange. Ihre bewusste Planung und Gestaltung wird ein hohes Maß an gesellschaftlicher Innovationsbereitschaft, politischer Gestaltungskraft und die Bereitschaft aller beteiligten Akteure voraussetzen, auf gesellschaftlichen Wandel flexibel zu reagieren.

Der Autor

Professor Dr. Christoph Sachße, geboren 1944, Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Berlin, Tübingen, Frankfurt und Saarbrücken; 1971 Promotion zum Dr. jur. an der Universität Frankfurt/M.; 1975/76 Professor für Jugend- und Sozialrecht am Fachbereich Sozialpädagogik der Fachhochschule Frankfurt/M.; seit 1976 Professor für Geschichte und Theorie der sozialen Arbeit am Fachbereich Sozialwesen der Universität-Gesamthochschule Kassel.

Kirsten Mensch

Wohlfahrtsmix und Steuerungsmix bei den Sozialen Diensten

Diskussionsbericht zur Expertenrunde der Schader-Stiftung, Juni 2002

Die Sozialen Dienste nehmen in der Debatte um die Daseinsvorsorge eine Sonderstellung ein. Die Ausgangslage ist komplexer als z. B. im Bereich der Versorgung mit Wohnraum oder mit Wasser, da es im Sozialbereich nicht bloß um die Privatisierung öffentlicher Unternehmen geht. Prägend für die derzeitige Struktur der Sozialen Dienste ist die unterschiedliche und zunehmend miteinander konkurrierende Trägerschaft für solche Leistungen, nämlich durch die Freie Wohlfahrtspflege, gewerbliche Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen.

Die derzeitige Struktur der Sozialen Dienste

Dass der in letzter Zeit entstandene **Wohlfahrtsmix** aus privaten Trägern, Trägern der Freien Wohlfahrtspflege und der Kommune grundsätzlich zu begrüßen sei, ist einhellige Meinung in der Runde. Der Einbruch des Privaten in die früher oftmals nur von Kommune und Freier Wohlfahrtspflege besetzten Felder bringe neue Ideen und auch Geld in den Sozialbereich. Besser wäre es noch, so die Meinung eines Vertreters privater Träger, wenn sich die Proportionen im Wohlfahrtsmix mehr zugunsten der privaten Träger verschöben. Zur Zeit trage die öffentliche Regulierung noch zur Verhinderung privater Trägerschaft bei. So bekämen unabhängig vom gebotenen qualitativen Standard private Unternehmen nur dann den Zuschlag, wenn sie günstiger seien als die Freie Wohlfahrtspflege. Und in einigen Bundesländern hätten private Anbieter keinerlei Chance.

Der Wohlfahrtsmix bestehe allerdings nur da, wo es eine **auskömmliche Finanzierung** gebe. Nur dort könne es zu Wettbewerb kommen. Kein Wettbewerb liege daher vor in Sozialen Diensten wie Beratungsleistungen, der ambulanten Jugendhilfe, Kindertages-

stätten, telefonischer Seelsorge und ähnlichen, die nicht ausreichend finanziert und daher nach wie vor von nicht-gewerblich orientierten Trägern angeboten würden.

Wo hingegen die rechtlichen **Rahmenbedingungen** eine ausreichende Finanzierung sicherten, wie zum Beispiel bei der Pflegeversicherung, sei die Entwicklung der Ökonomisierung weit fortgeschritten. So habe sich in letzter Zeit die Zahl privater ambulanter Pflegedienste in Hessen stark erhöht.

Dass private Träger Kindertagesstätten führten, so eine Meinung in der Runde, werde von den Städten verhindert. Zur Zeit übernehme die Kommune 95 Prozent der Kosten, fünf Prozent verblieben bei dem Träger. Die Träger der Freien Wohlfahrtspflege übernähmen diese Kosten „gerne", da sie so Probleme mit dem Finanzamt umgingen. Sicherte hingegen die Stadt eine Kostendeckung von 100 Prozent zu, wäre eine Privatisierung auch von Kindertagesstätten denkbar. Zu fragen sei auch, warum Kommunen manche Aufgaben an sich zögen (z. B. Beratungsstellen, die interessierte Bürger über die Angebotspalette Sozialer Dienste informierten) und diese nicht an private Anbieter vergäben.

Unstrittig ist in der Runde, dass die Rahmenbedingungen ausschlaggebend seien dafür, inwieweit Wettbewerb und Privatisierung vorlägen. Hätten wir analog zur Pflegeversicherung eine „Kita-Versicherung", gäbe es in der Kinderbetreuung den gleichen Wohlfahrtsmix.

Was soll sich ändern?

Der Trend zu Ökonomisierung und Privatisierung in den Sozialen Diensten ist unverkennbar. Trotzdem müsse immer noch hinterfragt werden, so ein Experte, warum wir Ökonomisierung und Privatisierung bräuchten: „Liegen Qualitätsmängel vor? Oder entspringt der Wunsch nach Privatisierung einem allgemeinen Modernisierungsinteresse?" Eine Antwort aus der Runde verweist auf den Zwang zu effizientem Handeln, um gesellschaftlich **knappe Ressourcen** zu sparen. Das müsse nicht im Gegensatz zu normativen Ansprüchen stehen.

Um alle Potentiale im Bereich sozialer Dienstleistungen auszuschöpfen, kämen mehrere Wege in Betracht: Erstens könnten die vorhandenen Mittel effizienter eingesetzt werden, indem man die zu vergebenen Aufgaben ausschreibe. Darüber hinaus sei zu klären, welches Spektrum von Angeboten marktfähig sein sollte, für das man in Folge entsprechende Rahmenbedingungen schaffen müsste. Und drittens sollte die große Band-

breite der Konsumentensouveränität beachtet und genutzt werden. Der „Verweis auf Demenzkranke" dürfe nicht zu Paternalismus in allen Fällen führen.

Einig ist sich die Runde darin, dass nicht ein reiner Kostenwettbewerb, sondern ein **fachlich-qualitativer Wettbewerb** wünschenswert sei.

Keine Einigkeit herrscht in der generellen Beurteilung der **Sozialpolitik** in Deutschland. Während ein Experte erklärt, dass der deutsche Sozialstaat nicht mehr ausufere, sondern ein Rückgang der Quote für Sozialausgaben erkennbar sei, halten andere die Sozialstaatsquote für zu hoch. Insbesondere im Vergleich zu der in den letzten Jahren gesunkenen Wirtschaftskraft Deutschlands seien die Ausgaben für Sozialleistungen nicht akzeptabel. Problematisch sei besonders, dass die Kosten der deutschen Sozialpolitik im europäischen Vergleich an der Spitzen lägen, die Abgaben jedoch nur mittleres Niveau erreichten. In diesem Zusammenhang möge man bedenken, dass nicht nur Sozialleistungen zu finanzieren seien, sondern auch eine angemessene Daseinsvorsorge in anderen Bereichen beibehalten werden solle. Zwischen sozialpolitischer Daseinsvorsorge und Daseinsvorsorge in anderen Bereichen müsse sorgsam abgewogen werden.

Ein Kritikpunkt am deutschen Sozialstaat und insbesondere am Bereich der Sozialen Dienste wird immer wieder laut: die vorherrschende **Intransparenz**. Es lägen starke Unübersichtlichkeiten vor aufgrund langer Wege, der dezentralen Organisation, der Schichtung nach verschiedenen Kriterien, der deutschen Bundesstaatlichkeit und des herrschenden Paradigmas des delegierenden Staates. Wegen der Intransparenz sei Nutzerautonomie kaum möglich. Anspruchsberechtigte hätten oftmals mit fünf bis sechs verschiedenen Verwaltungen zu tun. Allenfalls wüssten einzelne Untergruppen über Rechte und Leistungsangebote ausreichend Bescheid, aber nicht alle potentiellen Nutzer. Ob man dieser Situation durch ein Beratungszentrum abhelfen könne, oder ob dies nur der Errichtung einer weiteren staatlichen Stelle gleichkäme, ohne dass sich am ausufernden System etwas ändere, wird kritisch hinterfragt.

Die Komplexität des deutschen Sozialstaats könne man aber auch positiv sehen. Durch sie entstehe eine hohe Pluralität, die Auswahlmöglichkeiten zulasse. In der Tat sei das System - so ein weiterer Experte - sehr elastisch, allerdings zum Preis nur erschwert möglicher Reformierbarkeit. So machten die großen Akteure aufgrund ihrer eigenen Interessen eine Vereinfachung der Regelungen im Sinne der Nutzer oftmals unmöglich.

Die Frage der Steuerung

Steuerung sei - so eine Meinung - zum einen nötig, um aus sozialen Gesichtspunkten **Marktregulierungen** zu ermöglichen, und zum anderen, um **Bedarfsdeckung** sicherzustellen. Die Gegenmeinung setzt eher auf Selbstregulierungskräfte des Marktes. In Kindergärten zum Beispiel brauche man keine externe Steuerung, sondern könne die Steuerung Eltern und Kinder überlassen. Man könnte, wie es auch in anderen Bereichen der Sozialen Dienste möglich sei, über ein Gutschein-System den Weg von der Investitionsförderung hin zur Subjektförderung einschlagen.

Gerade bei diesem Beispiel werden aber Gegenstimmen laut. Ohne **Regulativ** in der Subjektfinanzierung wäre es möglich, dass *MacDonalds* Kindergärten eröffnete, einmal pro Tag kostenlos Pommes frites anböte und letztlich auch die Kindererziehung in den Händen hielte. Auch aus der derzeit praktizierten Vergabe von Kindergartenplätzen, die eben nicht zentralisiert sei, ließen sich die Nachteile der fehlenden Marktregulierung ablesen: So könne man am Beispiel eines Stadtteils mit zwei kirchlich getragenen Kindergärten ohne ausländische Kinder und einem städtischen Kindergarten mit einem 60-prozentigen Anteil ausländischer Kinder deutlich einen Steuerungsbedarf erkennen.

Zudem sei Steuerung schon alleine daher nötig, weil man Plätze für den zukünftigen **Bedarf** planen müsse. Die Realisierung von Plätzen etwa im Altenpflegebereich dauere fünf bis sechs Jahre. Leider würden die Steuerungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand durch den wachsenden Wettbewerb in Verbindung mit rechtlichen Rahmenbedingungen wie dem Pflegegesetz ausgehöhlt. Im Pflegebereich komme es aufgrund der gesicherten Finanzierung durch die Pflegeversicherung zu einer Überkapazität an Pflegeplätzen.

Ein Vertreter der privaten Unternehmen greift dieses Argument mit anderem Akzent auf: Er berichtet, dass die privaten Unternehmen unabhängig von den bestehenden, niedriger angesetzten Altenpflegeplänen Pflegeheime errichteten. Die entstehenden Plätze würden dann immer auch nachgefragt. Daraus ließe sich schließen, dass die öffentliche Planung nicht mit dem tatsächlichen Bedarf übereinstimme. Doch - so die sich sofort äußernde Gegenmeinung - genau hier liege das Problem. Wie auch im Krankenhaussektor werde jedes Bett belegt. Das liege daran, dass statt fehlender sinnvoller Einrichtungen der Altenpflege, zum Beispiel ambulanter Betreuungsmöglichkeiten, renditeträchtige Heimplätze realisiert würden. Hier müsse eine Steuerung einsetzen, die eine derartige volkswirtschaftliche Verschwendung verhindere.

Auch andere Beispiele zeugten davon, dass, sobald ein finanziertes Angebot bestehe, die Nachfrage quasi automatisch eintrete. So würden die in Hessen angebotenen Mittel für Kinder mit Legasthenie als kostenlose Hausaufgabenhilfe missbraucht. Zu fragen sei, ob wir nicht eine Bedarfsdeckelung bräuchten, die den immer wieder durch öffentliche Diskussionen oder veränderte Gesetzgebung neu erzeugten Bedarf im Zaum halten könne. Allerdings - so ein Einwand - habe es auch schon vor der Ökonomisierung im Bereich der Sozialen Dienste Bedarfssteigerungen gegeben. Kritisch nachgefragt wird, wer denn die Kompetenz zur Bedarfsfeststellung habe: Das könnten doch nur die Nachfrager sein. Von anderer Seite wird darauf verwiesen, dass man „Bedarf" auf zwei verschiedene Weisen verstehen könne. Zum einen als Bedarf von Individuen, zum anderen als Bedarfe, die mit öffentlichen Geldern ausgestattet würden.

Wer soll die Steuerung übernehmen?

Dass die **Kommune** steuern solle, private und freie Träger die Leistungen ausführen sollten, wird von einem Teil der Experten befürwortet. Auch Servicestellen, die über das vorhandene Angebot Sozialer Dienste berieten, sollten in kommunaler Hand sein, um trägerspezifische Beratungstendenzen zu verhindern. Allerdings sei die städtische Verwaltung bislang mit zu wenig Mitarbeitern ausgestattet, die über eine entsprechende Ausbildung verfügten, um effektiv steuern und kontrollieren zu können.

Ein anderer Vorschlag zur Steuerung zielt auf die **Bündelung vor Ort**, gekoppelt mit **Partizipation**. Bedarfsfeststellung und Steuerung könnten durch lokale Gremien erfolgen, die der Kooperation und Abstimmung zwischen allen dienten, die im entsprechenden Bereich tätig seien bzw. ihn nutzten. Um einer selektiven Partizipation vorzukommen, sei durch aufsuchende Strategien für alle Betroffenen eine Zugangsmöglichkeit zu schaffen. Dies wäre Aufgabe der kommunalen Steuerung. Ein weiterer Vorteil der Stärkung der Partizipation bzw. des *Empowerments* der Bürger könne darin liegen, dass der „Druck von unten" die Unbeweglichkeit der großen Organisationen und Bürokratien wie z.B. der Rentenversicherung abbaue. Eine systematische Vertretung der Bürger respektive Patienten könnte eine Kooperation der großen Organisationen im Sinne der Nutzer erzwingen.

Als weiteres Steuerungselement wird **Benchmarking** genannt. Benchmarkingprozesse zwischen Kommunen existierten schon, man führe sie aber nur hinter verschlossenen Türen durch. Der Grund hierfür sei die Angst, dass die in solchen Vergleichen gut abschneidenden Verwaltungsbereiche den Vorwurf bekämen, zu viel Geld aus-

zugeben, und in Folge mit Mittelkürzungen zu rechnen hätten. Zudem sei eine Veröffentlichung solcher Vergleiche für den Sozialstaat desaströs, da starke Unterschiede zwischen den Kommunen bestünden, die sich nicht durch entsprechend unterschiedliche Ausgangslagen der Gemeinden erklären ließen.

Es dürfe sich bei Benchmarkingprozessen nicht nur um Kostenvergleiche, sondern es müsse sich in erster Linie um Leistungsvergleiche handeln. Um Leistungsvergleiche zwischen einzelnen Institutionen zu ermöglichen, sollte die Bewilligung von Mitteln an die Pflicht zur Dokumentation gebunden sein. Dagegen spreche jedoch - so ein weiterer Experte -, dass Dokumentationspflichten zu Lasten der eigentlichen sozialen Dienstleistungsaufgaben gehen könnten, wie man z. B. im Pflegebereich sehe. Diesem Einwand wird entgegnet, dass es in anderen Bereichen erhebliche Dokumentationsmängel gebe, wie etwa bei der Besetzung von Kindergartenplätzen. Hier wäre die Einführung einer Dokumentationspflicht durchaus angebracht.

Auf einen im europäischen Kontext entstehenden Benchmarkingprozess verweist einer der Experten. Auf Beamten-Ebene der EU werde die „offene Methode der Koordinierung" nun auch (nach der Bearbeitung von Arbeitsmarktfragen) für den Sozialschutz durchgeführt. Leider geschehe dies unter Ausschluss der (Fach-) Öffentlichkeit und an den Parlamenten vorbei.

Einen eher skeptischen Blick auf die Steuerungsfrage wirft ein weiterer Experte. In einem so komplexen System wie dem der Sozialleistungen in Deutschland sei Steuerung nicht möglich. Besser sei es, das System zu stören und so zu versuchen, Veränderungen anzustoßen. Die derzeitige ökonomische Debatte sei zwar in gewisser Weise störend, habe aber nur geringe visionäre Kraft, da ihr zufolge vorhandene Strukturen nur effizienter gemacht werden sollten. Beeindruckender hingegen sei die Politisierung, die im Bildungsbereich durch die Debatte über die PISA-Studie erfolge. Eine solche Politisierung könne stärker und nachhaltiger auf Veränderungen hin wirken.

Auswirkungen des EU-Rechts

Die von vielen geäußerte Furcht vor der „Umwälzung des Sozialbereichs" durch das EU-Recht halten die anwesenden Experten für unbegründet. Da der Wirtschaftsbereich der Sozialen Dienste zu geringfügig sei und ihre Leistungen selten grenzüberschreitend angeboten würden, griffen die EU-Regeln hier nicht. Nur wenn es um die Vergabe staatlicher Beihilfen gehe, müsse nach EU-Recht ausgeschrieben werden - und in diesem

Falle dürften ausländische Anbieter nicht benachteiligt werden. Eine Bewerbung ausländischer Anbieter im sozialen Dienstleistungsbereich komme indes eher selten vor. Zudem seien Wettbewerbsbeschränkungen zulässig, wenn durch sie ein wichtiges öffentliches Interesse gewahrt werden könne.

Auch die oftmals in der Freien Wohlfahrtspflege stattfindenden Quersubventionierungen seien nur dann zu beanstanden, wenn eine EU-wettbewerbsrelevante Frage auftauche, also der freie Träger z. B. bei einer Ausschreibung in Konkurrenz trete zu anderen Bewerbern und dabei versuche, ein durch Quersubventionierung ermöglichtes günstigeres Angebot zu unterbreiten.

Bislang – so das Fazit des Experten – gebe es keine relevanten Behinderungen der Sozialen Dienste durch das Wettbewerbsrecht der EU. Relevanter hingegen seien die Möglichkeiten der europaweiten **Expansion**, die sich für einzelne Untergruppen in der Freien Wohlfahrtspflege eröffneten. Auch wenn es in den Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege kein dezidiertes Leitbild in Richtung internationale Aktivitäten gebe, engagierten sich einzelne Mitglieder bzw. Untergruppen sicherlich im Ausland.

Folgen der Ökonomisierung für die Freie Wohlfahrtspflege

Die Freie Wohlfahrtspflege habe – wie die Experten feststellen – in den letzten Jahren beinahe alle ihre Privilegien verloren, die sie im sozialen Dienstleistungsbereich genossen habe. Übrig geblieben seien nur noch Steuervorteile aufgrund der Gemeinnützigkeit.

Auf die neue Wettbewerbssituation hätten die Freien Wohlfahrtsverbände mit **Umstrukturierungen** geantwortet. In dem Bereich, in dem die Ökonomisierung am weitesten fortgeschritten sei, der ambulanten Pflege, habe z. B. die Caritas mit Fusionen reagiert. Folge dieser stärker zentralisierten Organisation sei jedoch, dass gemeinwesenorientierte Ansätze verloren gingen. Ebenso sei die Konzentration auf hauptamtliche und professionelle Kräfte eine Folge der Ökonomisierung. Die Bedeutung ehrenamtlichen Engagements nehme ab.

Da sich die Ökonomisierung nur in bestimmten Bereichen der Sozialen Dienste abzeichne, die freien Träger aber ein größeres Spektrum abdeckten, komme es zu einer **Spaltung** der Organisationskultur und der Wertorientierungen innerhalb der Wohlfahrtsverbände. Unterschiedliche Finanzierungsmodi und Handlungslogiken lägen vor: Während die nicht kostendeckend finanzierten Aufgaben wie Beratungen oder Kinder-

tagesstätten nach wie vor gemeindenah und dezentral geführt werden sollten, laute die Anforderung an die schon ökonomisierten Zweige wie die Pflege, zentral organisiert bei möglichst effizientem Personaleinsatz zu agieren.

Letztlich werde dieser Prozess zu einer Ausgliederung der wirtschaftlichen Tätigkeiten aus den Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege führen, auch wenn die Wohlfahrtsverbände eine Aufteilung in einen karitativen und einen wettbewerblichen Bereich gerade nicht wünschten. Es wird befürchtet, dass der „karitative Rest" nicht lebensfähig sei. Zum anderen ginge die „ideelle Quersubventionierung" verloren, die die Freien Wohlfahrtsverbände, insbesondere die kirchlichen, präge.

Trotz anderer Wunschvorstellungen sind sich die Vertreter der Freien Wohlfahrtspflege sicher, dass die Aufspaltung ihrer Verbände kommen werde. Bedauernswert sei in diesem Zusammenhang, dass innerhalb der Verbände nicht konstruktiv damit umgegangen, sondern das Unvermeidliche nur unter heftigen Abwehrkämpfen zugelassen werde. Daher entspreche man auch nicht der oft gewünschten Offenlegung der Finanzierungsmuster und Prägungen der einzelnen Aktivitäten der Freien Wohlfahrtspflege. Dies triebe die bestehende Tendenz zur organisatorischen Aufspaltung nur weiter voran.

Folgen der Ökonomisierung für private Anbieter Sozialer Dienste

Die privaten Anbieter beklagen zwar eine noch in Teilen bestehende Benachteiligung im Vergleich zu freien Träger der Wohlfahrtspflege, sind aber optimistisch hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung. Nach dem Motto „Der Markt wird es schon regeln" könne man auf den zunehmenden Wettbewerb und wachsenden Kostendruck setzen. Die Märkte könnten trotz der protektionistischen Abwehrversuche der Freien Wohlfahrtspflege nicht mehr abgeschottet werden. Man sollte den Zugang für alle Anbieter eröffnen. Anbieter, die mangelhafte Qualität lieferten, könnten sich sowieso nicht dauerhaft etablieren. Eine Regulierung sei nicht notwendig.

Folgen der Ökonomisierung für die Nutzer

Aus der Perspektive der Nutzer sei die Ökonomisierung zu begrüßen. Die Angebote der Sozialen Dienste würden aufgrund des Wettbewerbs flexibler und vielfältiger. Allerdings bestehe die Gefahr, dass insbesondere im Altenpflegebereich zu wenig moderne Konzepte der Altenhilfe, wie betreute Wohngruppen, die zugleich medizinische Versor-

gung gewährleisteten, realisiert würden. Hier sei eine Steuerung auf kommunaler Ebene unter Einbeziehung der ansässigen (potentiellen) Nutzer wünschenswert.

Grundsätzlich notwendig sei ein stärkere Ein- und Rückbindung der Sozialen Dienste an die **Bürgergesellschaft**. Das Zukunftsmodell Sozialer Dienste liege in der verstärkten Kopplung an den Stadtteil. So sollte man z. B. in Altenheimen nur noch den Rahmen anbieten und auf eine Verknüpfung mit Angeboten im Stadtteil setzen. Dadurch ließen sich solidaritätsstiftende Arrangements gründen.

Zudem werde die **Selbstinitiative** der (zukünftigen) Nutzer Sozialer Dienste wichtiger. Der oben angesprochen Wohlfahrtsmix sollte ergänzt werden um einen vierten Bereich, nämlich den informellen, bestehend aus Angehörigen, Selbsthilfeorganisationen, Gruppen bürgerschaftlichen Engagements etc.

Fazit

Der schon bestehende **Wohlfahrtsmix**, der neben den traditionellen Anbietern Sozialer Dienste - den Kommunen und der Freien Wohlfahrtspflege - nun auch privat-gewerbliche Träger einbezieht, wird sich in Zukunft noch mehr diversifizieren und verstärkt kleinere Selbsthilfeorganisationen, engagierte Mitbürger und ähnlichen Gruppierungen aufweisen. Zudem kann man davon ausgehen, dass sich die Gewichte innerhalb der Mischung immer wieder verschieben werden. Hier werden Prozesse der Marktregulierung ihren Einfluss beweisen. Alle Akteure müssen sich an die teilweise neuen Rahmenbedingungen im Bereich Sozialer Dienstleistungen anpassen und versuchen, durch ihr spezifisches Vermögen und Angebot ihr bisheriges Gewicht zu vergrößern oder zumindest zu erhalten. Für die (potentiellen) Nutzer besteht die Aufgabe darin, einen stärkeren Einfluss sowohl auf die durch die öffentliche Hand vorgegebenen Rahmenbedingungen als auch auf die bereitstehende Angebotspalette zu gewinnen. Ein Satz, der in der Expertenrunde gefallen ist, spricht, mit Blick auf die bestehenden Verhältnisse in der Altenpflege, genau diesen Wunsch aus: „So will ich nicht alt werden![1)]"

Um einen Wohlfahrtsmix zu erzeugen, der den Bedürfnissen aller Beteiligten und Betroffenen gerecht wird, sollte man aber nicht nur auf Prozesse der Marktregulierung setzen, sondern analog zum Wohlfahrtsmix einen **Steuerungsmix** anstreben. Neben dem Land und insbesondere der Kommune sollten hier partizipativ orientierte Vor-Ort-Gremien, bürgerschaftliche Initiativen sowie die schon angesprochenen Marktprozesse eine Rolle spielen.

Schwierig ist, dass diese idealisierte Wunschvorstellung des Steuerungsmixes im Gegensatz steht zu den Prozessen, die die Ökonomisierung der Sozialen Dienste mit sich bringt. Die gewünschte Steuerung vor Ort, möglichst kleinteilig, etwa auf Stadtteilebene, steht im Widerspruch zur Tendenz zu Fusionen und Zentralisierungen, die die großen Träger der Wohlfahrtspflege im Rahmen ihrer Strukturanpassung verfolgen. Auch sind die von privaten Trägern verfolgten renditeorientierten Projekte eben gerade nicht die dezentral und partizipativ ausgerichteten Ansätze.

Auch wenn die Ökonomisierung zu einem vielfältigeren Angebot führt, ist für die heutigen oder späteren Nutzer Sozialer Dienste nicht gesichert, dass dieses Angebot auch ihren Präferenzen entspricht. Die Ausfüllung des vierten, informellen Bereichs im Wohlfahrts- und Steuerungsmix und damit die Einflussnahme auf die anderen Akteure erscheint daher entscheidend. Wer sagt: „So möchte ich nicht alt werden", sollte die Chance haben, durch Engagement einzuwirken auf die Art der angebotenen Altenpflege.

Die Autorin

Dr. Kirsten Mensch, geboren 1967, Studium der Sozialwissenschaften mit Schwerpunkt Politikwissenschaft sowie der Philosophie und Rechtswissenschaft; 1993 Studienaufenthalt in Groningen, Niederlande, 1994 bis 1998 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Politikwissenschaft der TU Darmstadt, 1999 Promotion, seit Januar 2000 wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt.

Uwe Köhler

Die Liberalisierung des Marktes im ÖPNV

Der wesentliche Grund für die Einführung des Wettbewerbs im Bereich des ÖPNV ist das Bestreben der Europäischen Union, die Dienstleistungsmärkte zu liberalisieren, womit das Ziel verbunden wird, durch Ausnutzung wettbewerbsbedingter Innovationen und Effizienzsteigerungen die Wirtschaftlichkeit und die Attraktivität des ÖPNV zu erhöhen.

Grundlage dieser Entwicklung sind

- die EU-Verordnung 1191/69 in der Fassung 1893/91, die eine wirtschaftliche Eigenständigkeit der Verkehrsunternehmen und die Beseitigung wettbewerbsverzerrender Bedingungen fordert, wobei eine ausreichende Verkehrsbedienung zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen über Verkehrsverträge sicher zu stellen ist, und
- die EU-Richtlinie 91/440, die im Wesentlichen den Schienenverkehr betrifft und eine Trennung zwischen Netz und Betrieb sowie einen diskriminierungsfreien Netzzugang für alle bestimmten Bedingungen genügenden Verkehrsunternehmen fordert.

Die entscheidende Frage im Zusammenhang mit der Entwicklung hin zu einer Liberalisierung des ÖPNV-Marktes stellt sich wie folgt: Kann Wettbewerb tatsächlich zu einem besseren und gleichzeitig wirtschaftlicheren ÖPNV führen?

Dies soll unter

- der derzeitigen juristischen Sichtweise
- aus Sicht der Verkehrsunternehmen
- aus Sicht der Aufgabenträger
- aus Sicht der Fahrgäste (Kunden) und
- aus Sicht der im ÖPNV Beschäftigten

diskutiert werden.

Die derzeitige juristische Sichtweise

Die gesetzlichen Regelungen bilden die Grundlage allen Handelns. Aber auch sie sind zeitlichen Veränderungen unterworfen und müssen interpretiert werden.

- So liegt seit Februar 2002 ein Entwurf der EU-Kommission zur Neufassung der EU-Verordnung 1191/69 (Marktöffnungsverordnung - Verkehr) vor, dessen wesentliche Inhalte sind:
- Die Verpflichtung zur Ausschreibung von Verkehrsleistungen (z.B. auch bei Eigenbetrieben und auch von integrierten Verkehren), womit letztlich die Unterscheidung von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren entfallen könnte.
- Von einer Ausschreibung ausgenommen werden können Metro- (U-Bahn-) Verkehre, Stadtbahnverkehre sowie Verkehre in kleineren Netzen mit jährlichen Betriebskosten bis zu drei Mio. Euro.

Außerdem enthält der Entwurf die Regelung, dass Anbieter von einer Auftragsvergabe ausgeschlossen werden können, wenn sie dadurch mehr als 25 Prozent Marktanteil erhalten oder schon haben.

Hieraus leitet sich u.a. folgende Frage ab: Widerspricht dieser Entwurf nicht dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, d.h. darf eine Gemeinde nicht selbst entscheiden, ob sie ein eigenes Unternehmen mit Dienstleistungsaufgaben nach ihren eigenen Vorstellungen beauftragt? (Der Münchner OB Christian Ude hat sich bei der Jahresveranstaltung des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) 2002 in Frankfurt vehement dagegen verwahrt, die ÖPNV-Leistungen in München ausschreiben zu lassen.)

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs als Folge des Magdeburger Urteils zur Subventionierung von Verkehrsleistungen wurde entgegen den Erwartungen bisher noch nicht verkündet. Sollte - was viele Beteiligte glauben - das Urteil bestätigen, dass staatliche Leistungen (auch Quersubventionierungen bei kommunalen Unternehmen) im eigenwirtschaftlichen Bereich nach § 8 Abs. 4, S. 1 PBefG unzulässig sind, muss die derzeitige Finanzierungspraxis des ÖPNV geändert werden (obwohl gerade die Quersubventionierung in den letzten Jahren an Bedeutung verloren hat).

Eine interessante Wende hat das Thema „Ausschreibungsverpflichtung" durch die Änderung der Vergabeverordnung (Zustimmung des Bundesrates am 18.10.2002) erhalten. Bei Leistungen im Eisenbahnpersonennahverkehr besteht demnach die Möglichkeit, während einer Übergangszeit (maximal zwölf Jahre) in einem gewissen Rahmen vom

Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung abzuweichen und diese Leistungen freihändig zu vergeben.

Daran schließen sich u.a. folgende Fragen an:

1. Wie kann in Zukunft der ÖPNV finanziert werden, wenn der EuGH wie oben vermutet entscheidet?
2. Ist die Änderung der Vergabeordnung eine „Lex Mehdorn" (vgl. Sachsen-Anhalt) und widerspricht diese Änderung nicht dem europäischen Recht?

Die Sicht der Verkehrsunternehmen

Von Verkehrsunternehmen eingeschaltete Beratungsunternehmen, aber auch viele Unternehmen selbst, sehen im Wesentlichen folgende Möglichkeiten zur Effizienzsteigerung und damit zu einer Verbesserung ihrer Wettbewerbssituation (nach McKinsey):

- Leistungssteigerungen im Unternehmen selbst durch
  - bessere Anpassung von Angebot und Nachfrage
  - Liniennetz- und Umlaufoptimierung
  - Standardisierung von Fahrzeugen
  - Reduzierung im Unternehmen selbst durch
  - der Personalkosten

- Kooperationen durch
  - Zusammenschluss mehrerer Verkehrsunternehmen in unterschiedlichen Regionen (Beispiel: Kölner und Bonner Verkehrsbetriebe)
  - enge Zusammenarbeit verschiedener Verkehrsunternehmen bei weiterer Selbständigkeit (Unternehmensverbund)
  - Bildung von Tochterunternehmen zwischen Unternehmen mit verschiedenen Verkehrssystemen (Beispiel: Tochterunternehmen *Intalliance* von ÜSTRA und DB AG)

- Privatisierung kommunaler Verkehrsunternehmen, um damit
  - eine Trennung von Aufgabenträger und Ersteller zu erreichen (dort, wo Städte Anteilseigner eines kommunalen Unternehmens sind; Beispiel: Frankfurt a.M.),
  - günstigere Kostenstrukturen insbesondere bei den Personalkosten zu erzielen,
  - das Gemeinderecht „auszuhebeln", das kommunalen Unternehmen wirtschaftliche Aktivitäten außerhalb der Kommune nicht gestattet.

- Spezialisierung durch
  - Beschränkung der Aktivitäten auf Teilbereiche des bisherigen Verkehrsunternehmens.

Diese Möglichkeiten laufen alle unter dem Schlagwort „Fit machen der (kommunalen) Verkehrsunternehmen für den Wettbewerb", d.h. Effizienzsteigerung bei verbesserter Wirtschaftlichkeit.

Unbestritten dürfte sein, dass bei einem entsprechenden Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Entfall der Möglichkeit einer Quersubventionierung) viele bisher eigenwirtschaftlich arbeitende Unternehmen in die Gemeinwirtschaftlichkeit rutschen, was bedeutet, dass sie dann dem Wettbewerb ausgesetzt sein werden.

In diesem Zusammenhang stellen sich u.a. folgende Fragen:

1. Welche Verkehrsunternehmen werden in Zukunft dem Wettbewerb unterliegen?
2. Wie können Verkehrsunternehmen im Wettbewerb dazu beitragen, einen effizienten und wirtschaftlichen ÖPNV zu gestalten?
3. Wie kann gewährleistet werden, dass auch in einem Wettbewerbsmarkt die Verkehrsunternehmen nicht zu reinen Lohnkutschern werden, sondern ihr Know-how weiterhin in die Gestaltung des ÖPNV einbringen können? (Eine Antwort hierauf könnte sein, dass den Verkehrsunternehmen durch nicht zu detaillierte Vorgaben in den Nahverkehrsplänen und in den Verkehrsverträgen eine ausreichende Gestaltungsmöglichkeit verbleibt.)
4. Ist es sinnvoll, über Kooperationen, Privatisierung oder Spezialisierung von Verkehrsunternehmen eigene Gesellschaften für Fahrzeugpools oder für Personalpools (z.B. Berlin) zu bilden?
5. Ist das Beispiel Frankfurt a.M. - Trennung des bisherigen Verkehrsunternehmens VGF in eine Betriebsgesellschaft (Verkehrsinfrastruktur, Fahrzeuge und Personal) und in eine Aufgabenträgergesellschaft (Lokale Nahverkehrsgesellschaft), die das Planungs- und Ausschreibungsgeschäft übernimmt - sinnvoll? Kann dabei noch die Einheit von Planung, Bau und Betrieb gewährleistet werden?

Die Sicht der Aufgabenträger

Im Rahmen der Umsetzung europäischen Rechts in deutsches Recht wurde die Verantwortung für die Gestaltung des ÖPNV an Aufgabenträger übergeben. Aufgabenträger sind nach den ÖPNV-Gesetzen der Länder i.d.R. die kreisfreien Städte, Kreise und Zusam-

menschlüsse kommunaler Gebietskörperschaften für den öffentlichen Straßenpersonennahverkehr und die Bundesländer für den Schienenpersonennahverkehr, die diese Aufgaben wiederum an entsprechende Gesellschaften weitergeben können (z.B. Landeseisenbahngesellschaften, Verkehrsverbünde).

Aufgabenträger gestalten den ÖPNV im Sinne einer ausreichenden Verkehrsbedienung u.a. durch

- die Aufstellung von Nahverkehrsplänen, in denen die Ziele für die künftige Gestaltung des ÖPNV festgelegt und Linienbündel als Grundlage für Ausschreibungen definiert werden,
- die Ausschreibung (gemeinwirtschaftlicher) Verkehrsleistungen, womit Angebots- und Qualitätsstandards für den ÖPNV vorgegeben werden,
- die Ausgestaltung von Verkehrsverträgen (z.B. Brutto- oder Nettovertrag).

Die Aufgabenträger sind für die Finanzierung des ÖPNV verantwortlich.

Hieraus leiten sich u.a. folgende Fragen ab:

1. Was ist eine „ausreichende Verkehrsbedienung"?
2. Nach welchen Kriterien sind in den Nahverkehrsplänen Linienbündel zu definieren?
3. Wie konkret dürfen Nahverkehrspläne sein?
4. Ist es richtig, dass Aufgabenträger keinem Wettbewerb unterliegen?
5. Spielt in Zukunft bei Ausschreibungen der Unterschied von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren überhaupt noch eine Rolle? (Bisher: Eigenwirtschaftliche Verkehre unterliegen nur einem Genehmigungswettbewerb, müssen also nicht ausgeschrieben werden, sofern der zu genehmigende Verkehr den Vorgaben eines Nahverkehrsplans entspricht. Gemeinwirtschaftliche Verkehre müssen ausgeschrieben werden. Es gewinnt der Anbieter, der die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit" erwarten lässt.)

Die Sicht der Kunden

Die Kunden möchten ein gutes ÖPNV-Angebot, das ihnen die notwendige Mobilität gewährleistet. Sie sind bereit, dafür einen adäquaten Preis zu bezahlen.

Die Kunden möchten den ÖPNV in einem Gebiet als **ein** System begreifen, auch wenn mehrere Verkehrsunternehmen die Betriebsleistungen erbringen. D.h. die Kunden fordern

- ein Tarifsystem
- ein Fahrplansystem
- ein Informationssystem
- ein Verkehrsnetz

bei einer hohen Angebotsqualität in einem Verkehrsbedienungsgebiet.

Daran lassen sich u.a. folgende Fragen anschließen:

1. Was ist aus Kundensicht eine ausreichende Verkehrsbedienung? (Sicherlich keine, die mit der Note „ausreichend" (4,0) bewertet wird)
2. Wie ist aus Kundensicht ein guter ÖPNV definiert (z.B. in Bezug auf Sauberkeit, Freundlichkeit des Personals, Informationsqualität)? Wer ist dafür zuständig?
3. Ist es dem Kunden „egal" oder nicht, mit welchen Verkehrsunternehmen er fährt oder hat der Kunde zu „seinem" Verkehrsunternehmen engere Bindungen?

Die Sicht der Beschäftigten

Unbestritten ist, dass die Personalkosten bei den kommunalen Verkehrsunternehmen im Mittel eher bei 50 Prozent der Gesamtkosten liegen, bei den privaten Verkehrsunternehmen eher bei 30 Prozent.

Hieraus leiten sich u.a. folgende Fragen ab:

1. Verdienen Beschäftigte in den kommunalen Verkehrsunternehmen zu gut?
2. Verdienen Beschäftigte in den privaten Verkehrsunternehmen zu schlecht und besteht z.B. bei Überführung kommunaler Verkehrsunternehmen in private Unternehmen die Gefahr des Lohndumpings?

Der Autor

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Uwe Köhler (59) ist seit 1989 Leiter des Fachgebietes Verkehrssysteme und Verkehrsplanung der Universität Kassel. Nach dem Studium des Bauingenieurwesens an der Universität Karlsruhe und Promotion am dortigen Institut für Verkehrswesen war er bis 1980 beim Hamburger Verkehrsverbund, zuletzt Leiter der Abteilung Planung Oberflächenverkehr. Von 1980 bis 1987 befasste er sich als Leiter der Abteilung Verkehr und von 1988 bis 1998 als Partner der BGS Ingenieursozietät in Frankfurt a.M. mit vielfältigen Fragen der Verkehrsplanung. Seit 1999 ist er Gesellschafter der aus der BGS Ingenieursozietät hervorgegangenen VKT Verkehrsplanung Köhler und Taubmann GmbH. Seine Forschungsschwerpunkte in Kassel liegen auf den Gebieten: Mobilität, Verkehrsnachfragetheorie und Verkehrsmittelwahl, Öffentlicher Personennahverkehr, Verkehrssicherheit, Güterverkehr in Städten.

Claudia Pfeiff

Wandel beim ÖPNV als kommunale Herausforderung

Diskussionsbericht zur Expertenrunde der Schader-Stiftung, Dezember 2002

Der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) stellt zweifellos einen Bereich der Öffentlichen Daseinsvorsorge dar, in dem die Versorgung noch größtenteils von Unternehmen der öffentlichen Hand geleistet wird, sich jedoch eine Liberalisierung des Marktes immer deutlicher abzeichnet. Ein noch erwartetes Urteil des EuGH wird diesen Prozess möglicherweise verstärken und dazu führen, dass ein Großteil der ÖPNV-Leistungen nur noch nach Ausschreibungen vergeben werden darf. Die flächendeckende Einführung von Wettbewerb im ÖPNV wäre die Folge. Dass dieser kontrolliert werden muss, zweifelt mit Blick auf die wichtige gesellschaftliche Funktion dieses Versorgungsbereichs niemand an. Unklar ist jedoch, wie dieser kontrollierte Wettbewerb genau gestaltet werden sollte und ob kommunale Verkehrsunternehmen, denen bislang eine Sonderstellung auf dem Markt zukam, in der Lage sein werden, sich in diesem zu behaupten.

Während Befürworter dieser Entwicklung auf eine effizientere Leistungserbringung durch Wettbewerb hoffen, befürchtet die andere Seite einen Qualitätsverlust in der Versorgung, verbunden mit einem noch nicht absehbaren Regulierungs- und Kontrollaufwand.

Zur Rechtslage

Das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) unterscheidet zwischen „eigenwirtschaftlichen" Versorgungsleistungen, die auf Betreiben der Verkehrsunternehmen von diesen aufgrund behördlicher Genehmigung und ohne öffentliche Beihilfen - also kostendeckend oder gewinnbringend - erbracht werden (PBefG § 8 Abs. 4), und „gemeinwirtschaftlichen" Versorgungsleistungen, die im Auftrag der Kommunen nach Ausschrei-

bung von demjenigen Verkehrsunternehmen erbracht werden, das für seine Leistung die geringsten öffentlichen Beihilfen benötigt (PBefG § 13a Abs.1).

Umstritten ist, ob die in § 8 Abs. 4 PBefG genannten „sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne" (wie z.B. Quersubventionen aus anderen Unternehmenssparten) bei der Einstufung einer Versorgungsleistung als „eigenwirtschaftlich" unbeachtlich sind mit der Folge, dass sie nicht ausschreibungspflichtig sind - wovon das PBefG ausgeht - **oder** ob es sich bei diesen Ausgleichszahlungen tatsächlich um **Beihilfen** i.S.v. 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) mit der Folge handelt, dass auch nach § 8 PBefG Abs. 4 kalkulierte Versorgungsleistungen „gemeinwirtschaftlich" und damit ausschreibungspflichtig sind.

Die Frage liegt derzeit dem EuGH zur Entscheidung vor (Vorlagebeschluss d. BVerwG v. 6. April 2000 - 3 C 7.99 -). Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die „Erträge" i.S.v. § 8 Abs. 4 PBefG als „Beihilfen" im Sinne europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind, ist aufgrund erheblicher Ausweitung der Ausschreibungspflichtigkeit von Verkehrsleistungen eine starke Zunahme des Wettbewerbsdrucks auf die öffentlichen (kommunalen) Verkehrsunternehmen zu erwarten. Manche sehen für diesen Fall deren Überlebensfähigkeit gefährdet, weil sie - etwa aufgrund ihrer Tarifgebundenheit - im Wettbewerb mit (häufig ausländischen) „Billiganbietern" nicht mithalten könnten.

Die aktuelle Diskussion zum ÖPNV

Einig sind sich die Experten in der Feststellung, dass es sich bei der ÖPNV-Versorgung um eine Aufgabe der Öffentlichen Daseinsvorsorge handele und somit zumindest eine Gewährleistungspflicht des Staates bestehe. Bei der Frage, wie die öffentliche Hand dieser Verpflichtung nachkommen solle, waren die Meinungen konträr.

Die Qualität des ÖPNV in Deutschland wird nach übereinstimmender Meinung grundsätzlich hoch eingestuft, auch wenn es vereinzelt noch Verbesserungsbedarf in den Stadt-Umland-Verbindungen gebe. Dabei obliegt die Rahmen-Verantwortung für den ÖPNV den Bundesländern, die Ausführung aber den Kommunen und Landkreisen (s. z.B. Gesetz zur Weiterentwicklung des Öffentlichen Personennahverkehrs in Hessen, § 4).

Noch erbrächten vornehmlich kommunale Verkehrsunternehmen die Leistungen des straßengebundenen ÖPNV. Es habe jedoch, so die Experten, bereits eine Marktöffnung stattgefunden, sodass in den letzten Jahren zunehmend private Verkehrsunternehmen Versorgungsleistungen übernommen hätten.

Wie in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge sprechen sich auch im ÖPNV-Bereich Befürworter der traditionellen Versorgungsstruktur dafür aus, die Privatwirtschaft aus der Daseinsvorsorge „herauszuhalten" und warnen vor den Negativfolgen einer vorrangig auf wirtschaftliche Gesichtspunkte *(Share holder Value)* ausgerichteten Versorgung. Ihnen zufolge sei die flächendeckende Versorgung durch private Anbieter allein nicht gewährleistet, da es jenen ausschließlich auf die Bedienung rentabler Versorgungsbereiche ankomme („Rosinenpickerei"). Wichtig für den ÖPNV als Teil der Öffentlichen Daseinsvorsorge sei demgegenüber die Verlässlichkeit und Kontinuität der Grundversorgung, die man nicht dem Markt überlassen dürfe. Kritiker verweisen dagegen auf eine Steigerung der Effizienz durch Wettbewerb, die letztendlich dem Bürger zugute komme, und fordern „gleiche Spielregeln für alle". Ausgleichszahlungen und Quersubventionierungen öffentlicher Verkehrsunternehmen stellten demzufolge eine Wettbewerbsverfälschung dar und seien ineffizient.

Dass die Subventionspraxis im defizitären ÖPNV unabhängig von einer Überprüfung auf EU-Ebene verbessert werden müsse, ist einhellige Auffassung. Nicht immer werde das Geld dort eingesetzt, wo der allgemeine Nutzen am größten sei. So wird kritisiert, dass im Rahmen des Flächenausbaus Schienenstrecken subventioniert würden, für die es kaum Nachfrage gebe. Hier werde ein Nachteil des Regionalisierungsgesetzes deutlich, nach dem durch eine bereits festgelegte Zuteilung der Finanzmittel keine ausreichenden Anreize für deren effizienten Einsatz bestünden. Es bedürfe daher eines anhand von Fahrgastzahlen erstellten Leistungsschlüssels für jedes Land.

Als unbedingt erforderlich im ÖPNV erweise sich eine klare Aufgabenverteilung zwischen der Leistungs- und Gewährleistungsebene, „da man nicht Spieler und Schiedsrichter zugleich sein kann". Die Forderung nach einer deutlichen Trennung zwischen der politischen Ebene und den Versorgungsunternehmen, von denen viele zurzeit noch als „ausgelagerte Behörde erscheinen", findet bei allen Experten Unterstützung.

Noch nicht absehbar sei, in welchem Maße kommunale Unternehmen in der Lage seien, im Wettbewerb mit privaten Verkehrsunternehmen, insbesondere den Großunternehmen als *Global Players*, zu bestehen. So gebe es bereits jetzt ausländische Großanbieter, die ihren Eintritt in den deutschen ÖPNV-Markt vorbereiteten oder bereits Fuß gefasst hätten.

Viele kommunale Verkehrsunternehmen, darüber herrscht Einigkeit unter den Experten, seien hierfür bislang unzureichend vorbereitet und setzten somit langfristig ihre Existenz aufs Spiel. Daher liege die Annahme nahe, dass sich in 10 bis 15 Jahren die Unternehmensstruktur im öffentlichen Nahverkehr grundlegend verändert haben werde.

Ungeachtet des zunehmenden Drucks, sich auch im ÖPNV durchgängig an betriebswirtschaftlichen Maßstäben zu orientieren, bliebe - so die einhellige Meinung - die Verpflichtung der öffentlichen Hand bestehen, die Grundversorgung zu gewährleisten. Was freilich qualitativ und quantitativ als Grundversorgung anzusehen sei, bedürfe der öffentlichen Diskussion.

Zum Ausschreibungswettbewerb

Die Experten widersprechen der gelegentlich geäußerten Auffassung, die Verpflichtung der Kommunen zur Ausschreibung bei Verkehrsdienstleistungen stelle einen Verstoß gegen das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen nach Artikel 28 GG dar. Weder aus den Gemeindeordnungen noch aus dem Grundgesetz könne ein Schutz kommunaler Unternehmen vor Wettbewerb abgeleitet werden.

In diesem Zusammenhang warnt ein Diskussionsteilnehmer davor, beim Thema ÖPNV in eine ideologische Diskussion zu verfallen: Wie andere Versorgungsbereiche zeigten, könne durch eine Marktöffnung ein deutlich besseres Versorgungsergebnis erzielt werden. So habe es sich für den Bürger durchaus bewährt, bei Krankenhäusern, Banken und Stromlieferanten wahlweise auf Privatanbieter zurückgreifen zu können. Wettbewerb und Ausschreibungen - so wird in der Diskussion deutlich - seien demnach keinesfalls per se negativ zu bewerten, sondern stellten vielmehr einen längst überfälligen Anlass für die Gemeinden dar, auf politischer Ebene konkrete Zielsetzungen für eine angemessene Nahverkehrsleistung festzulegen. Als zentrales Instrument bei Ausschreibungen erweise sich der von den Aufgabenträgern beschlossene Nahverkehrsplan (§ 8 PBefG Abs. 3). Ihm komme als Rahmenplan eine wichtige Rolle insbesondere bei der Gewährleistung eines integrierten ÖPNV-Systems zu. Durch Linienbündelungen im Nahverkehrsplan könne die Taktabstimmung gewährleistet werden. Diese vermieden ferner, dass Privatanbieter sich lediglich für die rentabelsten Verkehrslinien bewerben und somit die sog. „Rosinenpickerei" betreiben könnten.

Durch Regionalisierung ermöglichte verschiedene Ausschreibungsmodelle könnten zu einem notwendigen Lernprozess führen, der wiederum zur Ausfeilung dieses Instru-

ments notwendig sei und einer Diskussion über Änderungen des PBefG und der Vergabeordnung vorausgehen müsse. Nachdem bereits in einigen Regionen Ausschreibungen erfolgt seien und Erfahrungen aus anderen europäischen Staaten vorlägen, zeichne sich ab, dass kommunale und mittelständische Verkehrsunternehmen bei Ausschreibungen - sofern sie sich an diesen überhaupt beteiligten - privaten Großunternehmen unterlegen seien. Für die mittelständischen Unternehmen bliebe häufig nur die Rolle des Sub-Unternehmers. Bei Ausschreibungen in Deutschland sei demnach zu bedenken, dass private Busunternehmen überwiegend Klein- und Mittelbetriebe seien, die nur über begrenzte Kapazitäten verfügten. Linienbündelungen stellten zwar eine sinnvolle Maßnahme dar, dürften jedoch nicht zu weiträumig angelegt werden, da anderenfalls der Erhalt mittelständischer Unternehmen entgegen volkswirtschaftlichem Interesse gefährdet würde.

Erhebliche Kritik wird daran geäußert, dass Ausschreibungen häufig zu viele und detaillierte Leistungskriterien vorgäben und damit kaum noch unternehmerischen Spielraum zuließen. Hierdurch würden Verkehrsunternehmen zu reinen „Lohnkutschern" degradiert, denn im reinen Preiswettbewerb komme es auf neue Ideen zur Leistungsgestaltung nicht mehr an.

Dieser Entwicklung, so die Forderung, müsse durch aktive Lobby-Arbeit der Verbände entgegengetreten werden. Für eine gute und effiziente ÖPNV-Versorgung seien „Anreizausschreibungen" unerlässlich, die unternehmerische Erfolge, wie etwa Fahrgastzuwächse, prämierten. Die Verträge sollten als Nettoverträge abgeschlossen werden, d.h. das damit verbundene Ertragsrisiko läge beim Verkehrsunternehmen und nicht beim Besteller.

Eine schwierige Aufgabe im Ausschreibungswettbewerb stellt nach Ansicht der Experten die Erstellung von Bewertungskriterien zur Vergleichbarkeit der Angebote dar.

Neue Anforderungen an kommunale Verkehrsunternehmen

Die Effizienz-Kritik an kommunalen Verkehrsunternehmen erweise sich, so ein Einwand, häufig als zu pauschal. Die kommunalen Verkehrsunternehmen selbst verweisen darauf, erhebliche Wettbewerbsnachteile hinnehmen zu müssen, die neben der Abhängigkeit von Politik und Betriebsräten vor allem in der Tarifbindung und somit in höheren Personalkosten begründet lägen. Der durch Wettbewerb erzwungene Personalabbau stünde der Leistungsattraktivität und dem Ziel der Kundengewinnung entgegen. „Es wird

ein Cadillac gefordert und ein Kleinwagen bezahlt", klagt der Vertreter eines kommunalen Verkehrsunternehmens. Ferner sei auch die Arbeitnehmerseite zu berücksichtigen, denn schon jetzt könne mit einem Fahrergehalt kaum eine Familie ernährt werden.

Diese Hindernisse, so wird eingeräumt, dürften jedoch bei den öffentlichen Verkehrsunternehmen nicht als Vorwand für Stagnation dienen. So zeige die Erfahrung, dass es durchaus versteckte Potentiale für Effizienzsteigerungen gebe, wie z.B. eine bessere Organisation der Fahrerpausen. Ebenso verfügten kommunale Verkehrsunternehmen über Kompetenzen, die nicht zuletzt in der detaillierten Kenntnis der örtlichen Verhältnisse bestünden. Diese Stärke gelte es nach Ansicht der Experten im Wettbewerb zu nutzen.

Es handele sich im ÖPNV - wie ein Experte zu bedenken gibt - derzeit um einen gängigen Marktprozess, in dem Unternehmen sich an veränderte Marktbedingungen anpassen müssten. Die Umstrukturierungen von Fluggesellschaften hätten gezeigt, dass dies zu bewerkstelligen sei. Um einen Überblick über die Wirtschaftlichkeit und Akzeptanz der Unternehmensleistungen zu erhalten, sei ein regelmäßiges *Benchmarking* anzustreben.

Nach Auffassung der Runde gibt es für kommunale Unternehmen verschiedene organisatorische und strukturelle Ansätze, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern. Zum Beispiel erweise sich der Zusammenschluss kommunaler Unternehmen zu Verkehrsverbünden, mit denen u. a. die Beschränkung der Tätigkeit auf das Gemeindegebiet nach dem Gemeinderecht umgangen werden könne, als erfolgversprechend. Ferner erwiesen sich Personal- und Fahrzeugpools als gute Kooperationsmöglichkeiten. Um im Wettbewerb bestehen zu können, hätten einige öffentliche Verkehrsunternehmen bereits eigenwirtschaftliche Bereiche aus den Unternehmen herausgelöst und an private Investoren vergeben *(Outsourcing)*.

Die Sicht der Kunden

Die Diskussion zeigt, dass eine Unterteilung des ÖPNV-Bereichs in eine von Rechts wegen zu leistende „Grundversorgung", die noch einer allgemein-gültigen Definition bedürfe, und in eine „Zusatzversorgung" notwendig sei. Letztere erhöhe die Attraktivität des ÖPNV-Angebots und sei von der jeweiligen Gebietskörperschaft nach den lokalen Bedürfnissen zu definieren. Hierbei werde u.a. zu berücksichtigen sein, dass der Anteil der Bevölkerungsgruppen, die auf den ÖPNV angewiesen sind, vor allem etwa die Gruppe älterer Menschen, in Zukunft zunehmen werde. Die Bedürfnisse und Erwartungen

der Bürger und Nutzer stellten einen wesentlichen Aspekt in der Diskussion über die zukünftige ÖPNV-Versorgung dar.

Ferner wird festgestellt, dass die Unternehmensbindung für den Bürger mittlerweile eine geringere Rolle spiele, als häufig angenommen. Entscheidend sei in erster Linie die Qualität der Versorgungsleistung und der hierfür zu zahlende Preis. Als das ausschlaggebende Kriterium, das es bei Ausschreibungen zu berücksichtigen gelte, erweist sich nach Meinung der Expertenrunde ein integriertes System mit einer einheitlichen Benutzeroberfläche, die dem Bürger auch regional-übergreifende Fahrten ermögliche, ohne mit wechselnden Tarifsystemen und Nutzungsmodalitäten konfrontiert zu werden. Als Vorbild hierfür diene die Schweiz, in der ein „Generalticket" die landesweite Nutzung aller öffentlichen Verkehrsträger erlaube. Eine Erleichterung in der ÖPNV-Nutzung sähen Betroffene ebenfalls in der Möglichkeit, ÖPNV-Tickets in Einzelhandelsgeschäften erwerben zu können. Neben einer guten technischen Ausstattung der Fahrzeuge und möglichst engen, untereinander abgestimmten Beförderungstakten stelle die Kundenbetreuung ein bedeutendes Kriterium dar, das die Attraktivität des ÖPNV maßgeblich mitbestimme.

Für eine nutzerfreundliche Verkehrsbedienung und nicht zuletzt eine stärkere Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Motorisierten Individualverkehr (MIV) fordern die Experten einen flexiblen „Mix" an Transportleistungen im ÖPNV. Dazu gehöre z.B. das Anruf-Sammeltaxi, dessen Einsatz besonders in ländlicheren Räumen gefördert werden sollte. Insgesamt gelte es, Modelle für öffentliche Transportangebote zu entwickeln, die wachsenden Individualinteressen gerecht würden.

Der zunehmenden Verwendung komplexer elektronischer Technik im Fahrscheinerwerb steht die Expertenrunde auch kritisch gegenüber. So gelte *Electronic ticketing* zwar als Zukunftsmodell, das eine flexiblere Nutzung des ÖPNV ohne zusätzlichen Personalaufwand verspreche. Für einige Bevölkerungsgruppen, so etwa ältere Menschen, könnten diese neuen Zahlungsweisen jedoch eine abschreckende Wirkung haben und Selektionen in der Nutzung des ÖPNV bewirken. Schon jetzt sei der Ticketerwerb am Automaten für ortsunkundige ÖPNV-Nutzer häufig ohne fremde Hilfe kaum zu bewältigen.

Fazit

Die wirtschaftliche, organisatorische und auch technische Struktur des ÖPNV steht vor einem grundlegenden Wandel. Zumindest wird der ÖPNV sich verstärkt dem (auch

internationalen) Wettbewerb stellen müssen, dessen Ziel in ausreichender Versorgung bei geringst möglichem Einsatz öffentlicher Beihilfen zu sehen ist. Die Entscheidung des EuGH (s. o.) wird diese Entwicklung möglicherweise forcieren und beschleunigen.

Diese Entwicklung erfordert, dass die öffentliche Hand sich aktiv mit ihrer Rolle im ÖPNV auseinandersetzt. Wie in anderen Bereichen der Öffentlichen Daseinsvorsorge zeichnet sich eine Entwicklung vom Leistungs- zum Gewährleistungsstaat ab, dessen Funktion sich auf Marktregulierung und Leistungskontrolle beschränkt.

In einem öffentlich geführten Diskurs wäre ferner auszuloten, welche Angebote im ÖPNV als Grundversorgung anzusehen sind und welche Leistungen als „Zusatzversorgung" gelten. Eine über die Grundversorgung hinausgehende Verkehrsleistung läge demnach im Rahmen der Regionalisierung im Entscheidungsbereich der Aufgabenträger vor Ort.

Die Autorin

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

Teilnehmer der Expertenrunde „Die Versorgung mit Wohnraum als Aufgabe der Daseinsvorsorge – über die Existenzberechtigung von Wohnungsunternehmen in öffentlicher Hand" am 24. / 25. Januar 2002

Lutz Basse	Sprecher der Geschäftsführung der GWG Gesellschaft für Wohnen und Bauen mbH; Vorstandsvorsitzender der SAGA Siedlungs-Aktiengesellschaft Hamburg
Prof. em. Dr. Erhard Denninger	Johann Wolfgang Goethe-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M.
Hans-Jörg Duvigneau	Berlin; Kurator der Schader-Stiftung
Michael Hampel	Geschäftsführer der Rhein-Pfalz Wohnen GmbH, Mainz
Stadtrat Wolfgang Hessenauer	Sozialdezernent, Magistrat der Landeshauptstadt Wiesbaden
Guido Höffner	Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der Gemeinnützigen Baugesellschaft Kaiserslautern AG
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Hradil	Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Institut für Soziologie; Vorstandsvorsitzender der Schader-Stiftung
Dieter Kofink	Mitglied der Geschäftsführung der Frankfurter Siedlungsgesellschaft mbH
Christoph Kulenkampff	Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt (Moderation)
MDir. Dr. Hartwig Lüers	Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Leiter der Abteilung Wohnungswesen, Berlin
Dr. Kirsten Mensch	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
David F. Milleker	Dresdner Bank, Abteilung Volkswirtschaft, Frankfurt a. M.
Prof. em. Dr. Hans H. Nachtkamp	Universität Mannheim, Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre
Hans-Jürgen Niemann	Leiter des Wohnungsförderungsamtes, Stadt Hamm
Claudia Pfeiff	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
Rainer Richarts	Direktor der Treuhandstelle, Landesbank Rheinland-Pfalz Girozentrale, Mainz
Franz-Georg Rips	Direktor des Deutschen Mieterbundes e.V., Berlin

Prof. Dr. Manfred G. Schmidt	Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Politische Wissenschaft; Kurator der Schader-Stiftung
Prof. Dr. Walter Siebel	Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Institut für Soziologie
Dr. Joachim Wege	Direktor des Verbandes Norddeutscher Wohnungsunternehmen e.V., Hamburg
Prof. Dr. Dieter Witt	Technische Universität München, Wissenschaftszentrum Weihenstephan, Department Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Dienstleistungsökonomik, Freising
Dr. Uwe Wullkopf	Geschäftsführer des Instituts für Wohnen und Umwelt (IWU), Darmstadt

Teilnehmer der Expertenrunde „Entscheidungskompetenzen und Verantwortlichkeiten für die (zukünftige) Wasserversorgung" am 31. Januar und 1. Februar 2002

Thomas Abel	Referent des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin
Ulrich Cronauge	Geschäftsführer der Vereinigung der kommunalen Entsorgungswirtschaft im Verband Kommunaler Unternehmen, Köln
Prof. em. Dr. Erhard Denninger	Johann Wolfgang Goethe-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M.
Nikolaus Geiler	Arbeitskreis Wasser im Bundesverband Bürgerinitiativen Umweltschutz, Freiburg i. Br.
Dipl.-Ing. Stefan Gramel	Technische Universität Darmstadt, Institut WAR – Wasserversorgung, Abwassertechnik, Abfalltechnik, Umwelt- und Raumplanung / Institut für Politikwissenschaft
Prof. Dr. Michael Th. Greven	Universität Hamburg, Institut für Politikwissenschaft; Kuratoriumsvorsitzender der Schader-Stiftung
Dr.-Ing. Hanno Hames	Geschäftsführer der Hamburger Wasserwerke GmbH
Prof. Dr. Hubert Heinelt	Technische Universität Darmstadt, Institut für Politikwissenschaft
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Hradil	Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Institut für Soziologie; Vorstandsvorsitzender der Schader-Stiftung
MDgt. Peter Kessler	Leiter der Abteilung Wasser und Boden, Hessisches Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft und Forsten, Wiesbaden
Christoph Kulenkampff	Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt (Moderation)
MDgt. Dr. Marx	Abteilung Wettbewerbs- und Preispolitik, Bundesministerium für Wirtschaft, Berlin
Dr. Kirsten Mensch	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Merkel	Wiesbaden; langjähriger Geschäftsführer der Deutschen Vereinigung des Gas- und Wasserfaches (DVGW), Bonn

Dr. Andreas Möhlenkamp	Bundesverband der Deutschen Industrie, Berlin
Dr. Timothy Moss	Projektleiter am Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung, Erkner
Claudia Pfeiff	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
RA Prof. Dr. Jürgen Salzwedel	Sozietät Norton Rose Vieregge, Köln

Teilnehmer der Expertenrunde „Die Zukunft der Sozialen Dienste in Deutschland" am 20. / 21. Juni 2002

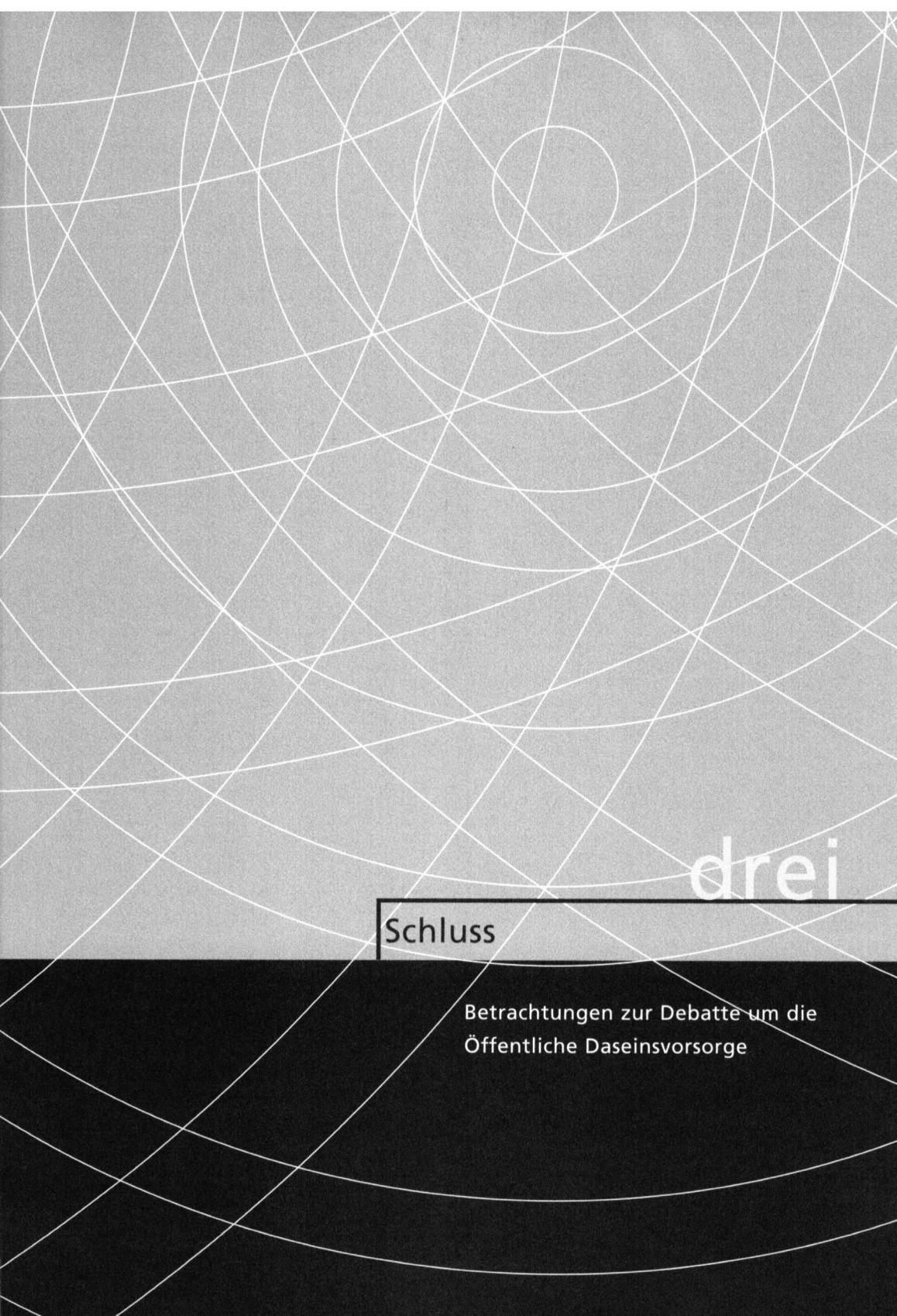
Prof. Dr. Michael Th. Greven	Universität Hamburg, Institut für Politikwissenschaft; Kuratoriumsvorsitzender der Schader-Stiftung
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Hradil	Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Institut für Soziologie; Vorstandsvorsitzender der Schader-Stiftung
Christoph Kulenkampff	Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt
Dr. Heijo Manderscheid	Direktor des Diözesancaritasverbands des Bistums Limburg
Dr. Marie-Luise Marx	Referat für Grundsatzfragen der ambulanten Dienste und altersgerechtes Wohnen, Hessisches Sozialministerium, Wiesbaden
Dr. Kirsten Mensch	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
Peter Metzner	Controller der K&S – Dr. Krantz Sozialbau und Betreuung GmbH & Co. KG, Großtreben
Prof. Dr. Dirk Meyer	Universität der Bundeswehr Hamburg, Institut für Volkswirtschaftslehre
Dr. Wilma Mohr	Leiterin der Sozialverwaltung, Magistrat, Wissenschaftsstadt Darmstadt
Adrian Ottnad	Wissenschaftler am Institut für Wirtschaft und Gesellschaft, Bonn
Claudia Pfeiff	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
Prof. Dr. Thomas Rauschenbach	Universität Dortmund, Institut für Sozialpädagogik, Erwachsenenbildung und Pädagogik der Frühen Kindheit; Projektleiter der Arbeitsstelle Jugendhilfestatistik ab August 2002: Direktor des Deutschen Jugendinstituts, München
Prof. Dr. Christoph Sachße	Universität Kassel, Lehrstuhl für Geschichte und Theorie der sozialen Arbeit am Fachbereich Sozialwesen (Moderation)
Werner Schipmann	Fachreferent des Bundesverbands privater Träger der freien Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe, Berlin

Prof. Dr. Manfred G. Schmidt	Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Politische Wissenschaft; Mitglied des Kuratoriums der Schader-Stiftung
Dr. Bernd Schulte	Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München
Barbara Stolterfoht	Hessische Sozialministerin a.D.; Vorstandsvorsitzende des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbands, Berlin/Frankfurt a. M.
Prof. Dr. Annette Zimmer	Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Politikwissenschaft; Arbeitsstelle Aktive Bürgerschaft

Teilnehmer der Expertenrunde „Die Liberalisierung des Marktes im ÖPNV" am 5. / 6. Dezember 2002

Wolfram Bremeier	Oberbürgermeister a.D.; Geschäftsführer der Deutschen Nahverkehrsgesellschaft mbH (DNVG), Hannover
Prof. em. Dr. Erhard Denninger	Johann Wolfgang Goethe-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M.
RD Dieter Ehle	Regierungspräsidium Darmstadt, Abteilung Regionalplanung, Bauwesen, Wirtschaft und Verkehr, Dezernat Personen- und Güterverkehr
Jörg Geißler	Geschäftsführer des Landesverbandes Hessischer Omnibusunternehmen LHO e.V., Gießen
Prof. Dr. Michael Th. Greven	Universität Hamburg, Institut für Politische Wissenschaft; Vorsitzender des Kuratoriums der Schader-Stiftung
MDir Klaus-Peter Güttler	Leiter der Abteilung Verkehr, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr u. Landesentwicklung, Wiesbaden
Pieter Hilferink	Stellv. Leiter, NEA Transport research and training, Rijswijk / Niederlande
Karl Heinz Holub	Betriebsdirektor der HEAG-Verkehrs GmbH, Darmstadt
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Hradil	Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Institut für Soziologie; Vorstandsvorsitzender der Schader-Stiftung
Folkert Kiepe	Beigeordneter des Deutschen Städtetags, Dezernat Stadtentwicklung, Bauen, Wohnen und Verkehr, Köln / Berlin
Prof. Dr.-Ing. Uwe Köhler	Universität Kassel, Fachbereich Bauingenieurwesen, Fachgebiet Verkehrssysteme und Verkehrsplanung (Moderation)
Christoph Kulenkampff	Geschäftsführender Vorstand der Schader-Stiftung, Darmstadt
Prof. Dr. Andreas Knie	Wissenschaftszentrum Berlin, Abteilung Organisation u. Technikgenese; Technische Universität Berlin, Fachbereich Soziologie
Dr. Kirsten Mensch	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt

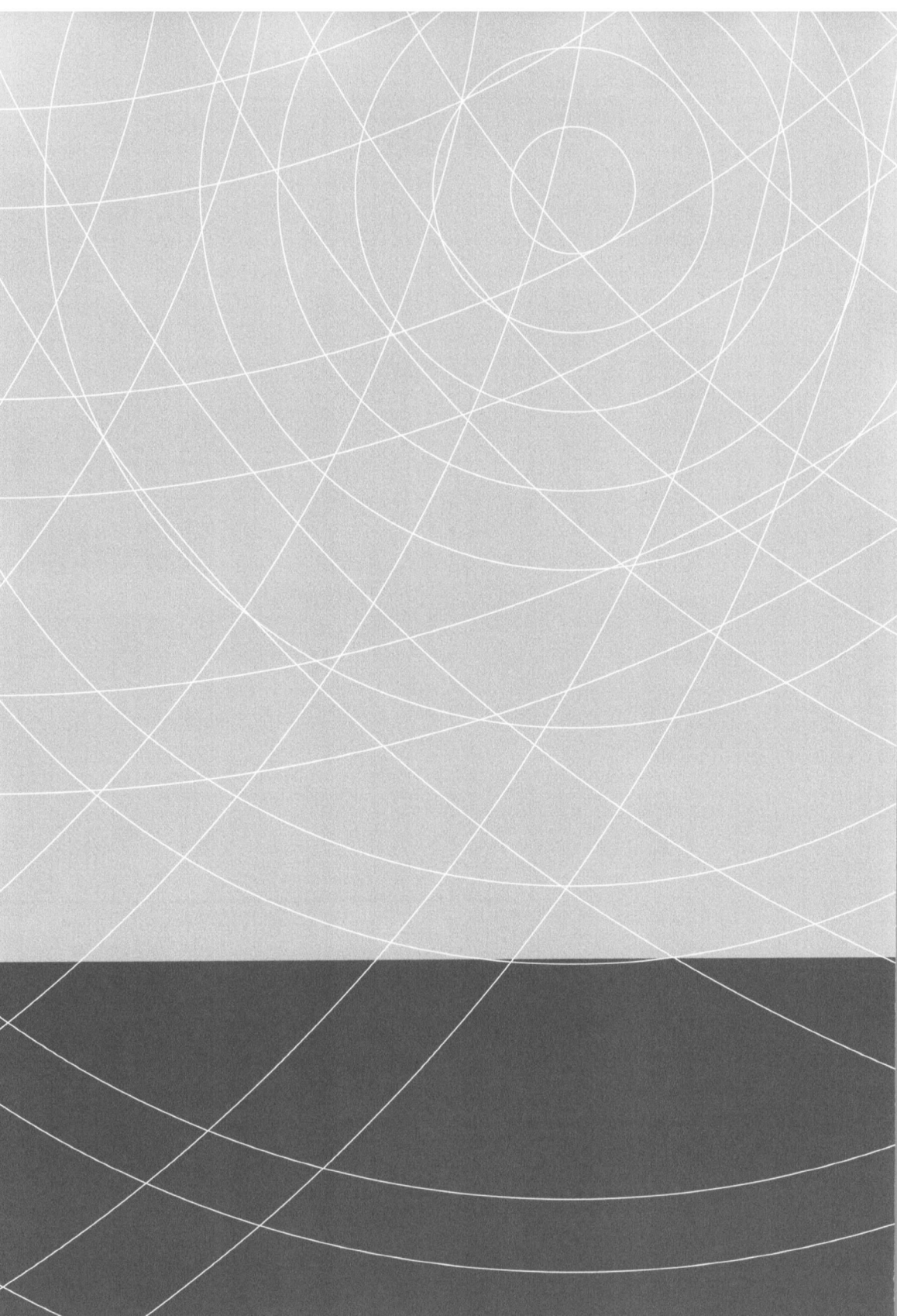
Claudia Pfeiff	Wissenschaftliche Referentin der Schader-Stiftung, Darmstadt
Dr. Karl-Heinz Rochlitz	Connex-Verkehr GmbH, Abteilung Marketing und Kooperation, Mettmann
Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch	Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Ralf Winkler	Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH



drei

Schluss

Betrachtungen zur Debatte um die Öffentliche Daseinsvorsorge



Christoph Kulenkampff

Schlusswort

Gibt es am Ende der von uns angezettelten Diskussion über die „Zukunft der öffentlichen Daseinsvorsorge" so etwas wie Ergebnisse? Nun, Ergebnisse im Sinne von Rezepturen, wie in unserem thematischen Kontext künftig zu verfahren sei, können wir nicht präsentieren. Das hat die Schader-Stiftung bei der Konzeption dieses Projektes vernünftigerweise auch nicht angestrebt. Aber es gibt eine erstaunliche Übereinstimmung in der Beurteilung zentraler Fragen unseres Themenfeldes - ungeachtet der heterogenen Zusammensetzung unserer verschiedenen Diskussionsrunden und entsprechend unterschiedlicher, teilweise interessengeleiteten Sichtweisen.

Einige dieser Übereinstimmungen in der Sichtweisen der Praktiker und der Wissenschaftler seien in dieser abschließenden Betrachtung noch einmal aufgegriffen:

1. Die Beteiligung des Staates (auf allen Ebenen) am Wirtschaftsleben durch eigene Unternehmen zu Zwecken der Daseinsvorsorge ist begründungspflichtig. Dabei geht es im Wesentlichen um kommunales Wirtschaften. Die Kommunen müssen also darlegen, dass ihr Wirtschaften zum einen auf Daseinsvorsorge gerichtet ist und dass es zudem für den Bürger preislich und qualitativ „besser" ist, wenn sie diese Aufgaben - auch - durch eigene Unternehmen und nicht - ausschließlich - durch private Anbieter erfüllen lassen.
   Ein Teilnehmer an dem Kolloquium im Mai 2001 hat in diesem Zusammenhang von einer „Beweislastumkehr" gesprochen und damit gemeint, die Regel sei privates Wirtschaften, öffentliches Wirtschaften dagegen die - begründungspflichtige - Ausnahme.

   Daraus folgt unter anderem:
   Öffentliche Wirtschaftsunternehmen, die ihren ursprünglichen Auftrag, nämlich die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks, in den Hintergrund treten lassen und sich am Marktgeschehen beteiligen wie ein Privatunternehmen, stellen sich zur Disposition, oder sie stellen die Privilegien zur Disposition, die ihnen wegen ihres öffentlichen Unternehmenszwecks zum Ausgleich von Marktnachteilen eingeräumt sind. Letzteres war z.B. bei der (früheren) Westdeutschen Landesbank der Fall, der

den Anstoß für unser Projekt gegeben hat: Eine öffentliche Bank, die sich am Markt geriert wie eine private Geschäftsbank, verliert ihren „Anspruch" auf öffentliche Förderung, hier in Form der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung. Zu dieser Erkenntnis hätte es eigentlich der Intervention durch die EU-Kommission nicht bedurft.

Zu dem selben Ergebnis gelangte die Expertenrunde „Wohnen" in unserem Projekt: Ein kommunales Wohnungsunternehmen, das nicht mehr an erster Stelle Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge erfüllt, nämlich die Versorgung der einkommensschwächeren Bevölkerungsschichten mit bezahlbarem Wohnraum und - zum Beispiel - die Sicherung des sozialen Friedens in seinen Wohnquartieren, muss von seinem kommunalen Gesellschafter „zur Ordnung gerufen" werden, oder es gehört verkauft.

Allerdings - auch darüber herrschte Einigkeit - gelten auch für öffentliche/kommunale Wirtschaftsunternehmen die Regeln der Wirtschaftlichkeit. Sie unterliegen zwar nicht dem Diktat der Gewinnmaximierung *(Shareholder-Value)*, aber sie schulden ihrem Gesellschafter mindestens eine „schwarze Null". Die Kosten der Gemeinwohlorientierung des Unternehmens, der „soziale Surplus", sind jedoch zu quantifizieren und auszugleichen.

2. Die Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben ist eine Herausforderung vor allem für die Kommunen, weil ihnen mit den kommunaleigenen Unternehmen der Daseinsvorsorge ein „identitätsstiftender und partizipationsfördernder Wahrnehmungsbereich... abhanden kommt" (vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung 2001, S. 19).

   Es kommt Folgendes hinzu: Ein Unternehmen als kommunaler Gesellschafter zu beherrschen, bedeutet Gestaltungsmacht, z.B. hinsichtlich des Umfanges des Leistungsangebotes und der Preisgestaltung, aber auch hinsichtlich des kommunalen Erscheinungsbildes und etwa in puncto Personalpolitik (s.u.). Wer gibt eine solche Macht schon ohne Not auf? Auf den ersten Blick niemand. Dabei wird häufig vergessen, dass durch Liberalisierung und Privatisierung zwar die (kommunale) **Unternehmer**eigenschaft wegfällt, deswegen aber keinesfalls die (kommunale) Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für die Aufgabe. Deren „ordnungsgemäße" Erfüllung hat der Träger der Daseinsvorsorge weiterhin - politisch wie rechtlich - zu **gewährleisten**, er **bedient** sich hierbei nur privater Dritter. Freilich folgt hieraus ein Problem der Vermittelbarkeit und Darstellbarkeit politischen Handelns (s.u.).

3. Verständlicherweise ist in unseren Diskussionsrunden immer wieder die (Rechts-) Unsicherheit beklagt worden, die durch die aktuelle innerstaatliche und euro-

päische Diskussion über Daseinsvorsorge insbesondere bei den Kommunen entstanden ist:
Was zählt zur öffentlichen Daseinsvorsorge, was nicht? Wer hat insoweit die Definitionsmacht? Wie sind wirtschaftliche von nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen abzugrenzen? Wann ist von einer Beeinträchtigung des europäischen Binnenmarktes auszugehen? Wann kann davon ausgegangen werden, dass die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts die Erfüllung von Leistungen der Daseinsvorsorge rechtlich oder tatsächlich verhindert? Wie ist Vorkehrung gegen den Ausfall des privaten Leistungserbringers zu treffen?
Insbesondere die kommunalen Vertreter haben darauf verwiesen, dass eine in die Zukunft gerichtete, aktive und positive Auseinandersetzung mit der Frage, welche öffentlichen Dienstleistungen auf Private übertragen werden könnten und sollten, an solchen Rechtsunsicherheiten scheitert.
Ob das nach unserer Veranstaltungsreihe ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. Juli 2003 (C-280/00, Altmark Trans, s. Materialienanhang S. 300) die erwünschte Klärung erbringt, wird sich letztlich erst nach seiner Umsetzung in die (nationale) Praxis erweisen.

4. Wir haben auch über das Führungspersonal in der öffentlichen/kommunalen Wirtschaft gesprochen und waren uns durchwegs einig, dass solche Funktionen immer noch zu häufig zur Versorgung von „Unterbringungsfällen" aus der Politik missbraucht werden. Dabei sollte gerade das Führungspersonal in öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge wegen der Ambivalenz des Unternehmenszwecks - Orientierung am Gemeinwohl und zugleich Wirtschaftlichkeit - mindestens ebenso hohen Ansprüchen gerecht werden wie das Führungspersonal in der freien Wirtschaft, wo es - ohne Rücksichtsnahme auf „weiche" Unternehmensziele - vornehmlich auf die Realisierung des *Shareholder-Value* ankommt.

Einige Probleme haben wir nicht vertiefen können, obwohl sie es verdient hätten. Von ihnen seien zwei hier angeschnitten:

Erstens: Wer von Privatisierung und **De**regulierung öffentlicher Dienstleistungen spricht, verbindet damit häufig auch die Vorstellung von Entstaatlichung und Entbürokratisierung. Das ist nicht immer richtig. Die Telekommunikation zeigt das: Die Liberalisierung des Telekommunikations-Marktes hat uns zweifelsfrei eine Vielfalt neuer Leistungsangebote und erstaunliche Preisvorteile verschafft, aber auch eine Vielzahl neuer Rechtsvorschriften - und die „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post". Sie soll die **De**regulierung in „vernünftige" Bahnen lenken. Eine Regulierungsbehörde

für die bereits deregulierte Stromwirtschaft ist im Gespräch. Ähnliches wäre auch bei der bislang nur diskutierten Deregulierung der Wasserwirtschaft zu erwarten.

Von den kommunalen Vertretern in unserer Expertenrunde „ÖPNV" haben wir erfahren, dass die Ausweitung der Ausschreibungspflichtigkeit von öffentlichen Verkehrsleistungen eine entsprechende Aufstockung des Fachpersonals bei den Kommunen erzwingt: Es müssen bedarfsgerechte Leistungsanforderungen für die Ausschreibung formuliert werden, ein Verfahren, das komplex genug ist. Und ist der Auftrag an den privaten Verkehrsunternehmer einmal vergeben, hat die Verwaltung zudem die Verantwortung dafür wahrzunehmen, dass er seine Leistung „ordnungsgemäß" erbringt.

Es ist nicht auszuschließen, dass aufgrund des vorzitierten Urteils des EuGH, insbesondere mit Blick auf dessen Ausführungen zur Abgrenzung zwischen „Ausgleichszahlungen" und „Beihilfen" (vgl. Randnr. 87ff., 93), eine gesetzliche Ausschreibungspflicht für den (gemeinwirtschaftlichen) Personennahverkehr eingeführt wird.

Privatisierung und Deregulierung können uns als Konsumenten also Preisvorteile verschaffen, können uns aber als **Steuerzahler** belasten. Wie ist dieser Sachverhalt per saldo volkswirtschaftlich einzuschätzen?

Wie ist es politisch zu bewerten, dass Privatisierung/Deregulierung u.U. ein **Mehr** an Staatstätigkeit bewirkt, wo wir doch in großer Breite **weniger Staatstätigkeit** wollen?

Zweitens: Im Zuge unseres Projekts trat der Leitgedanke „vom Leistungs- zum Gewährleistungsstaat" immer mehr in den Vordergrund: Die öffentliche Hand soll weniger selbst Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, als vielmehr dafür verantwortlich sein, dass **private Unternehmen im Wettbewerb miteinander** eben dieses bedarfsgerecht, zuverlässig und kostengünstig tun. So weit, so gut.

Unbehandelt blieb in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, auf welchem Wege der „Gewährleistungsstaat" die daraus folgende, neue Aufgabe für den Bürger erkennbar und deren Erfüllung für ihn transparent machen kann.

Der „Leistungsstaat" hat es da viel leichter: Leistungen sind sichtbar, greifbar, messbar und - vor allem - zuordenbar zu demjenigen, der sie erbringt. Durch ihre unmittelbare Zuordnung zum Staat bzw. zur Kommune als Leistungsträger können die hier angesprochenen Leistungen der Daseinsvorsorge im Verhältnis zum Bürger in der Tat auch identitätsstiftend wirken.

Demgegenüber ist „Gewährleistung" derzeit ein verwaltungsinterner, „unsichtbarer" Vorgang: Ausschreibung, Auftragsvergabe, Leistungskontrolle. Hiervon erfährt der Bürger, jedenfalls nach bisherigem Verfahren, nichts oder nur wenig. Überspitzt gesagt: Im „Gewährleistungsstaat" beschränkt sich wahrnehmbare und einer Bewertung zugängliche **Staatstätigkeit** im Wesentlichen auf das Ausstellen von Ausweispapieren, auf die Erteilung von Erlaubnissen, Verboten, Genehmigungen und von Abgabenbescheiden. Ist dies eine ausreichende Grundlage für bürgerliche Identität mit Blick auf das Gemeinwesen? Wohl eher nicht.

Ich vermag nicht abzuschätzen, was daraus folgen könnte. Aber möglicherweise sollten die Beteiligten sich vermehrt darüber Gedanken machen, wie man „Gewährleistung für Daseinsvorsorge" so gestalten und darstellen kann, dass sie für den Bürger eine wahrnehmbare, zuordenbare und bewertbare Staatsaufgabe ist. Dabei wird es vornehmlich um **prozedurale** Fragen gehen, etwa um die Gestaltung von **Verfahren** zur Ermittlung des allgemeinen Bedarfs und der Bedürfnisse hinsichtlich einzelner Leistungen der Daseinsvorsorge unter Einbeziehung der Öffentlichkeit. In einem **öffentlichen Diskurs** wäre dann von Fall zu Fall der Frage nachzugehen, was die Bürgerschaft konkret an Leistungen der Daseinsvorsorge von ihrer Kommune erwartet und was sie für entbehrlich hält. Insofern könnte im „Gewährleistungsstaat" sogar die Chance liegen, dass an der Entscheidung über den Bedarf an Leistungen der Daseinsvorsorge diejenigen beteiligt werden, denen die Leistungen gelten sollen. Bislang ist das nicht der Fall: Der Bürger wird mit Leistungen der Daseinsvorsorge „bedacht", ohne vorher gefragt zu werden, ob er sie denn wünscht. Eine solche im öffentlichen Diskurs erhobene Bedarfsermittlung könnte dann wiederum Grundlage für die Ausschreibung von Leistungen der Daseinsvorsorge sein. In diesem Zusammenhang wäre auch zu denken an die Ausgestaltung der (öffentlichen) Kontrolle des Vollzugs der Leistungen der Daseinsvorsorge durch Private.

Oder allgemein: Es sind Verfahren und politische Kulturen zu entwickeln, die sicherstellen, dass die Kommune als die politische Instanz der Willensbildung in zentralen bürgerschaftlichen Belangen auch dann erster Bezugspartner für die Bevölkerung bleibt, wenn sie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben an private Dritte überträgt und „nur" noch Gewährleistungsfunktionen wahrnimmt.

Der Autor

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

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
a.F.	alte Fassung
AVBWasserV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DVGW	Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Europäischer Gemeinschaftsvertrag
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GATS	General Agreement On Trade in Services
GenG	Genossenschaftsgesetz (1889)
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWF	Das Gas- und Wasserfach (Verbandszeitschrift)
HWG	Hessisches Wassergesetz
i.d.F.	in der Fassung
LWG	Landeswassergesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OB	Oberbürgermeister
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PflegeVG	Pflegeversicherungsgesetz
RFV	Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht (1924)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RJWG	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (1922)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EG
VDV	Verband Deutscher Verkehrsunternehmen
VgV	Vergabeverordnung (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge)
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (1940)

WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes
WoFG	Wohnraumförderungsgesetz (Gesetz über soziale Wohnraumförderung)
WTO	World Trade Organization

Literaturverzeichnis

- Bundesministerium für Bildung und Forschung, 2001: Endbericht zum Sondierungsprojekt 0707SOE22 „Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgabenbereiche in Kommunen, sozial-ökologische Problemlagen und Chancen für eine nachhaltige Entwicklung „im Förderschwerpunkt Sozial-ökologische Forschung"
- Burgi, Martin, 2001: Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung. In: 16. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht 2000, Berlin: Erich-Schmidt-Verlag

Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.: Bereitstellung von Löschwasser durch die öffentliche Trinkwasserversorgung. DVGW Arbeitsblatt W 405 vom Juli 1978

- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.: Anforderungen an Trinkwasserversorgungsunternehmen. DVGW Arbeitsblatt W 1000 vom November 1999
- Evers, Adalbert / Olk, Thomas (Hrsg.), 1996: Wohlfahrtspluralismus, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag
- Forsthoff, Ernst, 1935: Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Deutsches Recht 5, S. 398-400
- Forsthoff, Ernst, 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart, Berlin: Kohlhammer
- Forsthoff, Ernst, 1973, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München
- Fuest, Winfried / Kroker, Rolf / Schatz, Klaus-Werner, 2001: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge. Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik 269, Köln: Deutscher Institutsverlag
- Haverkate, Görg / Huster, Stefan, 1999: Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden: Nomos
- Krabbe, Wolfgang R., 1985: Kommunalpolitik und Industrialisierung. Die Entfaltung der städtischen Leistungsverwaltung im 19. und frühen 20. Jahrhundert, Stuttgart: Kohlhammer
- Leibfried, Stephan, 2001: Über die Hinfälligkeit des Staates der Daseinsvorsorge. Thesen zur Zerstörung des äußeren Verteidigungsringes des Sozialstaates. In: Schader-Stiftung (Hrsg.): Die Zukunft der Daseinsvorsorge, Darmstadt, S. 158-166
- Löwer, Wolfgang / Menzel, Jörg, 1998: Privatisierung, Zuordnung und Restitution des Energieversorgungsvermögens in den neuen Bundesländern, Köln u.a.: Carl-Heymanns Verlag

■ Preußische Städteordnung, 1808, in: Preußisches Oberverwaltungsgericht Bd. 2 + Bd. 12

■ Sachße, Christoph, 1996: Verein, Verband und Wohlfahrtsstaat. Entstehung und Entwicklung der dualen Wohlfahrtspflege. In: Rauschenbach, Thomas / Sachße, Christoph / Olk, Thomas, (Hrsg.): Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen. Jugend- und Wohlfahrtsverbände im Umbruch, 2. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 123-149

■ Salzwedel, Jürgen, 2000: Wasserverbände im Zerrspiegel demokratie-theoretischer Gedankenspielereien - ein Beitrag zu Vorlagebeschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.12.1997 betreffend Emschergenossenschaftgesetz und Lippeverbandsgesetz NRW. In: Tettinger, Peter J. / Mann, Thomas / Salzwedel, Jürgen: Wasserverbände und demokratische Legitimation. Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre Band 67, München: Verlag Franz Vahlen

■ Salzwedel, Jürgen, 2001a: Die Wasserwirtschaft im Spannungsfeld zwischen water industry und Daseinsvorsorge. In: Dolde, Klaus-Peter (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, Berlin: Erich-Schmidt-Verlag

■ Salzwedel, Jürgen, 2001b: Warum ist ein Bundesgesetz über die Liberalisierung und Privatisierung in der Wasserversorgung vordringlich? In: Das Gas- und Wasserfach, Bd. 9

■ Salzwedel, Jürgen, 2001c: Umwelt- und wirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in der Wasserversorgung. In: Das Gas- und Wasserfach, Bd. 13

■ Schader-Stiftung (Hrsg.) (2001): Die Zukunft der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb. Schader-Kolloquium, Darmstadt

■ Schuppert, Gunnar Folke, 2002: Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft. In: Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements" des Deutschen Bundestages (Hrsg.): Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, Opladen: Leske + Budrich, S. 185-210

■ Stuchtey, Bettina, 2002: Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung, Baden-Baden: Nomos Verlag

■ Tettinger, Peter J. / Mann, Thomas, 2000: Zur demokratischen Legitimation in sondergesetzlichen Wasserverbänden. In: Tettinger, Peter J. / Mann, Thomas / Salzwedel, Jürgen: Wasserverbände und demokratische Legitimation. Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre Band 67, München: Verlag Franz Vahlen

Quellen

1. Europäische Dokumente

- Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung 1997 / i.d.F. des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union pp. vom 2. Oktober 1997), Abl. C 340 vom 10. November 1997
- Europäischer Rat: Richtlinie 91 / 440 / EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, in: ABl. L 237 vom 24.08.1991. Richtlinie geändert durch die Richtlinie 2001 / 12 / EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001, in: ABl. L 75 vom 15.03.2001
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1996: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung der Kommission (KOM(96) 0443 endg.)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2000: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung der Kommission vom 20. September 2000, (KOM(2000) 580 endg.)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2001: Leistungen der Daseinsvorsorge, Bericht der Kommission an den Europäischen Rat von Laeken 2001 (KOM(2001) 598 endg.)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2002: Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen vom 21. Februar 2002 (KOM(2002) 107 endg.)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2002: Bericht der Kommission über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (KOM(2002) 280 endg.)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2003: Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (KOM [2003] 270 endg.)
- Wasserrahmenrichtlinie, Richtlinie 2000 / 60 / EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, in: ABl. L327 vom 22.12.2000

2. Deutsche Gesetze und Verordnungen

- Bundessozialhilfegesetz vom 23. März 1994, BGBl. I S. 646, 2975, zuletzt geändert am 20. Juni 2002, BGBl. I S. 1946
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), alte Fassung vom 20. Feb. 1990, BGBl. I, S. 235, aufgehoben durch neue Fassung vom 26. August 1998, BGBl. I 1998, S. 2521

■ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (WHG) vom 27. Juli 1957, BGBl. I 1957, 1110, 1386, neugefasst durch Bek. v. 19. August 2002, BGBl. I 3245

■ Gesetz zur Weiterentwicklung des Öffentlichen Personennahverkehrs in Hessen vom 21. Dezember 1993, GVBl. I S. 726, Fassung vom 19. Januar 1996, GVBl. I S. 50

Gesetz über soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz - WoFG) vom 13. September 2001, BGBl. I 2001, 2376

■ Hessisches Wassergesetz (HWG) vom 22. Januar 1990, GVBl. I 1990, S. 114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juni 2002, GVBl. 2002, S. 324

■ Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vom 21. März 1961, BGBl. I 1961, S. 241, zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 4 des Sechsten Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. August 1998, BGBl. 1998, S. 2521

■ Pflegeversicherungsgesetz (PflegeVG), Sozialgesetzbuch (SGB) - Elftes Buch (XI), vom 26. Mai 1994, BGBl. I 1994, S. 1014f.

■ Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG) vom 9. Juli 1922, RGBl. 1922 I, S. 636

■ Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht (RFV) vom 13. Feb. 1924, RGBl. I, S. 100

■ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) vom 9. Januar 2001, BGBl. I 2001, S. 110, zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 7. November 2002, BGBl. I 2002, S. 4338

■ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) vom 20. Juni 1980, BGBl. I 1980, S. 750ff.

■ Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserverordnung) vom 21. Mai 2001, BGBl. I 2001, S. 959

■ Wassergesetz für das Land Rheinland-Pfalz (Landeswassergesetz - LWG) vom 14. Dez. 1990, GVBl. 1991, S. 11, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.12.2001, GVBl. 2001, S. 303

3. Urteile und Beschlussvorlagen

■ BVerfG, Beschluss vom 2. November 1981, NVwZ 1982, S. 306 ff.

■ BVerfGE 79, 127 („Rastede-Beschluss" vom 23. November 1988)

■ BVerwGE 106, S. 64 ff.; NVwZ 1999, S. 870 ff.

■ BVerwG, Vorlagebeschluss für den EuGH vom 6. April 2000 - 3 C 7.99

4. Sonstige Dokumente

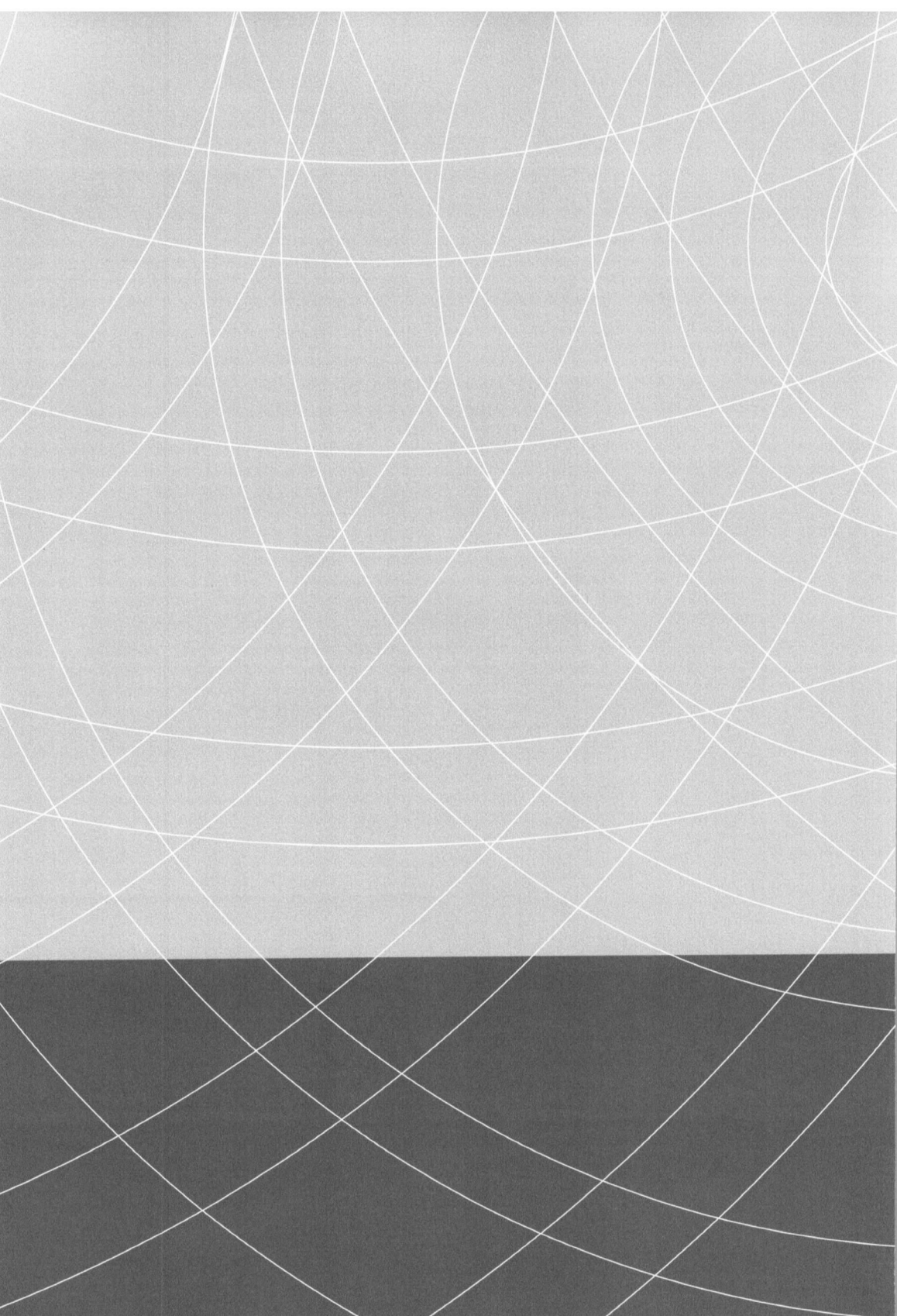
■ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, 2001: Die Neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (BASEL II)

■ Deutscher Städtetag, 2003: Die Stadt der Zukunft, verabschiedet von der 32. Hauptversammlung des Deutschen Städtetages am 15. Mai 2003
■ Die Deutsche Bundesregierung, 2001: Lebenslagen in Deutschland. Der erste Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung
■ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Stellungnahme zu „Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt" vom 12.Januar 2002
■ World Trade Organization: General Agreement on Trade in Services (GATS), Geneva 2000 (www.wto.org)

vier

Anhang

Materialien und Dokumente
zur Debatte um die Öffentliche
Daseinsvorsorge



Inhalt

150 Vorbemerkung

151 I. Relevante Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung)

156 II. Relevante Artikel des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents

159 III. Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa", 2000 (Auszug)

161 IV. Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge", 2001 (Auszug)

163 V. Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2002

166 VI. Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 2003 (Auszug)

170 VII. Auswahl einschlägiger Urteile des Europäischen Gerichtshofs zwischen 1973 und 2003 (Auszüge):

- **170** Rechtssache 155/73, Sacchi, Urteil vom 30. April 1974
- **174** Rechtssache 59/75, Manghera, Urteil vom 3. Februar 1976
- **176** Rechtssache 172/82, Inter-Huiles, Urteil vom 10. März 1983
- **178** Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed, Urteil vom 11. April 1989
- **186** Rechtssache C-30/87, Bodson, Urteil vom 4. Mai 1988
- **192** Rechtssache C-202/88, Telekommunikations-Endgeräte, Urteil vom 19. März 1991
- **199** Rechtssache C-18/88, RTT, Urteil vom 13. Dezember 1991
- **202** Rechtssache C-260/89, ERT, Urteil vom 18. Juni 1991
- **208** Rechtssache C-41/90, Höfner, Urteil vom 23. April 1991
- **212** Rechtssache C-179/90, Merci porto di Genova, Urteil vom 10. Dezember 1991
- **215** Verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Poucet/Pistre, Urteil vom 17. Februar 1993
- **217** Verbundene Rechtssachen C-277/91, C-318/91 und C-319/91, Ligur Carni, Urteil vom 15. Dezember 1993
- **221** Rechtssache C-320/91, Corbeau, Urteil vom 19. Mai 1993
- **223** Rechtssache C-364/92, Eurocontrol, Urteil vom 19. Januar 1994
- **226** Rechtssache C-393/92, Almelo, Urteil vom 27. April 1994
- **231** Rechtssache C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Urteil vom 5. Oktober 1994
- **235** Rechtssache C-387/93, Banchero, Urteil vom 14. Dezember 1995
- **241** Rechtssache C-159/94, EDF/GDF, Urteil vom 23. Oktober 1997
- **250** Rechtssache C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, Urteil vom 16. November 1995
- **252** Rechtssache C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp, Urteil vom 25. Juni 1998
- **256** Rechtssache C-266/96, Corisca Ferries, Urteil vom 18. Juni 1998
- **264** Rechtssache C-360/96, BFI Holding BV, Urteil vom 10. November 1998
- **270** Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Pavel Pavlov, Urteil vom 12. September 2000
- **281** Rechtssache C-475/99, Ambulanz Glöckner, Urteil vom 25. Oktober 2001
- **291** Rechtssache C-53/00, Ferring S/ACOSS, Urteil vom 22. November 2001
- **295** Rechtssache C-218/00, Cisal/INAIL, Urteil vom 22. Januar 2002
- **300** Rechtssache C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24. Juli 2003

310 VIII. Die Stadt der Zukunft, verabschiedet von der 32. ordentlichen Hauptversammlung des Deutschen Städtetages am 15. Mai 2003 (Auszüge)

Vorbemerkung

Der Anhang beinhaltet Materialien zum Thema Öffentliche Daseinsvorsorge in Deutschland. Besonders bedeutsam für die Interessenten sind Dokumente europäischer Herkunft, da insbesondere die EU-Kommission wichtige Anstöße zu der Debatte gegeben hat und weiterhin - so ist zu erwarten - geben wird.

Daher finden sich in diesem Materialien-Anhang die einschlägigen Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der konsolidierten Fassung vom 24. Dezember 2002, die sowohl in ihrer aktuellen Nummerierung als auch in der bis 1997 gültigen Nummerierung aufgelistet sind. Ergänzt wird diese Auflistung durch die Wiedergabe der relevanten Artikel des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents (Stand: 18. Juli 2003). Dann folgen Auszüge der neueren Dokumente der Europäischen Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Diese Dokumente sind über die angegebenen Internetseiten leicht abrufbar.

Neben der EU-Kommission kommt dem Europäischen Gerichtshof eine zentrale Funktion als ausgleichendes Element zu. Daher geben wir hier die teilweise schwer zugänglichen einschlägigen Urteile des EuGHs im weiten Bereich „Daseinsvorsorge" bzw. europäisch gesprochen „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" in Auszügen wieder. Für die Auswahl der Urteile sei an dieser Stelle noch einmal Prof. Dr. Johannes Hellermann und seinem Mitarbeiter Stephan Beckmann besonders gedankt.

Zum Schluss findet sich, ebenfalls in Auszügen, die Position des Deutschen Städtetags. Die Kommunen tragen die Hauptlast der Öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland.

Alle hier gedruckten Auszüge wurden unverändert übernommen. Die Quellen sind jeweils angegeben. Sprachliche Unstimmigkeiten, die bei den europäischen Dokumenten aufgrund der Übersetzungsproblematik anscheinend unvermeidbar sind, haben wir daher aus den Originaltexten übernommen. Die allein verbindliche, ausschlaggebende Fassung der EuGH-Urteile findet sich in der „Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz (Slg.)", Carl Heymann Verlag / Köln.

I.
Relevante Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
(Konsolidierte Fassung)

Die Nummerierung vor dem Vertrag von Amsterdam 1997 wurde in Klammern hinzugefügt.
(Amtsblatt Nr. C 325 vom 24. Dezember 2002)

Artikel 10 (ehemals Artikel 5)

Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe.

Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.

Artikel 16

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

Artikel 28 (ehemals Artikel 30)

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Artikel 29 (ehemals Artikel 34)

Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Artikel 30 (ehemals Artikel 36)

Die Bestimmungen der Artikel 28 und 29 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Artikel 31 (ehemals Artikel 37)

(1) Die Mitgliedstaaten formen ihre staatlichen Handelsmonopole derart um, dass jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.

Dieser Artikel gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflusst. Er gilt auch für die von einem Staat auf andere Rechtsträger übertragenen Monopole.

(2) Die Mitgliedstaaten unterlassen jede neue Maßnahme, die den in Absatz 1 genannten Grundsätzen widerspricht oder die Tragweite der Artikel über das Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten einengt.

(3) Ist mit einem staatlichen Handelsmonopol eine Regelung zur Erleichterung des Absatzes oder der Verwertung landwirtschaftlicher Erzeugnisse verbunden, so sollen bei der Anwendung dieses

Artikels gleichwertige Sicherheiten für die Beschäftigung und Lebenshaltung der betreffenden Erzeuger gewährleistet werden.

Artikel 39 (ehemals Artikel 48)

(1) Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.

(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

(3) Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,

a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission in Durchführungsverordnungen festlegt.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

Artikel 73 (ehemals Artikel 77)

Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

Artikel 81 (ehemals Artikel 85)

(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Artikel 82 (ehemals Artikel 86)

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:
a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Artikel 83 (ehemals Artikel 87)

(1) Die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 81 und 82 niedergelegten Grundsätze werden vom Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen.

(2) Die in Absatz 1 vorgesehenen Vorschriften bezwecken insbesondere:
a) die Beachtung der in Artikel 81 Absatz 1 und Artikel 82 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten;
b) die Einzelheiten der Anwendung des Artikels 81 Absatz 3 festzulegen; dabei ist dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen;
c) gegebenenfalls den Anwendungsbereich der Artikel 81 und 82 für die einzelnen Wirtschaftszweige näher zu bestimmen;
d) die Aufgaben der Kommission und des Gerichtshofes bei der Anwendung der in diesem Absatz vorgesehenen Vorschriften gegeneinander abzugrenzen;
e) das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften einerseits und den in diesem Abschnitt enthaltenen oder aufgrund dieses Artikels getroffenen Bestimmungen andererseits festzulegen.

Artikel 84 (ehemals Artikel 88)

Bis zum Inkrafttreten der gemäß Artikel 83 erlassenen Vorschriften entscheiden die Behörden der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Artikel 81, insbesondere Absatz 3, und 82 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt.

Artikel 85 (ehemals Artikel 89)

(1) Unbeschadet des Artikels 84 achtet die Kommission auf die Verwirklichung der in den Artikeln 81 und 82 niedergelegten Grundsätze. Sie untersucht auf Antrag eines Mitgliedstaats oder von Amts wegen in Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, die ihr Amtshilfe zu leisten haben, die Fälle, in denen Zuwiderhandlungen gegen diese Grundsätze vermutet werden. Stellt sie eine Zuwiderhandlung fest, so schlägt sie geeignete Mittel vor, um diese abzustellen.

(2) Wird die Zuwiderhandlung nicht abgestellt, so trifft die Kommission in einer mit Gründen versehenen Entscheidung die Feststellung, dass eine derartige Zuwiderhandlung vorliegt. Sie kann die Entscheidung veröffentlichen und die Mitgliedstaaten ermächtigen, die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen, deren Bedingungen und Einzelheiten sie festlegt.

Artikel 86 (ehemals Artikel 90)

(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

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

Artikel 87 (ehemals Artikel 92)

(1) Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

(2) Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind:
a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.

(3) Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden:
a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;
b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

Artikel 88 (ehemals Artikel 93)

(1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.

(2) Stellt die Kommission fest, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt hat, dass eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 87 unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt wird, so entscheidet sie, dass der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.

Kommt der betreffende Staat dieser Entscheidung innerhalb der festgesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission oder jeder betroffene Staat in Abweichung von den Artikeln 226 und 227 den Gerichtshof unmittelbar anrufen.

Der Rat kann einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats entscheiden, dass eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von Artikel 87 oder von den nach Artikel 89 erlassenen Verordnungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen. Hat die Kommission bezüglich dieser Beihilfe das in Unter-

absatz 1 dieses Absatzes vorgesehene Verfahren bereits eingeleitet, so bewirkt der Antrag des betreffenden Staates an den Rat die Aussetzung dieses Verfahrens, bis der Rat sich geäußert hat.

Äußert sich der Rat nicht binnen drei Monaten nach Antragstellung, so entscheidet die Kommission.

(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.

Artikel 89 (ehemals Artikel 94)

Der Rat kann auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments mit qualifizierter Mehrheit alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Artikeln 87 und 88 erlassen und insbesondere die Bedingungen für die Anwendung des Artikels 88 Absatz 3 sowie diejenigen Arten von Beihilfen festlegen, die von diesem Verfahren ausgenommen sind.

Artikel 94 (ehemals Artikel 100)

Der Rat erlässt einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.

Artikel 95 (ehemals Artikel 100 A)

(1) Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 die nachstehende Regelung. Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

(3) Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

(4) Hält es ein Mitgliedstaat, wenn der Rat oder die Kommission eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen hat, für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 30 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Beibehaltung der Kommission mit.

(5) Unbeschadet des Absatzes 4 teilt ein Mitgliedstaat, der es nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch den Rat oder die Kommission für erforderlich hält, auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen Problems für diesen Mitgliedstaat, das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen, die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung der Kommission mit.

(6) Die Kommission beschließt binnen sechs Monaten nach den Mitteilungen nach den Absätzen 4 und 5, die betreffenden einzelstaatlichen Bestimmungen zu billigen oder abzulehnen, nachdem sie geprüft hat, ob sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarkts behindern.

Trifft die Kommission innerhalb dieses Zeitraums keine Entscheidung, so gelten die in den Absätzen 4 und 5 genannten einzelstaatlichen Bestimmungen als gebilligt.

Die Kommission kann, sofern dies aufgrund des schwierigen Sachverhalts gerechtfertigt ist und keine Gefahr für die menschliche Gesundheit besteht, dem betreffenden Mitgliedstaat mitteilen, dass der in diesem Absatz genannte Zeitraum gegebenenfalls um einen weiteren Zeitraum von bis zu sechs Monaten verlängert wird.

(7) Wird es einem Mitgliedstaat nach Absatz 6 gestattet, von der Harmonisierungsmaßnahme abweichende einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, so prüft die Kommission unverzüglich, ob sie eine Anpassung dieser Maßnahme vorschlägt.

(8) Wirft ein Mitgliedstaat in einem Bereich, der zuvor bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen war, ein spezielles Gesundheitsproblem auf, so teilt er dies der Kommission mit, die dann umgehend prüft, ob sie dem Rat entsprechende Maßnahmen vorschlägt.

(9) In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 226 und 227 kann die Kommission oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht.

(10) Die vorgenannten Harmonisierungsmaßnahmen sind in geeigneten Fällen mit einer Schutzklausel verbunden, welche die Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren der in Artikel 30 genannten nicht wirtschaftlichen Gründe vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem gemeinschaftlichen Kontrollverfahren unterliegen.

Artikel 295 (ehemals Artikel 222)

Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.

II.
Relevante Artikel des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents Stand 18. Juli 2003 (CONV 850/03)

Artikel I – 5: Beziehungen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten

(1) Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.

(2) Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus der Verfassung ergeben.

Die Mitgliedstaaten erleichtern der Union die Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der in der Verfassung genannten Ziele gefährden könnten.

Artikel I – 9: Grundprinzipien

(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

(2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die ihr von den Mitgliedstaaten in der Verfassung zur Verwirklichung der in ihr niedergelegten Ziele zugewiesen werden. Alle der Union nicht in der Verfassung zugewiesenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen

von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend erreicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden können.

Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit im Anhang zur Verfassung an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in diesem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

(4) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß hinaus.

Die Organe wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang mit dem in Absatz 3 genannten Protokoll an.

Artikel II – 34: Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung

(1) Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

(2) Jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, hat Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

(3) Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

Artikel II – 35: Gesundheitsschutz

Jeder Mensch hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Aktionen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

Artikel II – 36: Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.

Artikel II – 37: Umweltschutz

Ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden.

Artikel II – 38: Verbraucherschutz

Die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.

Artikel III – 6

Unbeschadet der Artikel III-55, III-56 und III-136 und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des Sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge,

dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäische Gesetze festgelegt.

Artikel III – 55

(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Bestimmungen der Verfassung und insbesondere deren Artikel I-4 Absatz 2 und den Artikeln III-55 bis III-58 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Bestimmungen der Verfassung, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Bestimmungen nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.

(3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und erlässt erforderlichenfalls geeignete Europäische Verordnungen oder Beschlüsse.

Artikel III – 56

(1) Soweit in der Verfassung nicht etwas anderes bestimmt ist, sind Beihilfen der Mitgliedstaaten oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

(2) Mit dem Binnenmarkt vereinbar sind:
   a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
   b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
   c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.

(3) Als mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden:
   a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen der Lebensstandard außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;
   b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
   c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
   d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
   e) Sonstige Arten von Beihilfen, die durch vom Ministerrat auf Vorschlag der Kommission erlassene Europäische Verordnungen oder Beschlüsse bestimmt werden.

Artikel III – 136

Mit der Verfassung vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

Abrufbar unter: http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf

III.
KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
Brüssel, den 20.09.2000
KOM(2000) 580 endgültig

Mitteilung der Kommission
Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa
(Auszug)

Zusammenfassung

Leistungen der Daseinsvorsorge sind ein Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftsmodells. Der in den EG-Vertrag neu aufgenommene Artikel 16 bestätigt nunmehr ihre Stellung innerhalb der gemeinsamen Werte der Union und ihre Rolle bei der Förderung von sozialer und territorialer Kohäsion. Diese Dienste tragen zur allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft bei und werden im Rahmen von sich entwickelnden Märkten und Technologien erbracht. Die Globalisierung des Handels, die Vollendung des Binnenmarktes und die schnellen technologischen Veränderungen üben zunehmend Druck aus, neue Sektoren für den Wettbewerb zu öffnen. Vor diesem Hintergrund hat der Rat von Lissabon die Kommission ersucht, ihre Mitteilung von 1996 über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa zu überarbeiten.

Es liegt vor allem in der Verantwortung der staatlichen Stellen, die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Weise ihrer Erfüllung auf den entsprechenden lokalen, regionalen oder nationalen Ebenen und in vollständiger Transparenz zu definieren. Die Gemeinschaft wird in Anwendung der Vertragsbestimmungen und mit dem ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarium sicherstellen, dass die Erbringung dieser Dienste im Hinblick auf Qualität und Preis den Bedürfnissen der Nutzer und der Bürger im Ganzen entspricht.

Die Gemeinschaft hat bereits in einigen Sektoren, die aufgrund ihrer Dimension und strukturellen Vernetzung eine natürliche europäische Dimension aufweisen, Maßnahmen ergriffen. Diese Mitteilung liefert die gegenwärtig verfügbaren Informationen über die positiven Auswirkungen dieser Maßnahmen auf die Verfügbarkeit, die Qualität und die Erschwinglichkeit von Leistungen der Daseinsvorsorge in den genannten Sektoren.

Die bislang gesammelten Erfahrungen bestätigen auch die absolute Vereinbarkeit von hohen Standards bei der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge mit den EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln. Unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere wenn durch die Kräfte des Marktes keine zufriedenstellende Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge erzielt wird, können die Behörden bestimmten Leistungserbringern Pflichten im allgemeinem Interesse auferlegen und ihnen, falls nötig, besondere oder ausschließliche Rechte übertragen und/oder einen Finanzierungsmechanismus entwickeln, der ihnen die Erbringung der Leistungen ermöglicht.

Die Mitgliedstaaten und die entsprechenden Betreiber brauchen Rechtssicherheit. Die Mitteilung klärt sowohl die Reichweite als auch die Kriterien der Anwendung von Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Zunächst finden diese Regeln nur dann Anwendung, wenn es sich bei den erwähnten Aktivitäten um wirtschaftliche Aktivitäten handelt, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten betreffen. Wenn die Regeln Anwendung finden, beruht die Vereinbarkeit mit diesen Regeln auf drei Prinzipien:

- Neutralität im Hinblick auf öffentliches oder privates Eigentum an Unternehmen;
- Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge, die einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen ist;
- Verhältnismäßigkeit, die sicherstellt, dass Einschränkungen des Wettbewerbs und Begrenzungen der Freiheiten im Binnenmarkt nicht über das zur wirksamen Erfüllung der Aufgabe notwendige Maß hinausgehen;

In dem Maße, wie sich die Situation fortentwickelt und die Kommission weitere Erfahrungen bei der Anwendung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln sammelt, wird sie für eine weitere Klarstellung sorgen.

Die Mitteilung zeigt auch Perspektiven auf, wie die Gemeinschaft in partnerschaftlicher Zusammenarbeit mit den lokalen, regionalen und nationalen Behörden auf der Grundlage des Artikels 16 eine

aktive Politik entwickeln kann, um den Zugang aller europäischen Bürger zu den besten Diensten sicherzustellen.

1 Einleitung

1. Im Jahre 1996 veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa[1)] in der sie auf die Bedeutung hinwies, die Gemeinwohlaufgaben für die Verwirklichung der grundlegenden Ziele der Europäischen Union haben. Sie sprach sich deshalb dafür aus, einen entsprechenden Hinweis in den EG-Vertrag aufzunehmen. Die seinerzeit in der Mitteilung vorgenommene Definition der Begriffe[2)] sowie die dort vertretenen Auffassungen und Zielsetzungen in bezug auf die künftige Rolle dieser Leistungen im Binnenmarkt sind nach wie vor gültig. Mit der vorliegenden Mitteilung soll die Veröffentlichung von 1996 aktualisiert werden.

2. Seit Annahme der ersten Mitteilung hat sich manches geändert. Wie von der Kommission vorgeschlagen, wurde in den Vertrag von Amsterdam ein Hinweis auf die Rolle gemeinwohlorientierter Leistungen aufgenommen. Im neuen Artikel 16 EG-Vertrag werden die grundsätzliche Bedeutung der Werte, die Diensten dieser Art zugrunde liegen, und die Pflicht der Gemeinschaft, ihre Politik so zu gestalten und umzusetzen, dass die Dienste ihren Zweck erfüllen können, anerkannt und als Vertragsgrundsatz verankert:

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

3. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Binnenmarkt und gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik sind, wie die Kommission in ihrer Mitteilung von 1996 ausführte, keineswegs unvereinbar, sondern ergänzen einander bei der Verfolgung der grundlegenden Ziele des Vertrags. Diese drei Elemente müssen so zusammenwirken, dass sowohl der einzelne Bürger als auch die Gesellschaft insgesamt davon profitiert.

4. Seit 1996 haben sich Märkte, Technik und Verbraucherbedürfnisse in rasantem Tempo weiterentwickelt. Es wurden Erfahrungen in Wirtschaftszweigen gesammelt, die seinerzeit im Rahmen des Binnenmarktprogramms dem Wettbewerb geöffnet wurden. Die Liberalisierung wurde - bei gleichzeitiger Sicherung und sogar teilweiser Steigerung des Qualitätsniveaus und Verbraucherschutzes - auf Gemeinschaftsebene fortgesetzt. Mit zunehmender Vertiefung des Binnenmarkts stellten sich neue Fragen im Zusammenhang mit der Abgrenzung bestimmter Dienstleistungen, die früher hauptsächlich unter wettbewerbsfremden Bedingungen erbracht worden waren, aber inzwischen durchaus Wettbewerber auf den Plan rufen oder in Zukunft für sie von Interesse sein können. Außerdem führten technische Entwicklungen und insbesondere das Aufkommen der Informationsgesellschaft zu der Schlussfolgerung, dass der territoriale Ansatz in Bezug auf einige dieser Leistungen veraltet ist und dass die Dienste aus einer grenzüberschreitenden Perspektive heraus gesehen werden sollten.

5. Trotz der positiven Auswirkungen der Liberalisierung wurden immer wieder Bedenken im Hinblick auf gemeinwohlorientierte Dienste und das diesbezügliche Handeln der Europäischen Gemeinschaft laut. Bei manchen Bürgern besteht die Befürchtung, dass die Qualität solcher Dienste möglicherweise angesichts technischer Neuerungen, veränderter rechtlicher Rahmenbedingungen und wachsender Verbrauchernachfrage zu kurz kommt. Ausgehend von diesen Ängsten argumentieren etablierte Anbieter und die sie unterstützenden staatlichen Stellen, dass die Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften möglicherweise die einschlägigen Strukturen, die ihren Nutzen über lange Zeit hinweg bewiesen hätten, und mit ihnen die Qualität der für die Allgemeinheit erbrachten Dienste gefährden. Konkurrierende Privatanbieter behaupten wiederum, dass bestehende Regelungen den Organisationen, die ein Staat mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistungen beauftragt hat, einen unlauteren Vorteil verschaffen und gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen.

6. Vor diesem Hintergrund und auf Ersuchen des Europäischen Rates von Lissabon, das in Feira bekräftigt wurde, hat die Kommission ihre Mitteilung von 1996 auf den neuesten Stand gebracht. Sie verfolgt damit das zweifache Ziel,
   - die jeweiligen Rollen der Behörden auf den verschiedenen Ebenen und die Anwendung der wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften auf Leistungen der Daseinsvorsorge näher zu erläutern, um dem Wunsch einiger Anbieter nach mehr Rechtssicherheit Rechnung zu tragen (besonderes Augenmerk gilt dabei der Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen) und
   - einen europäischen Rahmen für ein reibungsloses Funktionieren der Leistungen der Daseinsvorsorge zu schaffen, in dem die lokalen, regionalen und nationalen Behörden sowie die Gemeinschaft gemäß Artikel 16 EG-Vertrag ihren jeweiligen Part zu übernehmen haben.
7. Die Mitteilung ist in mehrere Abschnitte gegliedert. In Abschnitt 2 legt die Kommission ihre Ansichten zu der Aufgabe dar, die Leistungen der Daseinsvorsorge erfüllen. In Abschnitt 3 wird die Anwendung der wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften auf solche Leistungen erläutert. In Abschnitt 4 werden einige vorläufige Schlussfolgerungen aus den Erfahrungen gezogen, die im Zusammenhang mit der Anwendung des Universaldienstprinzips in nach dem Binnenmarktprogramm liberalisierten Wirtschaftszweigen gesammelt wurden (nähere Einzelheiten zur Lage in einzelnen Branchen siehe Anhang I). Abschnitt 5 schließlich gibt Anhaltspunkte für weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität und zur effizienteren Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge als einem Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftsmodells.

(...)

---

1) ABl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3.
2) Siehe Anhang II.

Abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2000/com2000_0580de01.pdf

IV.
KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 17.10.2001
KOM(2001) 598 endgültig

Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken Leistungen der Daseinsvorsorge

(Auszug)

Einführung

1. In einer Welt des Wandels bleiben Leistungen der Daseinsvorsorge eines der wesentlichen Fundamente des Europäischen Gesellschaftsmodells. Bürger und Unternehmen in Europa erwarten heute, dass ein breites Spektrum derartiger Leistungen von hoher Qualität zu erschwinglichen Preisen verfügbar ist. Diese Leistungen tragen zur Lebensqualität der Bürger bei und sind eine Vorbedingung dafür, dass diese zahlreiche Grundrechte in vollem Umfang wahrnehmen können. Der Zugang zu Leistungen der Daseinsvorsorge für alle Teile der Gesellschaft ist einer der gemeinsamen Werte aller europäischen Gesellschaften. Derartige Leistungen tragen zur Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie bei und stärken den sozialen und geografischen Zusammenhalt in der Europäischen Union. Sie sind ein wesentlicher Bestandteil der Verbraucherschutzpolitik der Gemeinschaft. Für die Beitrittsländer haben funktionsfähige Leistungen der Daseinsvorsorge wesentliche Bedeutung für ihre reibungslose Integration in die Europäische Union.
2. Dass die europäischen Bürger und Unternehmer großen Wert darauf legen, dass derartige Dienstleistungen aufrechterhalten und weiter ausgebaut werden, findet seinen Niederschlag auch in den Maßnahmen der Europäischen Union. Auf Ebene der Europäischen Union ist die Rolle der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausdrücklich in Artikel 16 EG-Vertrag aner-

kannt worden, der durch den Vertrag von Amsterdam eingeführt wurde. In jüngerer Zeit wurde der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nun auch unter die Grundrechte der Europäischen Union eingereiht. In Artikel 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union[1], die auf der Tagung des Europäischen Rats von Nizza feierlich proklamiert worden ist, heißt es:

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

3. Überlässt man den Markt sich selber, so ist er durchaus in der Lage, für viele Menschen zahlreiche Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen. Allerdings versagt der Markt manchmal dabei, die sozial erwünschten Ergebnisse zu erzielen, was dazu führt, dass Leistungen nicht in ausreichenden Maße erbracht werden. Dies kann sich zum Beispiel ergeben, (i) weil Einzelpersonen oder der Markt nicht in der Lage sind, alle Vorteile angemessen zu bewerten, die sich in Zukunft oder für die Gesellschaft insgesamt ergeben (z. B. in der Bildung), (ii) wegen des Wunsches der Gesellschaft, die Bereitstellung und Nutzung von „meritorischen Gütern" and „öffentlich bereitgestellten Gütern (Club Goods)" wie z. B. Museen zu fördern oder (iii) wegen der Bestrebung der Gesellschaft sicherzustellen, dass alle Bürger einschließlich der ärmsten Zugang zu bestimmten Leistungen von angemessener Qualität haben. In derartigen Fällen kann eine Intervention des öffentlichen Sektors erforderlich sein.

4. Die Kommission hat die Grundsätze ihrer Maßnahmen und Zielsetzungen in diesem Bereich in zwei einander ergänzenden Mitteilungen zum Thema „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa" von 1996 und 2000[2] festgelegt. In ihrer Mitteilung von 1996 stellt die Kommission insbesondere klar, dass Erbringung und Weiterentwicklung von hochwertigen Leistungen der Daseinsvorsorge in vollem Einklang mit den Vertragsregelungen steht und dass der Vertrag es zulässt, die Besonderheiten derartiger Leistungen in vollem Umfang zu berücksichtigen. Die Mitteilung von 2000, die das Bedürfnis nach Rechtssicherheit der Mitgliedsstaaten und der betreffenden Akteure anerkennt, erklärt sowohl die Reichweite als auch die Kriterien der Anwendung von Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags.

5. Der Europäische Rat von Nizza vom 7., 8. and 9. Dezember 2000 nahm zur Kenntnis, *„dass die Kommission in enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten prüfen will, wie bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts in Zusammenhang mit den Leistungen der Daseinsvorsorge für größere Vorhersehbarkeit und verstärkte Rechtssicherheit Sorge getragen werden kann..."* und billigte eine Erklärung des Rates Binnenmarkt vom 28. September 2000, in der zwei spezielle Anliegen geäußert wurden:
   - *„Die Anwendung der Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln muss es den gemeinwirtschaftlichen Diensten ermöglichen, ihren Aufgaben unter Wahrung der Rechtssicherheit und der Wirtschaftlichkeit nachzukommen, die unter anderem die Grundsätze Gleichbehandlung, Qualität und Kontinuität garantieren. Hier muss insbesondere die Abstimmung der Finanzierungsmodi der gemeinwirtschaftlichen Dienste mit der Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen präzisiert werden. Insbesondere sollte die Vereinbarkeit der Beihilfen, mit denen die zusätzlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben ausgeglichen werden sollen, unter Beachtung des Artikels 86 Absatz 2, anerkannt werden.*
   - *Der Beitrag der gemeinwirtschaftlichen Dienste zum Wirtschaftswachstum und zum sozialen Wohlergehen rechtfertigt voll und ganz eine regelmäßige Bewertung der Art und Weise, wie diese Aufgaben bewältigt werden, insbesondere hinsichtlich der Qualität der Dienste, der Zugänglichkeit, der Sicherheit und des ausgewogenen und transparent gestalteten Preises. Die Bewertung könnte im Rahmen des Cardiff-Prozesses auf der Grundlage von Beiträgen der Mitgliedstaaten und der Kommission, des Austauschs von Informationen über bewährte Praktiken oder anhand der Evaluierung durch Gutachter erfolgen. Im Rahmen des Forums ‚Der Binnenmarkt im Dienste der Bürger und der Unternehmen' könnten auch die Bürger und die Verbraucher gehört werden."*

6. Der Europäische Rat forderte die Kommission auf, anlässlich seiner Tagung in Laeken im Dezember 2001 über Leistungen der Daseinsvorsorge erneut zu berichten. Mit dem vorliegenden Bericht

soll dieser Bitte entsprochen werden. Es geht nicht darum, eine umfassende Übersicht über die Strategie im Bereich Leistungen der Daseinsvorsorge auf Gemeinschaftsebene zu bieten; der Berichte ersetzt nicht die Mitteilungen von 1990 und 2000. Diese Mitteilungen und insbesondere die darin niedergelegten Begriffsbestimmungen, Grundsätze und Zielsetzungen haben nach wie vor Gültigkeit[3]. Dieser Berichte hat einen begrenzten Zweck, er soll nämlich diese Mitteilungen dadurch ergänzen, dass er sich mit den spezifischen Anliegen des Rates Binnenmarkt befasst und die zusätzlichen Anmerkungen zu der Mitteilung vom September 2000 berücksichtigt, die von den Mitgliedstaaten und interessierten Parteien eingegangen sind.

(...)

---

1) ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1
2) ABl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3. und ABl. C 17 vom 19.1.2001, S. 4
3) Zur leichteren Orientierung sind die Bestimmungen der in den Mitteilungen von 1996 und 2000 verwendeten Begriffe im Anhang aufgeführt.

Abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2001/com2001_0598de01.pdf

V.
KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 5.6.2002
KOM(2002) 280 endgültig

Bericht der Kommission über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

A. Einleitung

1. Auf Ersuchen des Europäischen Rates vom 7., 8. und 9. Dezember 2000 in Nizza unterbreitete die Kommission dem **Europäischen Rat in Laeken** am 14. und 15. Dezember 2001 einen **Bericht über die Leistungen der Daseinsvorsorge** (KOM(2001)598 endg.). In diesem Bericht weist die Kommission u.a. darauf hin, dass sie zur Verbesserung der Rechtssicherheit im Bereich der Vergütungen für öffentliche Dienstleistungen beabsichtigt, *„in enger Abstimmung mit den Mitgliedstaaten, im Laufe des Jahres 2002 einen gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für staatliche Beihilfen für mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragte Unternehmen zu schaffen. Durch einen solchen rechtlichen Rahmen werden die Mitgliedstaaten und Unternehmen über die Bedingungen informiert, unter denen staatliche Beihilfen, die als Ausgleich dafür gewährt werden, dass Verpflichtungen zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auferlegt werden, von der Kommission genehmigt werden können. Insbesondere könnte man in einem solchen Rahmen die Bedingungen für die Genehmigung staatlicher Beihilfensysteme durch die Kommission festlegen, so dass die Verpflichtung zur Unterrichtung für Einzelbeihilfen abgemildert wird. In einem zweiten Schritt wird die Kommission die Erfahrung mit der Anwendung dieses rechtlichen Rahmens prüfen, und, falls und soweit dies gerechtfertigt ist, wird sie eine Verordnung erlassen, mit der bestimmte Beihilfen im Bereich der Leistungen der Daseinsvorsorge von der Verpflichtung zur vorherigen Unterrichtung ausgenommen werden."*

2. **Der Europäische Rat**, der am 15. und 16. März 2002 **in Barcelona** stattfand, forderte die Kommission insbesondere auf, *„ihm auf seiner Tagung in Sevilla über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen zu berichten und erforderlichenfalls eine Gruppenfreistellungsverordnung in diesem Bereich vorzuschlagen."*

   Der vorliegende Bericht ist eine Antwort auf dieses Ersuchen

B. Rechtscharakter der Vergütungen für öffentliche Dienstleistungen

3. Die Kommission hat lange die Auffassung vertreten, dass die aus staatlichen Mitteln finanzierte Unterstützung der mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) beauftragten Unternehmen keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, wenn durch eine derartige Unterstützung lediglich zusätzliche Lasten ausgeglichen werden, die vom Staat aus Gründen der Daseinsvorsorge auferlegt werden[1].

4. In seinen Urteilen FF SA vom 27. Februar 1997[2] und SIC vom 10. Mai 2002[3] vertrat das Gericht erster Instanz (GEI) folgende Auffassung: *„Der Umstand, dass die staatlichen Stellen einem Unternehmen einen finanziellen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesem Unternehmen angeblich übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, hat keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag, auch wenn dies bei der Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag berücksichtigt werden kann."*

5. Das GEI erklärt aber auch, dass Artikel 86 Absatz 2 für mit DAWI beauftragte Unternehmen eine Ausnahme vorsieht: *„Daher fällt die Zahlung einer staatlichen Beihilfe dann nicht unter das Verbot des Artikels 87 des Vertrages, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen."*

6. Am 25. März 1998 wies der Gerichtshof das gegen das Urteil des GEI vom 27. Februar 1987 in der Rechtssache FFSA eingelegte Rechtsmittel zurück. Außerdem erklärte er in seinem Urteil CELF vom 22. Juni 2000[4], dass es Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag nicht zulässt, von der Anwendung des Artikels 88 Absatz 3 abzuweichen, der die vorherige Anmeldung vorsieht und eine aufschiebende Wirkung auf die Zahlung der Beihilfe hat.

7. Am 22. November 2001 **erließ der Gerichtshof sein Urteil in der Rechtssache Ferring**[5] über den Großhandelsvertrieb von Arzneimitteln in Frankreich. In diesem Urteil erklärte er, dass im Falle einer Steuerbefreiung zugunsten von mit DAWI betrauten Unternehmen, durch die lediglich die Mehrkosten der öffentlichen Dienstleistung ausgeglichen wird, die begünstigten Unternehmen keinen Vorteil im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 erhalten und die betreffende Maßnahme demnach keine staatliche Beihilfe darstellt.

   Denn durch die öffentlichen Dienstleistungsverpflichtungen können Mehrkosten entstehen, die Konkurrenten nicht haben, und durch die Ausgleichszahlung wird das begünstigte Unternehmen in dieselbe Lage wie seine Konkurrenten versetzt. Übersteigt aber die Steuerbefreiung den für die Erfüllung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags notwendigen Betrag, so liegt eine staatliche Beihilfe vor. Die Kommission hat ihre Entscheidungspraxis auf diese neue Rechtsprechung des Gerichtshofs abgestellt.

8. Am 19. März 2002 stellte **Generalanwalt LEGER in der Rechtssache Altmark Trans seine Schlussanträge**[6]. Gegenstand dieser Rechtssache sind die Bedingungen, unter denen ein Mitgliedstaat Unternehmen, die einen regionalen Personenverkehrsdienst betreiben, Zuschüsse gewähren dürfen. In seinen Schlussanträgen schlägt der Generalanwalt dem Gerichtshof vor, sein Urteil Ferring vom 22. November 2001 umzustoßen und sich der Rechtsprechung des GEI in den Rechtssachen FFSA und SIC anzuschließen, für das Abgeltungen für öffentliche Dienstleistungen staatliche Beihilfen sind.

9. Am 30. April 2002 stellte **Generalanwalt JACOBS seine Schlussanträge in der Rechtssache GEMO SA**[7], in der es um einen öffentlichen Dienst der Sammlung und Verwertung von Tierkörpern und gefährlichen Schlachtabfällen geht. Der Generalanwalt schlägt vor, zwischen zwei Fallkategorien zu unterscheiden, die sich nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen und danach richtet, wie klar diese Verpflichtungen definiert sind. In den Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflich-

tung unmittelbar und offensichtlich ist, gilt - wie im Urteil Ferring - der Ausgleichsansatz. Das deutlichste Beispiel für einen solchen Zusammenhang sind Verträge über die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die nach Durchführung eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Vergabeverfahrens geschlossen werden. In den Fällen aber, in denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich oder die Verpflichtung nicht klar definiert ist, würde der Beihilfenansatz gelten.

10. Der Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken wurde auf der Grundlage der Rechtsprechung erstellt, wonach Ausgleichszahlungen staatliche Beihilfen darstellen. Den **letzten Entwicklungen zufolge gibt es aber noch keine konstante Rechtsprechung** und sind die Urteile in den beiden Rechtssachen Altmark und GEMO abzuwarten, bevor in einem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen eine endgültige Position bezogen werden kann.

C. Auswirkung der Fortentwicklung der Rechtsprechung auf die weiteren Arbeiten der Kommission im Bereich der Abgeltung öffentlicher Dienstleistungen

11. Falls der Gerichtshof in den kommenden Urteilen seine Rechtsprechung in der Rechtssache Ferring nicht bestätigt, sondern die Auffassung vertritt, dass Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen staatliche Beihilfen sind, so kann die Kommission die in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vorgeschlagenen beiden Verfahrensschritte fortsetzen, nämlich in einem ersten Schritt einen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen erstellen und in einem zweiten Schritt, aufgrund der Erfahrung mit der Anwendung dieses Gemeinschaftsrahmens gegebenenfalls eine Verordnung erlassen, mit der bestimmte Beihilfen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von der Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung ausgenommen werden.

12. Falls der Gerichtshof in seinen kommenden Urteilen seine Rechtsprechung in der Rechtssache Ferring bestätigt, werden die Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen als Maßnahmen angesehen werden müssen, die keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, soweit sie den für eine ordnungsgemäße Erbringung der DAWI notwendigen Betrag nicht überschreiten. In diesem Falle unterliegen die Ausgleichszahlungen nicht der Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung nach Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag.

13. Allerdings hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Ferring erklärt, dass der Betrag, der über die für die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung notwendige Abgeltung hinausgeht, eine staatliche Beihilfe darstellt, die nicht aufgrund von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genehmigt werden kann. Ob eine derartige Beihilfe gegebenenfalls mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, müsste die Kommission nach den allgemeinen Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen prüfen.

14. Daher vertritt die Kommission die Auffassung, dass es nützlich wäre, auch wenn sich die Rechtsprechung in der Rechtssache Ferring bestätigt, über ein Dokument zu verfügen, dessen Rechtsform zu gegebener Zeit festgelegt werden müsste, um die Rechtssicherheit zu erhöhen, insbesondere was die Berechnung des finanziellen Ausgleichs und die Wahl der mit DAWI betrauten Unternehmen betrifft.

15. Die Rechtsdiskussion über die Einstufung der Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen nach Artikel 87 EG-Vertrag hat keinerlei Auswirkungen auf das reibungslose Funktionieren der DAWI. Falls nämlich die Rechtsprechung der Rechtssache Ferring bestätigt wird, stellt die korrekt berechnete Ausgleichszahlung keine staatliche Beihilfe dar. Wird die Rechtsprechung in der Rechtssache Ferring nicht bestätigt, so stellt die korrekt berechnete Ausgleichszahlung eine staatliche Beihilfe dar, die aber in Anwendung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Stellt ein finanzieller Ausgleich eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar, so muss diese gemäß Artikel 88 Absatz 3 zunächst der Kommission mitgeteilt werden. Stellt hingegen der finanzielle Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, so entfällt die Verpflichtung zur Anmeldung gemäß Artikel 88 Absatz 3.

D. Stand der Arbeiten in der Kommission und Voraussagen

16. Die Kommissionsdienststellen arbeiten auf der Grundlage der in den Rdnr. 11 bis 15 beschriebenen Orientierungen an einem Textentwurf. Dabei muss der weiteren Entwicklung der gemeinschaftlichen Rechtsprechung Rechnung getragen werden. Nach Auffassung der Kommission sollten vorsichtshalber die kommenden Urteile des Gerichtshofs in der Frage der Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen abgewartet werden, bevor in einem Gemeinschaftsrahmen endgültig Stellung bezogen wird.

17. Wie bereits in dem Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken erklärt wurde, müssen diese Arbeiten in enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten erfolgen. Zu diesem Zweck werden die Kommissionsdienststellen im Herbst 2002 eine erste Sitzung mit den nationalen Sachverständigen auf der Grundlage eines Arbeitsdokuments der beteiligten Dienststellen abhalten. Dieses Dokument wird anhand der künftigen Rechtsprechung im Hinblick auf die Annahme eines Textes durch die Kommission nach Möglichkeit gegen Jahresende fertiggestellt.

    In diesem Dokument dürften u.a. die einschlägige Rechtsprechung insbesondere hinsichtlich der Begriffe Wirtschaftstätigkeit und Beeinträchtigung des Handels präsentiert und die Modalitäten für die Berechnung der Ausgleichszahlung insbesondere in Verbindung mit öffentlichen Aufträgen präzisiert werden, um eine Überkompensation zu vermeiden.

    Von diesem Text bleiben die besonderen Vorschriften im Bereich des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs unberührt.

18. Was die Frage einer Gruppenfreistellungsverordnung betrifft, so wird die Kommission anhand der in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken niedergelegten Orientierungen die Notwendigkeit und Durchführbarkeit einer derartigen Verordnung prüfen.

---

1) Wie die Kommission in ihren Mitteilungen über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa im Jahre 1996 (ABl. C 281 vom 26.9.1996) und 2000 (ABl. C 17 vom 19.1.2001) erklärt hat, können nur öffentliche Unterstützungen zugunsten von Dienstleistungen, bei denen es sich um Wirtschaftstätigkeiten handelt und der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 87 EG-Vertrag darstellen.
2) Rechtssache T-106/95, Slg. 1997, S. II-0229.
3) Rechtssache T-46/97, Slg 2000, S. II-2125.
4) Rechtssache C-332/98.
5) Rechtssache C-53/00.
6) Rechtssache C-280/00.
7) Rechtssache C-126/01.

Abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/com2002_0280de01.pdf

VI.
KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 21.5.2003
KOM(2003) 270 endgültig

GRÜNBUCH ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE

(Auszug)

EINFÜHRUNG

1. Die Europäische Union ist an einem Wendepunkt in ihrer Geschichte angelangt. Sie bereitet sich auf eine beispiellose Erweiterungswelle vor und arbeitet innerhalb des Konvents zugleich an einer Neudefinierung ihrer Aufgaben und der Arbeitsweise ihrer Organe im Rahmen eines neuen Verfassungsvertrags. Darüber hinaus hat sie eine Entwicklungsstrategie auf den Weg gebracht, die von den Synergieeffekten zwischen wirtschaftlichen und sozialen Reformen getragen wird und zudem auf den Dimensionen Nachhaltigkeit und Umweltverträglichkeit beruht.

2. Vor diesem Hintergrund werden die *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* zunehmend wichtiger. Als unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells gehören sie zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind. Sie spielen bei der Erhöhung der Lebensqualität aller Bürger und der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung eine entscheidende Rolle. In Anbetracht ihres Stellenwertes in der Wirtschaft und ihrer Bedeutung für die Herstellung von Waren und die Erbringung sonstiger Dienstleistungen zählt die Effizienz und Qualität dieser Leistungen zu jenen Faktoren, die insbesondere im Hinblick auf die Attraktivität benachteiligter Regionen für Investoren zu größerer Wettbewerbsfähigkeit führen und den Zusammenhalt verbessern. Hinzu kommt, dass die effiziente und diskriminierungsfreie Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und für die weitere wirtschaftliche Integration in die Europäische Union ist. Da diese Leistungen Rechte widerspiegeln, die die Bürger Europas in Anspruch nehmen können und sie Gelegenheit für den Dialog mit den Behörden im Rahmen des verantwortungsvollen Regierens in Europa bieten, stellen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse darüber hinaus einen Pfeiler der europäischen Staatsbürgerschaft dar.

3. Mit Blick auf den bevorstehenden Beitritt der neuen Mitgliedstaaten sind die Gewährleistung effizienter und hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und insbesondere die Entwicklung der netzgebundenen Wirtschaftszweige und deren Zusammenschaltung von entscheidender Bedeutung. Dabei geht es darum, die Integration zu erleichtern, das Wohlergehen der Bürger zu befördern und dem Einzelnen zu helfen, wirksamen Gebrauch von seinen Grundrechten zu machen. Da mehrere neue Mitgliedstaaten in den vergangenen zehn Jahren darüber hinaus den Übergang zur Marktwirtschaft vollzogen haben, gilt es ihre Bürger nun von der Bedeutung zu überzeugen, die die Union dem Zugang des Einzelnen zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beimisst.

4. Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bilden den Dreh- und Angelpunkt der politischen Debatten. In der Tat berühren sie die zentrale Frage, welche Rolle in einer Marktwirtschaft staatlichen Stellen zukommt, da sie einerseits das reibungslose Funktionieren des Marktes und die Einhaltung der Spielregeln durch alle Akteure sicherstellen und andererseits das öffentliche Interesse gewährleisten, insbesondere die Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger und die Erhaltung von Kollektivgütern in Fällen, in denen der Markt dazu nicht in der Lage ist.

5. In den Anfangsjahren der Gemeinschaften führte die Zielsetzung der wirtschaftlichen Integration dazu, dass der Ausräumung der Handelsbarrieren zwischen den Mitgliedstaaten besonderes Augenmerk galt. Vor allem seit der zweiten Hälfte der 80er-Jahre öffnete sich eine Reihe der Sektoren, von denen hauptsächlich oder zumindest auch Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht werden, nach und nach für den Wettbewerb: Telekommunikation, Postdienste, Verkehr und Energiesektor. Durch die Liberalisierung erhielt die Modernisierung, gegenseitige Vernetzung und Integration dieser Sektoren Auftrieb. Sie ließ die Anzahl der Wettbewerber ansteigen und zog Preissenkungen nach sich, insbesondere in den Sektoren und Ländern, in denen die Liberalisierung frühzeitig vollzogen wurde. Zwar gestattet die bisherige Datenlage noch keine Einschätzung der langfristigen Auswirkungen, die durch die Öffnung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für den Wettbewerb hervorgerufen wurden, doch liefern die vorliegenden Erkenntnisse keine Anhaltspunkte, die etwa die These stützen würden, dass die Liberalisierung sich auf die Gesamtleistung negativ ausgewirkt hätte. Dies lässt sich zumindest für die Erschwinglichkeit und die Erbringung des Universaldienstes sagen. Die Gemeinschaft hat sich stets für eine „kontrollierte" Liberalisierung eingesetzt, d. h. für eine schrittweise Öffnung des Marktes, flankiert von Maßnahmen zum Schutz des Gemeinwohls; hierbei soll insbesondere das Universaldienstkonzept den Zugang aller zu einer qualitativ definierten Dienstleistung gewährleisten, und zwar zu einem erschwinglichen Preis, unabhängig von der wirtschaftlichen, sozialen oder geografischen Lage. Besonderes Augenmerk richtet die Gemeinschaft in diesem Zusammenhang auf die Sicherstellung ausreichender Standards für grenzüberschreitende Leistungen, die sich auf nationaler Ebene allein nicht angemessen regulieren lassen.

6. Ursprüngliche Befürchtungen, dass sich die Marktöffnung ungünstig auf die Beschäftigung oder auf die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auswirken könnte, haben sich bisher nicht bestätigt. Im Allgemeinen sind die Leistungen durch die Markt-

öffnung erschwinglicher geworden. Beispielsweise ist in den meisten Mitgliedstaaten im Zeitraum 1996-2002 der Anteil des persönlichen Einkommens, den die einkommensschwächsten Verbraucher für einen Standardkorb von Telefonanrufen oder eine Standardmenge Stromverbrauch aufbringen mussten, zurückgegangen. Die Auswirkungen der Marktöffnung auf die Nettobeschäftigung waren vielfach ebenfalls positiv. Die entfallenden Arbeitsplätze, insbesondere in den ehemaligen Monopolunternehmen, wurden durch das Entstehen neuer Beschäftigungsmöglichkeiten als Folge des Marktwachstums mehr als wettgemacht. Den vorliegenden Schätzungen zufolge hat die Liberalisierung der netzgebundenen Wirtschaftszweige unionsweit zum Entstehen von insgesamt fast einer Million neuer Arbeitsplätze geführt[1].

7. Dennoch kam es nach den ersten Schritten in Richtung Liberalisierung zu gewissen Missverständnissen. Die Kommission hat wiederholt versucht, die Gemeinschaftspolitiken für diesen Bereich zu erläutern. So beschrieb sie in einer ersten horizontalen Mitteilung aus dem Jahr 1996[2], welche Wechselwirkung zum Wohle der Bürger zwischen den Gemeinschaftsmaßnahmen in den Bereichen Wettbewerb und freier Warenverkehr und den Aufgaben bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen besteht. Darüber hinaus enthält diese Mitteilung den Vorschlag, die Förderung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zusätzlich in die Ziele des Vertrags aufzunehmen. Im Jahr 2000[3] erfolgte eine Aktualisierung mit dem Ziel, den Akteuren größere Rechtssicherheit bei der Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln auf ihre Tätigkeit zu geben. 2001 kam zu diesen beiden Mitteilungen noch der Bericht für den Europäischen Rat in Laeken[4] hinzu, in dem die Problematik der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen betrauten Akteure angesprochen wurde. Verwiesen wird darin besonders auf die durch Artikel 86 Absatz 2 des Vertrags[5] gebotenen Garantien, die Maßnahmen der Gemeinschaft und die Verantwortung der Mitgliedstaaten, insbesondere bei der Festlegung von Gemeinwohlverpflichtungen. Darüber hinaus hat die Kommission versucht, über sektorale und horizontale Evaluierungen ein besseres Bild von der Leistung der Wirtschaftszweige zu erlangen, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbringen.

8. Inzwischen ist die Diskussion in vollem Gange, wobei eine Schwerpunktverlagerung stattgefunden hat. Im Vertrag von Amsterdam wird der Stellenwert anerkannt, den die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen[6]. Auch weist er der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten „im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse" die Verantwortung für das reibungslose Funktionieren dieser Dienste zu. Im Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten wird hervorgehoben, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus zu wahren. Darüber hinaus heißt es in der Charta der Grundrechte[7], dass die Union das Recht der Bürger auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anerkennt und achtet. Diese neuen Bestimmungen sind wichtige Bestandteile der Fortentwicklung des europäischen Integrationsprozesses: vom wirtschaftlichen Bereich hin zu allgemeineren Fragen das europäische Gesellschaftsmodell, das Konzept der europäischen Staatsbürgerschaft und die Beziehungen zwischen dem einzelnen Unionsbürger und den staatlichen Behörden betreffend. Überdies werfen sie die Frage nach den Mitteln für ihre wirksame Umsetzung auf. Nach Auffassung der Kommission bedürfen diese Fragen einer strukturierteren Aussprache in größerem Rahmen. Natürlich wird diese Aussprache den Arbeiten im Europäischen Konvent und in der nächsten Regierungskonferenz Rechnung tragen und von ihnen befruchtet werden - etwa den Überlegungen zu den Werten und Zielen der Union, zur Frage der Zuständigkeiten, zum Subsidiaritätsprinzip und zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

9. Die Bürger sind sich in bestimmten Fragen weiterhin unsicher und hegen Bedenken, auf die reagiert werden muss. Das Europäische Parlament forderte die Kommission auf, einen Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vorzulegen, und auch der Rat verlangte von ihr, sich mit dieser Frage zu befassen[8].

10. Die realen Bedingungen, unter denen die - wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbracht werden, sind komplexer Natur und in ständiger Entwicklung begriffen. Sie umfassen ein breites Spektrum von Aktivitäten unterschiedlicher Art, von bestimmten Aktivitäten in den großen netzgebundenen Branchen (Energiesektor, Postdienste, Verkehr und Telekommunikation) bis hin zu den Bereichen Gesundheit, Bildung und Sozial-

leistungen, die sich sowohl von ihrem Wirkungsfeld - auf europäischer, wenn nicht gar globaler oder auch nur lokaler Ebene - als auch vom Charakter her (marktbezogen oder nicht marktbezogen) voneinander unterscheiden. Die Organisation dieser Dienste hängt von den kulturellen Traditionen, der Geschichte und den geografischen Verhältnissen des einzelnen Mitgliedstaates und den besonderen Merkmalen der betreffenden Tätigkeit ab, was insbesondere auf den Bereich der technischen Entwicklung zutrifft.

11. Die Europäische Union respektiert diese Vielfalt und die Rolle der nationalen, regionalen und örtlichen Behörden, die das Wohlergehen ihrer Bürger sicherstellen und demokratische Auswahlmöglichkeiten garantieren müssen, unter anderem in Bezug auf das Qualitätsniveau der Leistungen. Diese Vielfalt liefert die Erklärung für den unterschiedlichen Grad, zu dem die Gemeinschaft Maßnahmen ergreift und unterschiedliche Instrumente eingesetzt werden. Im Rahmen der ihr allein vorbehaltenen Befugnisse hat die Union ebenfalls bestimmte Aufgaben zu erfüllen. Darüber hinaus werfen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse überall in der Europäischen Union Fragen und Probleme auf, die sich ungeachtet der unterschiedlichen Leistungen und zuständigen Behörden nicht voneinander unterscheiden.

12. Die Diskussion, die mit diesem Grünbuch eingeläutet werden soll, bezieht sich auf folgende Fragen:
    - Umfang möglicher Maßnahmen der Gemeinschaft zur Umsetzung des Vertrags bei voller Respektierung des Subsidiaritätsprinzips.
    - Grundsätze, die in eine mögliche Rahmenrichtlinie oder ein anderes allgemeines Instrument zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Eingang finden könnten, und zusätzlicher Nutzen (Mehrwert) eines solchen Instruments.
    - Definition verantwortungsvollen Regierens bezogen auf Organisation, Regulierung, Finanzierung und Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mit dem Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft zu erhöhen und einen effizienten und fairen Zugang zu hochwertigen und bedarfsgerechten Dienstleistungen für jedermann zu gewährleisten.
    - Maßnahmen, die zur Schaffung größerer Rechtssicherheit beitragen könnten sowie zur Sicherstellung eines schlüssigen und harmonischen Ausgleichs zwischen dem Ziel, weiterhin hochwertige Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu erbringen, und der strikten Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktvorschriften.

13. Das Grünbuch ist in fünf Hauptabschnitte sowie eine Einführung und einen Schlussfolgerungsteil untergliedert. Abschnitt 1 schildert den Hintergrund und in Abschnitt 2 wird der Umfang von Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beschrieben. Im dritten Teil werden dem Leser Elemente eines möglichen gemeinsamen Konzepts der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf der Grundlage der bereits vorhandenen sektorspezifischen Rechtsvorschriften vorgestellt. Der vierte Abschnitt ist der Art und Weise gewidmet, in der die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert, finanziert und bewertet werden. Im fünften Abschnitt geht es um die internationale Dimension der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Ergänzt wird das Grünbuch durch einen Anhang mit einer ausführlichen Beschreibung der Gemeinwohlverpflichtungen, die sich aus den bestehenden sektorspezifischen Rechtsvorschriften und den politischen Instrumenten ergeben, mit denen die Einhaltung dieser Verpflichtungen sichergestellt wird.

14. Im Grünbuch wird eine Reihe von Fragen zur Sprache gebracht, zu denen die Kommission gern die Auffassung der Beteiligten in Erfahrung bringen möchte. Eine Zusammenfassung all dieser Fragen liegt diesem Dokument in der Anlage bei.

(...)

---

1) Der Binnenmarkt - Zehn Jahre ohne Grenzen, SEK(2002) 1417 vom 7.1.2003
2) „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa", ABl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3
3) „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa", ABl. C 17 vom 19.1.2001, S. 4
4) KOM(2001) 598 vom 17.10.2001
5) In Artikel 86 Absatz 2 heißt es: *„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind ..., gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere*

die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft."

6) Artikel 16 des Vertrags lautet: *„Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können"*

7) Artikel 36 der Charta hat folgenden Wortlaut: *„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern"*

8) Siehe auch Schlussfolgerungen des Vorsitzes auf dem Europäischen Rat von Barcelona am 15. und 16. März 2002, Abschnitt 42, und auf dem Europäischen Rat von Brüssel am 20. und 21. März 2003, Abschnitt 26

Abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2003/com2003_0270de01.pdf

VII.
Auswahl einschlägiger Urteile des Europäischen Gerichtshofs zwischen 1973 und 2003 (Auszüge)

Rechtssache 155/73 – Sacchi –, Urteil v. 30. April 1974 (Slg. 1974, 409ff.)

Leitsätze des Urteils

(...)

2 *Freier Warenverkehr - Dienstleistungen - Abgrenzung*

3 *Dienste - Leistungen - Fernsehsendungen - Ausstrahlung - Qualifizierung - Für die Ausstrahlung verwendete Materialien - Bestimmungen über den freien Warenverkehr*
(EWG-Vertrag, Artikel 60)

4 *Freier Warenverkehr - Fernsehsendungen - Werbung - Unternehmen eines Mitgliedstaates - Ausschließliches Recht - Zulässigkeit - Verbotene Nutzungsweise*
(EWG-Vertrag, Artikel 60)

5 *Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Vermarktung der Erzeugnisse - Verbotene beschränkende Wirkungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 30)

6 *Staatliche Handelsmonopole - Dienstleistungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 37)

7 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Beherrschende Stellung auf dem Markt - Zulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 86, Artikel 90)

8 *Wettbewerb - Mit Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen - Anwendung der Wettbewerbsvorschriften*

9 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Beherrschende Stellung auf dem Markt - Missbrauch - Verbot - Unmittelbare Wirkung - Individuelle Rechte - Rechtsschutz*
(EWG-Vertrag, Artikel 86, Artikel 90)

10 Dienste - Leistungen - Fernsehsendungen - Unternehmen eines Mitgliedstaates - Ausschließliches Recht - Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit - Verbot (EWG-Vertrag, Artikel 7)

(...)

2 Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, unter die Bestimmungen über den freien Warenverkehr fallen. Doch ist dies nach Artikel 60 nur der Fall, soweit sie diesen Bestimmungen unterstellt sind.

3 Die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solchen, einschließlich jener zu Werbezwecken, fällt unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen. Dagegen unterliegt der Handel mit sämtlichen Materialien, Tonträgern, Filmen, Apparaten und sonstigen Erzeugnissen, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen benutzt werden, den Bestimmungen über den freien Warenverkehr.

4 Das einem Unternehmen eines Mitgliedstaates zustehende ausschließliche Recht, Fernsehwerbesendungen auszustrahlen, ist nicht unvereinbar mit dem Grundsatz des freien Verkehrs der Waren, deren Vermarktung diese Sendungen zu fördern suchen. Etwas anderes müßte jedoch dann gelten, wenn dieses Recht dazu benutzt würde, innerhalb der Gemeinschaft bestimmte Handelsströme oder Wirtschaftsunternehmen gegenüber anderen zu bevorzugen.

5 In Maßnahmen über die Vermarktung von Waren, deren beschränkende Wirkungen den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen überschreiten, können Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen und daher verbotene Maßnahmen gesehen werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn diese beschränkenden Wirkungen außer Verhältnis stehen zu dem angestrebten Ziel, etwa der Ausgestaltung des Fernsehens als öffentliche Aufgabe im Recht eines Mitgliedstaats.

6 Sowohl aus der Stellung des Artikels 37 innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte „Einfuhr" und „Ausfuhr" in Satz 2 des ersten Absatzes und der Worte „Waren" oder „Erzeugnisse" in den Absätzen 3 und 4 folgt, daß er den Handel mit Waren betrifft, sich aber nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen kann.

7 Das Bestehen eines Monopols zugunsten eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 gewährt, oder die Erweiterung solcher Rechte durch eine weitere Maßnahme dieses Staates sind als solche mit Artikel 86 des Vertrages nicht unvereinbar. Die Ausübung des Monopols fällt, soweit sie Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt, unter die in Artikel 90 genannten Bestimmungen über öffentliche Unternehmen und solche Unternehmen, denen die Staaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.

8 Wenn einige Mitgliedstaaten die mit dem Betrieb des Fernsehens beauftragten Unternehmen, selbst soweit es um deren kaufmännische Betätigung - namentlich im Bereich der Werbung - geht, als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen ausgestalten, kommen gemäß Artikel 90 Absatz 2 im Hinblick auf ihr Marktverhalten die Diskriminierungsverbote zum Zuge, sofern diese mit der Erfüllung der Aufgaben dieser Unternehmen nicht nachweislich unvereinbar sind.

9 Die Verbotsvorschriften des Artikels 86 haben auch im Rahmen des Artikels 90 urmittelbare Wirkung und begründen Rechte der einzelnen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.

10 Die Verleihung des ausschließlichen Rechts für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen stellt keine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages dar. Es ist jedoch mit dieser Vorschrift nicht vereinbar, wenn Unternehmen, denen ein derartiges Recht verliehen wurde, Bürger der Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminieren.

(...)

Urteil

Tatbestand

(...)

I - Sachverhalt und Verfahren

Nach italienischem Recht ist das Fernsehen als Monopol ausgestaltet, das der Staat der Radio Audizione Italiana (im folgenden: RAI) verliehen hat. Dieses Monopol umfaßt einerseits das Werbefernsehen, andererseits enthält es für jede sonstige Person oder jedes sonstige Unternehmen das Verbot, audio-visuelle Signale zwecks Wiederausstrahlung zu empfangen, mögen diese vom italienischen Hoheitsgebiet oder von ausländischen Sendestationen ausgestrahlt werden.
Herr Sacchi, der ein staatlich nicht genehmigtes Fernsehunternehmen (Telebiella) betreibt, bestritt im Hinblick auf das Kabelfernsehen die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem EWG-Vertrag. Nachdem er sich geweigert hatte, die Gebühr für die Fernsehempfänger zu entrichten, eine nach italienischem Recht strafbare Handlung, wurde er angeklagt, weil er, „ohne die vorgeschriebene Abonnementsgebühr entrichtet zu haben, außerhalb seiner Wohnung in für die Öffentlichkeit zugänglichen Räumen mehrere Fernsehempfänger gehalten habe, die zum Empfang der Kabelsendungen benutzt worden seien".

(...)

Entscheidungsgründe

(...)

B - Zu den Fragen 1, 2, 6, 7, 8 und 9

4 Die beiden ersten Fragen gehen im wesentlichen dahin, ob der Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes auf Fernsehsendungen, namentlich soweit es um deren wirtschaftliche Aspekte geht, Anwendung findet und ob das von einem Mitgliedstaat einer Aktiengesellschaft verliehene ausschließliche Recht, jede Art von Fernsehsendungen, auch für Werbezwecke, auszustrahlen, eine Verletzung dieses Grundsatzes darstellt.

5 Die Antwort hängt von der vorherigen Klärung der Frage ab, ob Fernsehsendungen Erzeugnissen oder Waren im Sinne der Artikel 3 Buchstabe a und 9 sowie der Überschrift von Titel I des zweiten Teils des Vertrages gleichzustellen sind.

6 In Ermangelung ausdrücklicher entgegenstehender Vertragsbestimmungen sind Fernsehsendungen ihrer Natur nach als Dienstleistungen anzusehen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, unter die Bestimmungen über den freien Warenverkehr fallen. Doch ist dies nach Artikel 60 nur der Fall, soweit sie diesen Bestimmungen unterstellt sind. Demnach fällt die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solche, einschließlich jener zu Werbezwecken, unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen.

7/8 Dagegen unterliegt der Handel mit sämtlichen Materialien, Tonträgern, Filmen und sonstigen Erzeugnissen, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen benutzt werden, den Bestimmungen über den freien Warenverkehr. Mithin verletzt zwar ein Unternehmen, das ein Monopol für Fernsehwerbesendungen besitzt, nicht schon durch seine Existenz den Grundsatz des freien Warenverkehrs, doch verstieße es gegen diesen Grundsatz, falls es zugunsten inländischer Materialien und Erzeugnisse diskriminierte. Steht einem Unternehmen eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht für Fernsehwerbesendungen zu, so ist dies nicht schon an sich mit dem Grundsatz des freien Verkehrs der Waren unvereinbar, deren Vermarktung diese Sendungen zu fördern suchen. Etwas anderes müßte jedoch dann gelten, wenn das Ausschließlichkeitsrecht dazu benutzt würde, innerhalb der Gemeinschaft bestimmte Handelsströme oder Wirtschaftsunternehmen gegenüber anderen zu fördern. Wie Artikel 3 der Richtlinie der Kommission vom 22. Dezember 1969 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere aufgrund des EWG-Vertrags erlassene Vorschriften fallen (ABl. L 13 vom 19. Januar 1970, S. 29), hervorhebt, können Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen in Maßnahmen über die Vermarktung von Waren gesehen werden, deren beschränkende Wirkungen den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentunlichen Wirkungen überschreiten. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn diese

beschränkenden Wirkungen außer Verhältnis stehen zu dem angestrebten Ziel, hier der Ausgestaltung des Fernsehens als öffentliche Aufgabe im Recht eines Mitgliedstaats.

9 Die sechste Frage betrifft die Auslegung des Artikels 37 des Vertrages; sie ist zusammen mit den Problemen zu prüfen, die die Vorschriften über den freien Warenverkehr betreffen, zu denen Artikel 37 gehört. Die Frage geht dahin, ob Artikel 37 Absätze 1 und 2 auch im Falle einer Aktiengesellschaft Anwendung findet, der ein Mitgliedstaat das ausschließliche Recht übertragen hat, Fernsehsendungen auf seinem Gebiet auszustrahlen, und zwar einschließlich der Werbesendungen und der Sendungen von Filmen und Dokumentarberichten, die in den anderen Mitgliedstaaten hergestellt wurden.

10 Artikel 37 regelt die Umformung der staatlichen Handelsmonopole. Sowohl aus der Stellung dieser Bestimmung innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte „Einfuhr" und „Ausfuhr" in Satz 2 des ersten Absatzes und der Worte „Waren" oder „Erzeugnisse" in den Absätzen 3 und 4 folgt, daß sie den Handel mit Waren betrifft, sich aber nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen kann. Somit liegt das gewerblich betriebene Werbefernsehen wegen seines Dienstleistungscharakters außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen.

(...)

C - Zu den Fragen 3, 4 und 5

12 Die Fragen 3, 4 und 5 gehen dahin, ob die von einem Mitgliedstaat einer Aktiengesellschaft im Hinblick auf Fernsehsendungen verliehenen ausschließlichen Rechte sowie die Ausübung dieser Rechte mit den Wettbewerbsbestimmungen des Vertrages vereinbar sind. Mit der dritten Frage wünscht das vorlegende Gericht zu erfahren, ob Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 des Vertrages in dem Sinne auszulegen ist, daß einem unter Artikel 90 Absatz 1 fallenden Unternehmen der Aufbau einer beherrschenden Stellung untersagt ist, und zwar selbst dann, wenn er auf Maßnahmen der staatlichen Behörden zurückgeht, falls diese beherrschende Stellung die Beseitigung jedweder Form von Wettbewerb im Bereich der von diesem Unternehmen ausgeübten Tätigkeit auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats bewirkt. Für den Fall einer Bejahung der dritten Frage wird mit der vierten Frage um Entscheidung darüber gebeten, ob eine Gesellschaft, der das ausschließliche Recht verliehen wurde, auch zu Werbezwecken Fernsehsendungen, insbesondere mittels Kabel, auszustrahlen, eine mit Artikel 86 nicht zu vereinbarende beherrschende Stellung innehat oder zumindest ihre beherrschende Stellung dadurch mißbräuchlich ausnützt, daß sie bestimmte vom vorlegenden Gericht angeführte wettbewerbswidrige Praktiken anwendet. Für den Fall, daß diese Frage bejaht werden sollte, wird mit der fünften Frage gebeten zu entscheiden, ob die in den vorangegangenen Fragen erwähnten Verbote unmittelbar gelten und Rechte der einzelnen begründen, die die staatlichen Gerichte zu wahren haben.

13 Die Regierungen Italiens und Deutschlands machen geltend, die Fernsehanstalten erfüllten eine im öffentlichen Interesse liegende kulturelle und informatorische Aufgabe und seien daher keine „Unternehmen" im Sinne der Vertragsvorschriften. Sie hätten zumindest eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrzunehmen, so daß sie nur insoweit den Vertrags- und insbesondere den Wettbewerbsvorschriften unterlägen, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

14 Artikel 90 Absatz 1 gestatte es den Mitgliedstaaten unter anderem, Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte zu gewähren. Der Vertrag hindert die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran, aus Gründen, die im öffentlichen Interesse liegen, Fernsehsendungen, einschließlich Kabelsendungen, dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie einer oder mehreren Anstalten das ausschließliche Recht zu deren Verbreitung verleihen. Diese Anstalten haben jedoch bei der Erfüllung ihrer Aufgabe die Diskriminierungsverbote zu beachten und fallen, soweit die Erfüllung ihrer Aufgaben Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt, unter die in Artikel 90 genannten Bestimmungen über öffentliche Unternehmen und solche Unternehmen, denen die Staaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Die Auslegung von Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 führt zu dem Ergebnis, daß das Bestehen eines Monopols zugunsten eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte gewährt, als solches mit Artikel 86 nicht unvereinbar ist. Das gleiche muß folgerichtig gelten, wenn eine spätere Maßnahme dieses Staates solche Rechte erweitert.

15 Wenn im übrigen bestimmte Mitgliedstaaten die mit dem Betrieb des Fernsehens beauftragten Unternehmen, selbst soweit es um deren kaufmännische Bestätigung - namentlich im Bereich der Werbung - geht, als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen ausgestalten, kommen gemäß Artikel 90 Absatz 2 im Hinblick auf ihr Marktverhalten die gleichen Verbote zum Zuge, sofern diese mit der Erfüllung der Aufgaben dieser Unternehmen nicht nachweislich unvereinbar sind.

16 In der vierten Frage zählt das vorlegende Gericht mehrere Verhaltensweisen auf, die Mißbräuche im Sinne des Artikels 86 darstellen könnten.

17 Dies träfe sicherlich dann zu, wenn ein Unternehmen, das ein Monopol für das Werbefernsehen besitzt, denjenigen, die seine Dienste in Anspruch nehmen, unbillige Gebühren oder Bedingungen auferlegt oder hinsichtlich des Zugangs zum Werbefernsehen zwischen den nationalen Wirtschaftssubjekten oder Erzeugnissen einerseits und denen der anderen Mitgliedstaaten andererseits diskriminierte.

18 In jedem Falle ist es Sache des einzelstaatlichen Richters, das Vorliegen solcher Mißbräuche festzustellen, und Sache der Kommission, dem im Rahmen ihrer Befugnisse abzuhelfen. Somit haben die Verbotsvorschriften des Artikels 86 auch im Rahmen des Artikels 90 unmittelbare Wirkung und begründen Rechte der einzelnen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.

D - Zur Frage 11

19 Die elfte Frage geht dahin, ob es eine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages darstellt, einer Aktiengesellschaft eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht vorzubehalten, auf dem gesamten Gebiet dieses Staates Fernsehwerbesendungen auszustrahlen.

20 Aus den vorhergehenden Ausführungen folgt, daß die Verleihung eines ausschließlichen Rechts der vom einzelstaatlichen Richter geschilderten Art keine Verletzung des Artikels 7 darstellt, daß es jedoch mit dieser Vorschrift nicht vereinbar wäre, wenn Unternehmen, denen ein derartiges Recht verliehen wurde, Bürger der Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminierten.

(...)

Rechtssache 59/75 – Manghera –, Urteil vom 3. Februar 1976 (Slg. 1976, 91ff.)

Leitsätze des Urteils

Mengenmäßige Beschränkungen - Beseitigung - Staatliche Handelsmonopole - Umformung - Übergangszeit - Ablauf - Diskriminierung - Abschaffung - Subjektive Rechte - Wahrung

Artikel 37 Absatz 1 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß jedes staatliche Handelsmonopol mit Wirkung vom 31. Dezember 1969 in der Weise umgeformt sein mußte, daß das ausschließliche Recht zur Einfuhr aus den anderen Mitgliedstaaten entfallen war.

Nach Ablauf der Übergangszeit kann Artikel 37 Absatz 1 von den Angehörigen der Mitgliedstaaten vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden.

(...)

Entscheidungsgründe

1 Der Ermittlungsrichter beim Tribunale Como ersucht den Gerichtshof mit Beschluß vom 30. Juni 1975, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Juli 1975, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 37 Absatz 1 EWG-Vertrag und der Entschließung des Rates vom 21. April 1970 betreffend die staatlichen Handelsmonopole für Tabakwaren (ABl. C 50 vom 28. 4. 1970, S. 2).

2 Der vorlegende Richter hat die italienischen Strafgesetze auf einen Sachverhalt anzuwenden, der sich als eine Verletzung der Rechtsvorschriften darstellt, in denen dem Staatsmonopol für Tabakwaren ein ausschließliches Einfuhrrecht eingeräumt wird.

3 Die erste Frage geht dahin, ob Artikel 37 Absatz 1 EWG-Vertrag dahin auszulegen ist, daß das Handelsmonopol mit Wirkung vom 31. Dezember 1969 (dem Zeitpunkt des Ablaufs der Über-

gangszeit) in der Weise umgeformt sein mußte, daß selbst die Möglichkeit beseitigt war, die Exporteure in der Gemeinschaft zu diskriminieren, und ob damit die ausschließlichen Einfuhrrechte gegenüber den anderen Mitgliedstaaten vom 1. Januar 1970 an entfallen waren.

4/5 Nach Artikel 37 Absatz 1 formen die Mitgliedstaaten ihre staatlichen Handelsmonopole schrittweise um, damit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Ohne die Abschaffung dieser Monopole zu verlangen, schreibt diese Bestimmung bindend ihre Umformung derart vor, daß am Ende der Übergangszeit die vollständige Beseitigung der erwähnten Diskriminierungen gewährleistet ist.

6/8 Um Art und Umfang der vorgeschriebenen Umformung durch Auslegung des Artikels 37 Absatz 1 zu ermitteln, ist der Zusammenhang dieser Bestimmung mit den übrigen Absätzen des Artikels und ihr Platz innerhalb des allgemeinen Vertragssystems zu untersuchen. Artikel 37 ist Teil des Titels über den freien Warenverkehr und noch spezieller des Kapitels 2 über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten. Er gilt für jede Einrichtung, durch die ein Mitgliedstaat nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten kontrolliert, lenkt oder spürbar beeinflußt. Außerdem verpflichtet Artikel 37 Absatz 2 die Mitgliedstaaten, vom Beginn der Übergangszeit an jede Maßnahme zu unterlassen, welche die Tragweite der Artikel über die Abschaffung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten einengen kann. Ferner bestimmt Absatz 3, daß die in Absatz 1 angeordnete Umformung der in den Artikeln 30 bis 34 vorgesehenen Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen für dieselben Waren anzupassen ist.

9/12 Diesen Bestimmungen und ihrem Aufbau ist zu entnehmen, daß die in Absatz 1 aufgestellte Verpflichtung die Beachtung der Grundregel des freien Warenverkehrs im gesamten Gemeinsamen Markt sicherstellen soll, und zwar insbesondere durch die Beseitigung der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Dieses Ziel würde nicht erreicht werden, wenn in einem Mitgliedstaat mit einem Handelsmonopol der freie Verkehr mit aus den anderen Mitgliedstaaten kommenden Waren gleicher Art wie die dem Monopol unterliegenden nicht gesichert wäre. Im übrigen hat der Rat in seiner Entschließung vom 21. April 1970 betreffend die staatlichen Handelsmonopole für Tabakwaren selbst an die Verpflichtung zur Beseitigung der Ausschließlichkeitsrechte für die Einfuhr und den Vertrieb von Tabakwaren erinnert. Das ausschließliche Recht des in Rede stehenden Monopols zur Einfuhr von Tabakwaren stellt also gegenüber den Exporteuren in der Gemeinschaft eine Diskriminierung dar, die durch Artikel 37 Absatz 1 verboten ist.

(...)

19 Die vierte Frage geht dahin, ob die Entschließung des Rates vom 21. April 1970 die Tragweite der Bestimmungen des Artikels 37 Absatz 1 des Vertrages ändern kann und ob sie bejahendenfalls für die Mitgliedstaaten in der Weise verbindlich ist, daß sie die Einfuhr von dem Monopol unterworfenen Erzeugnissen unmittelbar ohne weitere Maßnahmen der Gemeinschaft mit der Folge freigibt, daß die Ausschließlichkeitsrechte des Tabakmonopols entfallen sind.

20 Nach dem Wortlaut dieser Entschließung „[verpflichten sich] die französische und die italienische Regierung ..., die nötigen Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierungen zu treffen, die sich aus den staatlichen Handelsmonopolen ergeben", und „[müssen die] Ausschließlichkeitsrechte für die Einfuhr und den Vertrieb von Tabakwaren im Großhandel ... spätestens am 1. Januar 1976 beseitigt werden".

21 Die Entschließung, in der hauptsächlich der politische Wille des Rates sowie der französischen und der italienischen Regierung zum Ausdruck kommt, einen Zustand zu beenden, der gegen Artikel 37 Absatz 1 verstößt, kann keine Rechtswirkungen gegenüber Einzelpersonen erzeugen. Insbesondere kann der in der Entschließung genannte Termin nicht der im Vertrag gesetzten Frist vorgehen.

(...)

Rechtssache 172/82 – Inter-Huiles –, Urteil v. 10. März 1983 (Slg. 1983, 555ff.)

Leitsätze

(...)

2 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Begriff*
(EWG-Vertrag, Artikel 34)

3 *Freier Warenverkehr - Unternehmen, die Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte sind - Verpflichtungen der Mitgliedstaaten*
(EWG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 1)

4. *Wettbewerb - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmoduls haben - Vorschriften des Vertrages - Unmittelbare Wirkung - Fehlen*
(EWG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 2)

5 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Richtlinie 75/439 - Abholen und Beseitigen von Altölen durch zugelassene Unternehmen - Nationale Rechtsvorschriften, die die Ausfuhr zur Lieferung an in einem anderen Mitgliedsstaat zugelassene Unternehmen verbieten - Unzulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 34, Richtlinie 75/439 des Rates)

(...)

2 Nach Artikel 34 des Vertrages sind sämtliche nationalen Maßnahmen verboten, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt.

3 Die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 des Vertrages durch einen Mitgliedstaat befreit diesen Mitgliedstaat insoweit nicht von der Verpflichtung, die anderen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere diejenigen über den freien Warenverkehr zu beachten.

4 Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages ist beim gegenwärtigen Stande nicht geeignet, individuelle Rechte zu begründen, welche die nationalen Gerichte zu beachten haben.

5 Die gemeinschaftlichen Vorschriften über den freien Warenverkehr sowie die Richtlinie 75/439 über die Altölbeseitigung gestatten es nicht, daß ein Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet das Abholen und Beseitigen von Altölen durch zugelassene Unternehmen dergestalt regelt, daß die Ausfuhr zur Lieferung an ein in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenes Beseitigungs- oder Aufbereitungsunternehmen verboten ist.

(...)

Entscheidungsgründe

1 Das Tribunal de grande instance Versailles hat mit Urteil vom 09. Juni 1982, beim Gerichtshof eingegangen am 25. Juni 1982, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung der Artikel 30 und 34 des Vertrages zur Vorabentscheidung vorgelegt, um die Vereinbarkeit der französischen Verordnung Nr. 79-981 vom 21. November 1979 über die Regelung der Altölverwertung (JORF vom 23.11.1979, S. 2900) und der dazu ergangenen Durchführungsverordnungen mit dem Vertrag beurteilen zu können.

2 Im Ausgangsstreit klagen das Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage und 13 andere Kläger gegen das Groupement d'intérêt économique „Inter-Huiles". Ziel der Klage ist es, diesem Groupement untersagen zu lassen, Altöle in einer Reihe von Bezirken abzuholen, da das Groupement nicht über die nach den französischen Rechtsvorschriften erforderliche Genehmigung verfüge und unter Verstoß gegen diese Rechtsvorschriften die gesammelten Öle ausführe.

3 Die Altölbeseitigung ist Gegenstand der Richtlinie 75/439/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 (ABl. L 194, S. 31). Nach den Artikeln 2 bis 4 dieser Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur schadlosen Sammlung und Beseitigung von Altölen; vorzugsweise ist deren Wiederverwendung anzustreben. In Artikel 5 der Richtlinie ist vorgesehen, daß „in Fällen, in denen die in den Artikeln 2, 3 und 4 festgelegten Ziele nicht anders erreicht werden können, ... die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen dafür [treffen], daß ein oder mehrere Unternehmen die ihnen von den Besitzern angebotenen Erzeugnisse gegebenenfalls in dem ihnen von der zuständigen Behörde zugewiesenen Bezirk sammeln und / oder beseitigen".

4 Zur Durchführung dieser Richtlinie hat die französische Regierung am 21. November 1979 die Verordnung Nr. 79-981 über die Regelung der Altölverwertung und zwei Durchführungsverordnungen hierzu erlassen. Mit diesen Vorschriften wurde ein Zulassungssystem sowohl auf der Stufe der Unternehmen, die Altöle abholen, als auch auf der Stufe der Unternehmen, die mit der Beseitigung dieser Öle betraut sind, eingeführt. In der Verordnung Nr. 79-981 ist ausdrücklich bestimmt, daß die Abholunternehmen die gesammelten Altöle an die beseitigungsberechtigten Betriebe liefern müssen. Die Artikel 2 und 9 der Verordnung über die Voraussetzungen für die Beseitigung von Altölen verpflichten außerdem die beseitigungsberechtigten Unternehmen - unter Androhung des Widerrufs der Genehmigung -, die Altöle in ihren eigenen Anlagen zu behandeln.

5 Insoweit steht fest, daß die französischen Rechtsvorschriften implizit ein Verbot enthalten, Altöle ins Ausland einschließlich der anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auszuführen. Eine Ausnahme für die Weiterveräußerung an Beseitigungsunternehmen in anderen Mitgliedstaaten, die eine Genehmigung nach Artikel 6 der Richtlinie 75/439 haben, ist nicht vorgesehen.

(...)

Zur Beantwortung der Frage

9 Unter diesen Voraussetzungen muß die Vorabentscheidungsfrage so verstanden werden, daß es im wesentlichen darum geht, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über den freien Warenverkehr sowie die Richtlinie 75/439 des Rates vom 16. Juni 1975 über die Altölbeseitigung es gestatten, daß ein Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet das Abholen und Beseitigen von Altölen dergestalt regelt, daß die Ausfuhr zur Lieferung an ein in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenes Beseitigungs- oder Aufbereitungsunternehmen verboten ist.

10 Nach Artikel 5 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten einem Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Sammlung oder Beseitigung der Altöle in dem ihm zugewiesenen Bezirk einräumen. Diese Vorschrift muß im Zusammenhang mit dem Ziel der Richtlinie gesehen werden, wie es in der siebten Begründungserwägung zum Ausdruck kommt, die „ein wirksames und zusammenhängendes System der Behandlung dieser Öle, welches den innergemeinschaftlichen Warenverkehr nicht hemmt", vorsieht.

11 Wenn also Artikel 5 der Richtlinie 75/439 auch als Ermächtigung für die Mitgliedstaaten ausgelegt werden kann, einem oder mehreren Unternehmen gegebenenfalls ein ausschließliches Recht zur Sammlung oder Beseitigung der Öle in den ihnen zugewiesenen Bezirken einzuräumen, so ergibt sich aus einem solchen Recht dennoch nicht notwendig, daß die Regierungen der Mitgliedstaaten zur Errichtung von Ausfuhrschranken ermächtigt sind. Eine solche Abschottung der Märkte ist in der Richtlinie des Rates nicht vorgesehen und widerspräche den in ihr festgelegten Zielen.

12 Dieses Ergebnis ist um so zwingender, als Artikel 34 EWG-Vertrag sämtliche Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen untersagt. Wie der Gerichtshof wiederholt bekräftigt hat, sind sämtliche nationalen Maßnahmen verboten, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt. Aufgrund dessen verstieße eine Regelung, die diesen Vorschriften zuwiderliefe, ebenfalls gegen Artikel 34 des Vertrages.

13 Es ist weiterhin vorgetragen worden, daß die angefochtene Regelung wirtschaftlich notwendig sei, da nur die vollständige Abnahme der Altöle die Rentabilität der zur Beseitigung dieser Öle zugelassenen Unternehmen und demzufolge die Verwirklichung der Richtlinienziele gewährleisten

könne. Diese Auffassung ist abzulehnen. Nach Artikel 13 und 14 der Richtlinie können nämlich die Mitgliedstaaten, ohne die Ausfuhren zu behindern, den gewerblichen Unternehmen als Ausgleich für die diesen Wirtschaftsteilnehmern zur Durchführung von Artikel 5 auferlegten Verpflichtungen Zuschüsse aus Mitteln gewähren, die im Einklang mit dem „Verursacherprinzip" aufgebracht werden.

14 Die Kläger des Ausgangsverfahrens sowie die französische Regierung machen außerdem geltend, daß die französische Regelung durch die Notwendigkeit des Umweltschutzes gerechtfertigt sei, der als Ziel ausdrücklich in der dritten Begründungserwägung der Richtlinie genannt sei. Dieses Vorbringen lässt sich nicht halten. Der Schutz der Umwelt ist unbestreitbar genauso streng gewährleistet, wenn die Öle, statt im Ursprungsmitgliedstaat beseitigt zu werden, an ein in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenes Beseitigungs- oder Aufbereitungsunternehmen verkauft werden.

15 Selbst wenn die von einem Mitgliedstaat erteilte Genehmigung als Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen wäre, würde dies schließlich diesen Mitgliedstaat insoweit nicht von der Verpflichtung befreien, die anderen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere diejenigen über den freien Warenverkehr und die der Richtlinie 75/439 zu beachten. Was Artikel 90 Absatz 2 angeht, hat der Gerichtshof bereits bestätigt, daß dieser Absatz beim gegenwärtigen Stande nicht geeignet ist, individuelle Rechte zu begründen, welche die nationalen Gerichte zu beachten haben (Urteil vom 14. 7. 1971, Rechtssache 10/71, Hein, Slg. 1971, 723).

(...)

Rechtssache 66/86 – Ahmed Saeed –, Urteil v. 11. April 1989 (Slg. 1989, 803ff.)

Leitsätze

1 *Wettbewerb - Kartelle - Bilaterale oder multilaterale Tarifvereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen - Nichtigkeit - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 85, 88 und 89; Verordnung Nr. 3975/87 des Rates, Artikel 5)*

2 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Mißbräuchliche Ausnutzung - Absolutes Verbot - Anwendung der Übergangsvorschriften der Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag - Keine Auswirkung (EWG-Vertrag, Artikel 85 bis 89)*

3 *Wettbewerb - Kartelle - Vereinbarungen zwischen Unternehmen - Begriff - Vereinbarungen zwischen einer Muttergesellschaft und Tochtergesellschaften ohne wirkliche kommerzielle Autonomie - Ausschluß (EWG-Vertrag, Artikel 85)*

4 *Wettbewerb - Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften - Gleichzeitige Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag - Zulässigkeit - Von einem Unternehmen in beherrschender Stellung aufgezwungene Tarifvereinbarungen (EWG-Vertrag, Artikel 85 und 86)*

5 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Mißbräuchliche Ausnutzung - Anwendung von Flugtarifen, die durch Vereinbarung zwischen Unternehmen festgelegt worden sind - Beurteilungskriterien (EWG-Vertrag, Artikel 86)*

6 *Wettbewerb - Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften - Verpflichtungen der Mitgliedstaaten - Genehmigung von vertragswidrigen Tarifvereinbarungen - Unvereinbarkeit (EWG-Vertrag, Artikel 5, 85, 86 und 90 Absatz 1)*

7 *Wettbewerb - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind - Bedienung von Fluglinien - Beschränkung der Wirkungen der Wettbewerbsregeln - Zulässigkeit - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 2)*

1 Bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen über Fluglinientarife sind nach Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag nichtig,

- soweit es sich um Tarife für Flüge zwischen Flughäfen ein und desselben Mitgliedstaats oder zwischen einem solchen Flughafen und einem Flughafen eines Drittlandes handelt, wenn entweder die Behörden des Mitgliedstaats, in dem eines der beteiligten Luftfahrtunternehmen seinen Sitz hat, nach Artikel 88 oder die Kommission nach Artikel 89 die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit Artikel 85 festgestellt haben;
- soweit es sich um Tarife für internationale Flüge zwischen Flughäfen der Gemeinschaft handelt, wenn bei der Kommission kein Antrag nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 3975/87 auf Freistellung der Vereinbarung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 gestellt worden ist oder wenn ein solcher Antrag zwar gestellt worden ist, aber innerhalb von 90 Tagen nach Veröffentlichung des Antrags im Amtsblatt zu einer negativen Reaktion der Kommission geführt hat, oder wenn die Frist von 90 Tagen zwar ohne Reaktion der Kommission verstrichen ist, aber die in Artikel 5 vorgesehene sechsjährige Geltungsdauer der Freistellung abgelaufen ist oder die Kommission die Freistellung innerhalb dieses Zeitraums aufgehoben hat.

2 Der einzige Grund für die weitere Anwendung der Übergangsvorschriften der Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag liegt darin, daß Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden können und daß die Wettbewerbspolitik durch die Bewilligung oder Ablehnung derartiger Freistellungen gestaltet wird, über die die für zuständig erklärten Stellen nach den aufgrund von Artikel 87 erlassenen Durchführungsbestimmungen entscheiden. Dagegen kann für die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung keine wie auch immer geartete Freistellung gewährt werden; ein solches Verhalten ist nach dem Vertrag schlichtweg verboten, und je nach Fallgestaltung haben die zuständigen nationalen Behörden oder aber die Kommission aus diesem Verbot im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Konsequenzen zu ziehen. Das Verbot des Artikels 86 EWG-Vertrag gilt daher uneingeschränkt für den ganzen Luftfahrtsektor.

3 Artikel 85 EWG-Vertrag gilt nicht für abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die als Mutter- und Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören, vorausgesetzt, daß die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.

4 Die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag können nebeneinander anwendbar sein, wenn eine Tarifvereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen lediglich die formelle Bestätigung einer wirtschaftlichen Realität darstellt, die dadurch gekennzeichnet ist, daß es einem Unternehmen in beherrschender Stellung gelungen ist, die Anwendung der fraglichen Tarife durch andere Unternehmen durchzusetzen.

5 Die Anwendung von Fluglinientarifen, die sich aus bilateralen oder multilateralen Vereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen ergeben, kann unter bestimmten Umständen eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem fraglichen Markt darstellen, und zwar insbesondere dann, wenn es einem Unternehmen in beherrschender Stellung gelungen ist, anderen Verkehrsunternehmen die Anwendung überhöhter oder übermäßig niedriger Tarife oder aber die Anwendung eines einzigen Tarifs auf einer bestimmten Linie aufzuzwingen.

6 Zwar betreffen die Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag das Verhalten von Unternehmen und nicht die von den Behörden der Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen. Gleichwohl verpflichtet Artikel 5 EWG-Vertrag aber auch letztere, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten. Ein solcher Fall ist insbesondere gegeben, wenn ein Mitgliedstaat Artikel 85 zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt.

Hieraus ergibt sich, daß die Genehmigung von gegen Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 verstoßenden Tarifvereinbarungen durch die Luftverkehrsbehörden mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Artikel 5 EWG-Vertrag, nicht vereinbar ist und daß die Luftverkehrsbehörden alles zu unterlassen haben, was als Ermutigung der Luftfahrtunternehmen zum Abschluß von solchen gegen den Vertrag verstoßenden Tarifvereinbarungen angesehen werden könnte.

Für Fluglinientarife im besonderen wird diese Auslegung des Vertrags durch Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag bestätigt, wonach die nationalen Behörden in Bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, wie etwa das Recht, allein oder gemeinsam mit einem oder zwei anderen Unternehmen eine Strecke zu befliegen, keine mit den Artikeln 85 und

86 EWG-Vertrag unvereinbaren Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Außerdem wird in den Begründungserwägungen der Verordnungen Nrn. 3975/87 und 3976/87 des Rates klargestellt, daß diese Verordnungen die Anwendung des Artikels 90 EWG-Vertrag nicht berühren.

7 Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag kann auf Verkehrsunternehmen Anwendung finden, die durch Hoheitsakt dazu verpflichtet worden sind, Linien zu bedienen, die zwar aus kommerzieller Sicht nicht rentabel sind, deren Bedienung aber aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich ist. Die Wirkung der Wettbewerbsregeln kann aber nur dann gemäß dieser Vorschrift durch die Erfordernisse beschränkt werden, die sich aus der Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe ergeben, wenn die für die Genehmigung von Tarifen zuständigen nationalen Behörden wie auch die mit Rechtsstreitigkeiten hierüber befaßten Gerichte feststellen können, um welche Erfordernisse es sich dabei genau handelt und wie sich diese auf die Struktur der von den betroffenen Luftfahrtunternehmen angewandten Tarife auswirken.

(...)

Urteil

1 Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluß vom 30. Januar 1986, beim Gerichtshof eingegangen am 6. März 1986, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 5, 85, 86, 88, 89 und 90 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt, um beurteilen zu können, ob bestimmte Praktiken bei der Festsetzung von Tarifen für den Fluglinienverkehr mit diesen Vorschriften vereinbar sind.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., einem deutschen Verein, und zwei Reisevermittlern, die von Luftfahrtunternehmen oder Reisebüros in einem anderen Staat auf dessen Währung lautende Flugscheine bezogen hatten. In diesen Flugscheinen war als Erstabflugsort ein Flughafen in dem genannten Staat angegeben; tatsächlich sollen die Käufer dieser Flugscheine den Flug aber von einem deutschen Flughafen aus angetreten haben, auf dem das Linienflugzeug zwischenlandete. Den beiden deutschen Reisevermittlern wird vorgeworfen, durch den Verkauf dieser Flugscheine gegen § 21 Absatz 2 Satz 3 des deutschen Luftverkehrsgesetzes verstoßen zu haben, der es verbietet, in der Bundesrepublik Deutschland nicht vom zuständigen Bundesminister genehmigte Flugtarife anzuwenden. Dies soll außerdem ein unlauteres Wettbewerbsverhalten darstellen, da die Preise der von ihnen verkauften Flugscheine unter den genehmigten Tarifen lagen, die ihre Konkurrenten anwandten.

3 Die Gerichte der ersten Instanz und der Berufungsinstanz gaben der Klage der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. statt und verboten den beiden Reisevermittlern unter Androhung von Ordnungsmitteln den weiteren Verkauf derartiger Flugscheine. Der Bundesgerichtshof, bei dem Revision eingelegt wurde, ist der Ansicht, daß das den Reisevermittlern vorgeworfene Verhalten gegen geltendes deutsches Recht verstößt. Er stellt sich jedoch die Frage, ob die einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften nicht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, insbesondere zu den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags, stehen.

(...)

a) Zu den neuen Vorschriften

10 Bei den vom Rat am 14. Dezember 1987 erlassenen Rechtsakten handelt es sich um die Verordnung Nr. 3975/87 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen (ABl. L 374, S. 1), die Verordnung Nr. 3976/87 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr (ABl. L 374, S. 9), die Richtlinie 87/601/EWG über Tarife im Fluglinienverkehr zwischen Mitgliedstaaten (ABl. L 374, S. 12) und die Entscheidung 87/602/EWG über die Aufteilung der Kapazitäten für die Personenbeförderung zwischen Luftfahrtunternehmen im Fluglinienverkehr zwischen Mitgliedstaaten und über den Zugang von Luftfahrtunternehmen zu Strecken des Fluglinienverkehrs zwischen Mitgliedstaaten (ABl. L 374, S. 19).

11 Alle diese Rechtsakte gelten nur für den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen der Gemeinschaft (Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 3975/87, Artikel 1 der Verordnung Nr. 3976/87,

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 87/601 und Artikel 1 der Entscheidung 87/602) und somit weder für den Luftverkehr zwischen den Flughäfen ein und desselben Mitgliedstaats noch für den Flugverkehr zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland.

12 Die Verordnung Nr. 3975/87 regelt die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den so abgegrenzten Bereich. Nach ihren Begründungserwägungen bezweckt sie insbesondere, der Kommission die Mittel zur Untersuchung von Fällen zur Verfügung zu stellen, in denen in diesem Bereich ein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 vermutet wird, und ihr die Befugnis einzuräumen, angemessene Entscheidungen oder Zwangsmaßnahmen zu erlassen, um die von ihr festgestellten Verstöße abzustellen. Die Artikel 8 bis 18 dieser Verordnung enthalten eine Reihe von Vorschriften über die von der Kommission durchzuführenden Untersuchungen, über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Behörden der Mitgliedstaaten, über die Geldbußen und Zwangsgelder, die festgesetzt werden können, und über das einzuhaltende Verfahren.

13 Die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 durch die Kommission ist in den Artikeln 5 bis 7 der Verordnung geregelt, die hierfür ein besonderes Verfahren, das sogenannte „Widerspruchsverfahren", vorsehen. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die eine Freistellung nach dieser Vertragsbestimmung begehren, müssen bei der Kommission einen entsprechenden Antrag stellen. Sind dem Antrag die erforderlichen Unterlagen beigefügt und ist hinsichtlich der Vereinbarung, des Beschlusses oder der abgestimmten Verhaltensweise kein Verfahren wegen einer Zuwiderhandlung anhängig, so veröffentlicht die Kommission, wenn sie den Antrag für zulässig hält, dessen wesentlichen Teil im Amtsblatt. Teilt die Kommission den Antragstellern nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Veröffentlichung im Amtsblatt mit, daß erhebliche Zweifel an der Möglichkeit einer Freistellung bestehen, so gilt die Freistellung als bewilligt. Eine so gewährte Freistellung, die Rückwirkung entfaltet, gilt für längstens sechs Jahre nach dem Tag der Veröffentlichung im Amtsblatt. Die Kommission kann aber nach Ablauf der Frist von 90 Tagen, jedoch vor Ablauf der Sechsjahresfrist entscheiden, daß die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 nicht gegeben sind und daß das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 anwendbar ist. In bestimmten in der Verordnung festgelegten Fällen (Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2) kann diese Entscheidung mit rückwirkender Kraft ergehen.

14 Die Verordnung Nr. 3976/87 ermächtigt die Kommission, im Einklang mit Artikel 85 Absatz 3 durch Verordnung Artikel 85 Absatz 1 auf bestimmte, in der Verordnung (Artikel 2 Absatz 2) festgelegte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen für nicht anwendbar zu erklären. Nach ihren Begründungserwägungen liegt der Verordnung der Gedanke zugrunde, daß für den Luftverkehr bisher eine Reihe internationaler Übereinkommen, bilateraler Abkommen zwischen Staaten sowie bilateraler und multilateraler Vereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen gilt und daß die für einen größeren Wettbewerb notwendigen Änderungen dieser internationalen Regelungen schrittweise erfolgen sollten, um dem betroffenen Sektor genügend Zeit zur Anpassung zu lassen.

15 Die Kommission hat von dieser Ermächtigung durch den Erlaß der Verordnungen Nrn. 2671, 2672 und 2673/88 vom 26. Juli 1988 (ABl. L 239, S. 9, 13 und 17) Gebrauch gemacht. Durch diese Verordnungen werden Gruppenfreistellungen im Sinne der Verordnung Nr. 3976/87 für Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen gewährt, die die gemeinsame Planung und Koordinierung der Kapazität, der Aufteilung der Einnahmen, der Tarifkonsultationen im Fluglinienverkehr sowie die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen (Nr. 2671/88), computergesteuerte Buchungssysteme für den Luftverkehr (Nr. 2672/88) und Versorgungsleistungen auf Flughäfen (Nr. 2673/88) betreffen.

16 Die Richtlinie 87/601 des Rates legt gemeinsame Vorschriften für die Kriterien zur Genehmigung der Tarife im Fluglinienverkehr durch die Luftverkehrsbehörden der Mitgliedstaaten und das Verfahren fest, nach dem Luftfahrtunternehmen Vorschläge über Fluglinientarife unterbreiten können. Wie sich aus der fünften Begründungserwägung dieser Richtlinie ergibt, liegt ihr der Gedanke zugrunde, daß es den Luftfahrtunternehmen freistehen sollte, Fluglinientarife unabhängig voneinander vorzuschlagen oder vorher andere Luftfahrtunternehmen zu konsultieren, und zwar insbesondere zur Festlegung der Bedingungen für Interlining-Abkommen, da diese beträchtliche Vorteile bieten. Die Richtlinie sieht eine automatische Genehmigung von Rabatt- und Superrabatt-Tarifen vor, die die Voraussetzungen ihres Artikels 5 erfüllen.

17 Die Verordnung Nr. 2671/88 der Kommission dehnt die Freistellung auf die Durchführung von Konsultationen zur gemeinsamen Erarbeitung von Tarifvorschlägen aus und legt die Voraussetzungen für die Freistellung dieser Tarifkonsultationen fest. Sie sieht insbesondere vor, daß die Konsultationen nicht zu Tarifvereinbarungen führen dürfen und daß die sich aus ihnen eventuell ergebenden Tarifvorschläge die Beteiligten nicht binden dürfen, sondern daß diese das Recht behalten müssen, abweichende Tarife vorzuschlagen und nach Genehmigung anzuwenden (Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a, e und f).

18 All diese Vorschriften sind bei der Prüfung der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des Vertrages auf die von dem nationalen Gericht angeführten Vereinbarungen zu berücksichtigen.

b) Zu Artikel 85

19 Die Vorlagefragen beziehen sich auf Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Luftfahrtunternehmen zur Festsetzung der Tarife für eine oder mehrere Fluglinien. Vorab ist festzustellen, daß derartige Vereinbarungen Kartelle in der Form der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der An- oder Verkaufspreise im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a EWG-Vertrag darstellen. Sie können sogar bewirken, daß auf den Fluglinien, auf die sie sich beziehen, jeder Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Unternehmen der Passagierluftfahrt ganz ausgeschaltet ist.

20 Wie der Gerichtshof jedoch in dem bereits erwähnten Urteil vom 30. April 1986 ausgeführt hat, kann die in Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag vorgesehene Sanktion der Nichtigkeit Preisabsprachen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 erst nach Inkrafttreten gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften treffen, die aufgrund von Artikel 87 zur näheren Ausgestaltung der Befugnis der Kommission erlassen werden, Freistellungen nach Artikel 85 Absatz 3 zu bewilligen und so vorbehaltlich der Anwendung der Artikel 88 und 89 die vom Vertrag gewollte Wettbewerbspolitik durchzuführen.

21 Wie oben bereits ausgeführt, gelten die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über den Luftverkehr nur für den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen der Gemeinschaft. Hieraus ist abzuleiten, daß für Inlandsflüge und für den Luftverkehr mit Flughäfen in Drittländern weiterhin die Übergangsbestimmungen der Artikel 88 und 89 und die im Urteil vom 30. April 1986 beschriebene Regelung gelten.

22 Daher ist zu prüfen, wie die Sanktion der Nichtigkeit gegenüber den Vereinbarungen eingreifen kann, die unter die neuen vom Rat erlassenen Vorschriften fallen, d. h. gegenüber den Tarifen im Fluglinienverkehr zwischen Flughäfen verschiedener Mitgliedstaaten.

23 Hierzu ist zunächst festzustellen, daß für derartige Vereinbarungen keine Gruppenfreistellung aufgrund von Verordnungen der Kommission gewährt werden kann, da die Verordnung Nr. 3976/87 des Rates dies nicht vorsieht. Außerdem bestimmt Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 2671/88 der Kommission ausdrücklich, daß die Gruppenfreistellung für Vereinbarungen über die Durchführung von Tarifkonsultationen nur gilt, wenn diese Konsultationen keine Vereinbarung über Entgelte für Agenturen oder „sonstige Bestandteile der erörterten Tarife" einschließen.

24 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß Vereinbarungen über Tarife für internationale Flüge innerhalb der Gemeinschaft nach Artikel 85 Absatz 2 nichtig sind, jedoch vorbehaltlich der Anwendung des das Widerspruchsverfahren betreffenden Artikels 5 der Verordnung Nr. 3975/87 des Rates.

25 Es kann nämlich der Fall eintreten, daß ein Luftfahrtunternehmen eine Tarifvereinbarung als Teil einer umfassenderen Übereinkunft ansieht, für die wegen ihrer positiven wirtschaftlichen Auswirkungen eine Einzelfreistellung nach Artikel 85 Absatz 3 bewilligt werden könnte, und daß dieses Unternehmen gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 3975/87 einen entsprechenden Antrag an die Kommission richtet. Im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 5 Absätze 2 bis 4 gilt die Vereinbarung antragsgemäß als freigestellt, wenn nach der Veröffentlichung des Antrags im Amtsblatt 90 Tage verstrichen sind, ohne daß die Kommission erhebliche Zweifel daran geäußert hat, daß die Vereinbarung den Erfordernissen des Artikels 85 Absatz 3 genügt.

26 Demgemäß kann die Sanktion der Nichtigkeit nur eingreifen, wenn einer der drei folgenden Fälle gegeben ist:

- Bei der Kommission ist kein Antrag nach Artikel 5 gestellt worden.
- Der Antrag hat innerhalb der erwähnten Frist von 90 Tagen zu einer negativen Reaktion der Kommission geführt.
- Die Frist ist zwar ohne Reaktion der Kommission verstrichen, aber die sechsjährige Geltungsdauer der Freistellung ist abgelaufen, oder die Kommission hat die Freistellung innerhalb dieses Zeitraums aufgehoben.

27 Zwar kann es Schwierigkeiten bereiten, festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen zwei Luftfahrtunternehmen über Linienflüge auf einer bestimmten Linie eine nach Artikel 85 EWG-Vertrag verbotene Preisabsprache einschließt oder nur Tarifkonsultationen betrifft, die nach der Richtlinie 87/601 des Rates zulässig und durch die Verordnung Nr. 2671/88 der Kommission von der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt sind. Jedoch enthält diese Verordnung einige Elemente, die insoweit als Orientierung dienen können. So müssen die Konsultationen nach Artikel 4 der Verordnung ausschließlich die gemeinsame Erarbeitung von Vorschlägen über Flugtarife betreffen, die für die Beteiligten nicht verbindlich sein dürfen, so daß diese das Recht behalten, den zuständigen Luftverkehrsbehörden abweichende Tarife vorzuschlagen und solche Tarife nach Genehmigung anzuwenden. Außerdem müssen die Konsultationen jedem Luftfahrtunternehmen offen stehen, das an der betreffenden Linie interessiert ist.

28 Dem ist hinzuzufügen, daß Vereinbarungen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen über Tarife für unter die neue Regelung fallende Linienflüge, d. h. für internationale Flüge zwischen Flughäfen der Gemeinschaft, stets geeignet sein werden, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

(...)

c) Zu Artikel 86

30 Zunächst ist zu prüfen, ob bei der Anwendung von Artikel 86 ebenso wie bei der von Artikel 85 zwischen internationalen Flügen zwischen Flughäfen der Mitgliedstaaten und anderen Flügen zu unterscheiden ist.

31 Die Kommission und das Vereinigte Königreich schlagen vor, diese Frage zu bejahen. Sie machen geltend, mangels der für die systematische Durchführung des Artikels 86 wie auch des Artikels 85 erforderlichen Durchführungsbestimmungen könne die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nur über die Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag beanstandet werden. Zur Begründung dieser Ansicht verweisen sie auf den Wortlaut dieser beiden Vorschriften, in denen nicht zwischen Artikel 85 und Artikel 86 unterschieden werde, sowie darauf, daß die vorzunehmenden Bewertungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens der Unternehmen in beiden Fällen im wesentlichen die gleichen seien.

32 Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Der einzige Grund für die weitere Anwendung der Übergangsvorschriften der Artikel 88 und 89 liegt nämlich darin, daß Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden können und daß die Wettbewerbspolitik durch die Bewilligung oder Ablehnung derartiger Freistellungen gestaltet wird, über die die für zuständig erklärten Stellen nach den aufgrund von Artikel 87 erlassenen Durchführungsbestimmungen entscheiden. Dagegen kann für die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung keine wie auch immer geartete Freistellung gewährt werden; ein solches Verhalten ist nach dem Vertrag schlichtweg verboten, und je nach Fallgestaltung haben die zuständigen nationalen Behörden oder aber die Kommission aus diesem Verbot im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Konsequenzen zu ziehen.

33 Hieraus ist abzuleiten, daß das Verbot des Artikels 86 EWG-Vertrag uneingeschränkt für den ganzen Luftfahrtsektor gilt.

34 Sodann ist im Rahmen der zweiten Vorlagefrage zu prüfen, ob die Anwendung eines Tarifs grundsätzlich eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen kann, wenn sie das Ergebnis einer Absprache zwischen zwei Unternehmen ist, die als solche unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen kann.

35 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist Artikel 85 dann nicht anwendbar, wenn die fragliche Absprache zwischen Unternehmen getroffen worden ist, die als Mutter- und Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören, vorausgesetzt, daß die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann (zuletzt Urteil vom 14. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479). Das Verhalten einer solchen wirtschaftlichen Einheit auf dem Markt kann jedoch unter Artikel 86 fallen.

36 Der typische Fall eines von Artikel 85 erfaßten Kartells liegt dagegen vor, wenn zwei wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen gemeinsam durch Absprache auf dem fraglichen Markt Preisfestsetzungen oder andere Wettbewerbsbeschränkungen vornehmen.

37 Diese Erwägungen schließen nicht aus, daß eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen lediglich die formelle Bestätigung einer wirtschaftlichen Realität darstellen kann, die dadurch gekennzeichnet ist, daß es einem Unternehmen in beherrschender Stellung gelungen ist, die Anwendung der fraglichen Tarife durch andere Unternehmen durchzusetzen. In einem solchen Fall können die Artikel 85 und 86 durchaus nebeneinander anwendbar sein. Den neuen Verordnungen des Rates liegt im übrigen dieselbe Auslegung der Artikel 85 und 86 zugrunde, da sie vorsehen, daß Artikel 86 auf eine Absprache anwendbar sein kann, für die zunächst eine Gruppenfreistellung (Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 3976/87) oder aber eine im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erwirkte Einzelfreistellung (Artikel 5 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 3975/87) gegolten hat.

38 Daraus ergibt sich, daß die Anwendung von Tarifen auf einer oder mehreren Fluglinien, die durch bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen festgesetzt worden sind, in bestimmten Fällen unter Artikel 86 fallen kann, sofern dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Es sind daher die Auslegungskriterien zu ermitteln, anhand deren das nationale Gericht gegebenenfalls diese Vorschrift anwenden kann.

39 Im Hinblick auf die Frage, ob ein Luftfahrtunternehmen, das Linienflüge veranstaltet, eine beherrschende Stellung auf dem Markt innehat, ist zunächst der Markt der relevanten Beförderungsleistungen abzugrenzen. Hierzu sind vor dem Gerichtshof zwei Ansichten vertreten worden, von denen die eine dahin geht, daß der Linienflugsektor einen gesonderten Markt darstellt, während nach der anderen alternative Transportmöglichkeiten wie der Charterflug-, der Eisenbahn- oder der Straßenverkehr sowie Linienflüge auf anderen Linien, die als Ersatz in Betracht kommen, zu berücksichtigen sein sollen.

40 Entscheidend ist, ob die besonderen Merkmale des Linienflugs auf einer bestimmten Linie im Vergleich zu den alternativen Transportmöglichkeiten so kennzeichnend sind, daß er mit ihnen nur in geringem Maß austauschbar und ihrem Wettbewerb nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist.

41 Die Anwendung dieses Kriteriums führt in den verschiedenen Fallgestaltungen nicht notwendigerweise zu übereinstimmenden Ergebnissen, da für bestimmte Flugstrecken eine Situation besteht, in der ein echter Wettbewerb nicht möglich ist. Grundsätzlich kann jedoch, insbesondere im innergemeinschaftlichen Linienverkehr, die wirtschaftliche Macht eines Luftfahrtunternehmens auf einer Fluglinie von der Wettbewerbslage anderer Transportunternehmen abhängen, die dieselbe Linie oder eine als Ersatz in Betracht kommende Linie befliegen.

42 Stellt die zuständige nationale Behörde fest, daß ein Luftfahrtunternehmen eine beherrschende Stellung auf dem fraglichen Markt innehat, so hat sie weiter zu prüfen, ob in der Anwendung von Tarifen, die dieses Unternehmen anderen Luftfahrtunternehmen aufgezwungen hat, eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung liegt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die aufgezwungenen Tarife als den Konkurrenten oder den Fluggästen gegenüber unangemessene Beförderungsbedingungen anzusehen sind.

43 Solche unangemessenen Bedingungen können sich zunächst daraus ergeben, daß die aufgezwungenen Tarife überhöht sind oder daß sie übermäßig niedrig festgesetzt worden sind, um an der Vereinbarung nicht beteiligte Unternehmen vom Markt auszuschließen. Für die Beurteilung der Frage, ob der Tarif in diesem Sinn überhöht oder übermäßig niedrig ist, lassen sich aus der Richtlinie 87/601, die die von den Luftverkehrsbehörden bei der Genehmigung von Tarifen einzuhaltenden Grundsätze festlegt, bestimmte Auslegungskriterien ableiten. Insbesondere ergibt sich

aus Artikel 3 der Richtlinie, daß die Tarife in einem angemessenen Verhältnis zu den langfristig voll zugewiesenen Kosten des Luftfahrtunternehmens stehen müssen, wobei die Bedürfnisse der Verbraucher, die Notwendigkeit einer angemessenen Kapitalverzinsung, die Wettbewerbslage einschließlich der Tarife anderer dieselbe Strecke bedienender Luftfahrtunternehmen und die Notwendigkeit der Vermeidung von Dumpingpreisen zu berücksichtigen sind.

44 Unangemessene Bedingungen können sodann vorliegen, wenn auf einer bestimmten Linie nur ein einziger Tarif angewandt wird. Ist die Anwendung eines einzigen Tarifs nämlich eine Folge des Verhaltens eines Unternehmens in beherrschender Stellung und nicht der Politik der Luftverkehrsbehörden, so ermöglicht sie es diesem Unternehmen, durch eine mißbräuchliche Praxis jeden Preiswettbewerb auszuschalten.

45 Steht fest, daß ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Markt mißbräuchlich ausgenutzt hat und daß dies den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, so fällt das Verhalten des betreffenden Unternehmens unter das Verbot des Artikels 86. Wenn die Kommission nicht von ihren Befugnissen aus dem Vertrag und den dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen Gebrauch gemacht hat, um die Zuwiderhandlung abzustellen oder zu ahnden, ist es Sache der zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden oder Gerichte, aus der Anwendbarkeit des Verbots die Konsequenzen zu ziehen und, mangels einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gestützt auf ihr nationales Recht, eventuell die Nichtigkeit der fraglichen Vereinbarung festzustellen.

(...)

d) Zu den Artikeln 5 und 90

47 Die dritte Frage betrifft die Rechtmäßigkeit der Genehmigung von gegen Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßenden Tarifen durch die Aufsichtsbehörde eines Mitgliedstaats. Das nationale Gericht fragt insbesondere, ob eine solche Genehmigung mit Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag unvereinbar ist, auch wenn die Kommission sie nicht nach Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag beanstandet hat.

48 Zunächst ist auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes hinzuweisen, wonach die Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zwar das Verhalten von Unternehmen und nicht die von den Behörden der Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen betreffen, aber gleichwohl Artikel 5 EWG-Vertrag auch letztere verpflichtet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten. Ein solcher Fall ist insbesondere gegeben, wenn ein Mitgliedstaat Artikel 85 zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt (zuletzt Urteil vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85, Vereinigung von Vlaamse Reisbureaus, Slg. 1987, 3801).

49 Hieraus folgt, daß die Genehmigung von gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Tarifvereinbarungen durch die Luftverkehrsbehörden mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Artikel 5 EWG-Vertrag, nicht vereinbar ist. Ferner ergibt sich daraus, daß die Luftverkehrsbehörden alles zu unterlassen haben, was als Ermutigung der Luftfahrtunternehmen zum Abschluß von gegen den Vertrag verstoßenden Tarifvereinbarungen angesehen werden könnte.

50 Für Fluglinientarife im besonderen wird diese Auslegung des Vertrags durch Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag bestätigt, wonach die nationalen Behörden in bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, wie etwa das Recht, allein oder gemeinsam mit einem oder zwei anderen Unternehmen eine Strecke zu befliegen, keine mit den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag unvereinbaren Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Außerdem wird in den Begründungserwägungen der Verordnungen Nrn. 3975 und 3976/87 des Rates klargestellt, daß diese Verordnungen die Anwendung des Artikels 90 EWG-Vertrag nicht berühren.

51 Zwar hat der Rat in den Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 3976/87 sein Bestreben zum Ausdruck gebracht, den Wettbewerb im Luftverkehr nur schrittweise zu verstärken, um dem Luftfahrtsektor genügend Zeit zu lassen, sich an ein anderes als das derzeit bestehende System anzupassen, das in einer Reihe von Vereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und zwischen Luftfahrtunternehmen besteht. Dieses Bestreben kann jedoch nur in den vom Vertrag gezogenen Grenzen Beachtung finden.

52 Wenn also die neuen vom Rat und von der Kommission erlassenen Vorschriften den Gemeinschaftsorganen und den Behörden der Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen, die Luftfahrtunternehmen zur Durchführung gegenseitiger Konsultationen über die Tarife für bestimmte Fluglinien, wie z. B. jene, die Gegenstand der Richtlinie 87/601 sind, anzuregen, so verbietet ihnen der Vertrag doch ausdrücklich jede wie auch immer geartete Förderung des Zustandekommens von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen auf dem Gebiet der Tarife, die Artikel 85 Absatz 1 oder gegebenenfalls Artikel 86 widersprechen.

53 Das nationale Gericht führt außerdem Artikel 90 Absatz 3 an; diese Vorschrift ist aber für die Beantwortung der durch die vorliegende Rechtssache aufgeworfenen Fragen nicht einschlägig. Sie verpflichtet nämlich die Kommission, auf die Anwendung des Artikels 90 zu achten, und gibt ihr die Befugnis, erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten, ohne daß sie deswegen die Anwendung der Absätze 1 und 2 des Artikels 90 bei Untätigkeit der Kommission ausschließt.

54 Dagegen könnten sich aus Artikel 90 Absatz 2 Folgen für die Entscheidungen der Luftverkehrsbehörden über die Genehmigung von Tarifen ergeben. Diese Vorschrift sieht unter anderem vor, daß für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln des Vertrages nur gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert.

55 Artikel 90 Absatz 2 kann nämlich auf Verkehrsunternehmen Anwendung finden, die von den Behörden dazu verpflichtet worden sind, Linien zu bedienen, die zwar aus kommerzieller Sicht nicht rentabel sind, deren Bedienung aber aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich ist. Es ist Sache der zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden oder Gerichte, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das betroffene Luftfahrtunternehmen tatsächlich durch Hoheitsakte der öffentlichen Gewalt mit der Bedienung solcher Linien betraut worden ist (Urteil vom 27. März 1974 in der Rechtssache 127/73, BRT II, Slg. 1974, 313).

56 Die Wirkung der Wettbewerbsregeln kann aber nur dann gemäß Artikel 90 Absatz 2 durch die Erfordernisse beschränkt werden, die sich aus der Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe ergeben, wenn die für die Genehmigung von Tarifen zuständigen nationalen Behörden wie auch die mit Rechtsstreitigkeiten hierüber befaßten Gerichte feststellen können, um welche Erfordernisse es sich dabei genau handelt und wie sich diese auf die Struktur der von den betroffenen Luftfahrtunternehmen angewandten Tarife auswirken.

57 Wenn nämlich keine wirkliche Transparenz der Tarifstruktur besteht, läßt sich nur schwer oder überhaupt nicht beurteilen, welchen Einfluß die im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe auf die Geltung der Wettbewerbsregeln im Bereich der Tarife hat. Es ist Sache des nationalen Gerichts, insoweit die erforderliche Sachverhaltsaufklärung durchzuführen.

(...)

Rechtssache C-30/87 – Bodson –, Urteil v. 4. Mai 1988 (Slg. 1988, 2479ff.)

Leitsätze

1 *Staatliche Handelsmonopole - Bestimmungen des Vertrages - Anwendbarkeit auf die Dienstleistungsmonopole - Voraussetzungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 37)

2 *Staatliche Handelsmonopole - Begriff - Kontrolle der Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten durch die nationalen Behörden - Gesamtheit von Konzessionen, die auf kommunaler Ebene Unternehmen übertragen wurden, die ein und derselben Gruppe angehören - Ausschluß*
(EWG-Vertrag, Artikel 37)

3 *Wettbewerb - Kartelle - Vereinbarungen zwischen Unternehmen - Begriff - Gewährung einer Konzession durch einen Träger öffentlicher Gewalt zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe - Ausschluß*
(EWG-Vertrag, Artikel 85)

4 *Wettbewerb - Kartelle - Vereinbarungen zwischen Unternehmen - Begriff - Vereinbarungen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften, durch die die Aufgaben innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit verteilt werden - Ausschluß*
(EWG-Vertrag, Artikel 85)

5 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Gesamtheit von Gemeindemonopolen auf dem Gebiet des Bestattungswesens, die ein und derselben Unternehmensgruppe übertragen wurden - Anwendung des Artikels 86 EWG-Vertrag - Voraussetzungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 86)

6 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten ausschließliche Rechte einräumen - Einhaltung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags - Erzwingung unangemessener Preise - Verbot*
(EWG-Vertrag, Artikel 85, 86 und 90 Absatz 1)

1 Sowohl aus der Stellung von Artikel 37 EWG-Vertrag innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der in dieser Bestimmung verwendeten Terminologie ergibt sich, daß sie sich auf den Handel mit Waren bezieht und Dienstleistungsmonopole nicht betrifft. Jedoch kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß ein Dienstleistungsmonopol einen mittelbaren Einfluß auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ausübt, besonders wenn das von einem Unternehmen oder einer Unternehmensgesamtheit innegehabte Monopol für die Leistung bestimmter Dienste dazu führt, daß eingeführte Erzeugnisse gegenüber einheimischen Erzeugnissen diskriminiert werden.

2 Artikel 37 EWG-Vertrag zielt im besonderen auf Fälle, in denen die staatlichen Behörden in der Lage sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn über eine zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung oder ein übertragenes Monopol merklich zu beeinflussen, wobei dieses Monopol sowohl von einem Unternehmen als auch von Gebietskörperschaften des Staates ausgeübt werden kann.

Das ist nicht der Fall, wenn staatliche Rechtsvorschriften die Gemeinden mit der Durchführung des externen Bestattungsdienstes betrauen, wobei es den Gemeinden freisteht, einem Privatunternehmen eine Konzession zur Ausübung dieses Dienstes zu erteilen, diese Ausübung völlig freizugeben oder sie schließlich selbst in die Hand zu nehmen. Daß die Konzessionäre einer bestimmten Anzahl von Gemeinden, die einen bedeutenden Teil des Staatsgebiets ausmachen, zur selben Unternehmensgruppe gehören und auf diese Weise die Handelsströme beeinflussen können, ist nicht die Folge des Verhaltens der staatlichen oder der Gemeindebehörden, sondern diejenige des Verhaltens der betroffenen Unternehmen.

3 Artikel 85 EWG-Vertrag gilt schon nach seinem Wortlaut für Vereinbarungen „zwischen Unternehmen" und zielt nicht auf Konzessionsverträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unternehmen, die mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden.

4 Artikel 85 EWG-Vertrag ist nicht auf Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die als Mutter- oder Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören, vorausgesetzt daß die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann, und daß diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen dem Zweck dienen, die interne Aufgabenverteilung zwischen den Unternehmen zu regeln.

5 Artikel 86 EWG-Vertrag ist auf eine Gesamtheit von - sich auf einen bestimmten Teil des Staatsgebiets erstreckenden und den externen Bestattungsdienst betreffenden - Gemeindemonopolen anwendbar, die ein und derselben Unternehmensgruppe übertragen wurden, deren Vorgehen auf dem Markt von der Muttergesellschaft bestimmt wird,

- wenn sich die Tätigkeiten der Gruppe und die Monopolstellung, die die betroffenen Unternehmen in einem Teil des Gebiets eines Mitgliedstaats innehaben, auf die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder auf die Möglichkeit für die in diesen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen auswirken, im erstgenannten Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen,
- wenn die Unternehmensgruppe eine beherrschende Stellung innehat, die durch eine wirtschaftliche Machtposition gekennzeichnet ist, die ihr die Möglichkeit gibt, einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt im Bestattungswesen zu verhindern, und

- wenn die Unternehmensgruppe unangemessene Preise fordert, mögen diese auch in einem Leistungsverzeichnis festgelegt sein, dessen Beachtung zu den Bedingungen des Konzessionsvertrages gehört.

6 Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag verbietet es den Trägern öffentlicher Gewalt - sowohl auf nationaler als auch auf regionaler oder lokaler Ebene -, den Unternehmen, denen sie ausschließliche Rechte wie das Monopol für den externen Bestattungsdienst eingeräumt haben, ein den Bestimmungen der Artikel 85 und 86 widersprechendes Preisgebaren aufzuzwingen.

(...)

Urteil

1 Die französische Cour de cassation hat dem Gerichtshof durch Urteil vom 20. Januar 1987, beim Gerichtshof eingegangen am 2. Februar 1987, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag mehrere Fragen nach der Auslegung der Artikel 37, 85, 86 und 90 des Vertrages zur Vorabentscheidung vorgelegt, um darüber befinden zu können, ob eine innerstaatliche Regelung über die Erteilung ausschließlicher Konzessionen zur Ausübung von Monopolen der Gemeinden im Bereich bestimmter Dienstleistungen im Bestattungswesen mit diesen Bestimmungen vereinbar ist.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Société des Pompes funèbres des régions libérées, einer Tochtergesellschaft der Société des Pompes funèbres générales, der die Stadt Charleville-Mézières 1972 das ausschließliche Recht auf Durchführung des externen Bestattungsdienstes eingeräumt hat, und Frau Corinne Bodson, die im Gebiet dieser Gemeinde Tätigkeiten des externen Bestattungsdienstes ausgeübt hat.

3 Ein französisches Gesetz aus dem Jahre 1904, dessen wichtigste Bestimmungen gegenwärtig Bestandteil der Artikel L 362-1 ff. des Code des communes (Gemeindegesetzbuch) sind, hat die Gemeinden mit dem „externen Dienst" bei Bestattungen betraut. Dieser Dienst umfaßt ausschließlich den Transport der sterblichen Überreste nach der Einsargung, die Stellung von Leichen- und Trauerwagen, die Lieferung von Särgen und Behängen für die Fassaden der Trauerhäuser sowie die Lieferung bzw. Stellung der für Beerdigungen, Exhumierungen und Einäscherungen notwenigen Materialien und Arbeitskräfte; er schließt insbesondere weder den „internen Dienst" ein, worunter die Dienstleistungen der Regionsgemeinschaften zu verstehen sind, noch den „freien Dienst" ein, der diejenigen Leistungen umfaßt, die für die Trauerfeierlichkeiten nicht unerläßlich sind, wie die Lieferung von Blumen und Steinmetzarbeiten.

4 Aus den Akten geht hervor, daß von insgesamt ungefähr 36 000 französischen Gemeinden 5 000 Gemeinden, in denen 25 Millionen Einwohner, d. h. etwa 45 % der französischen Bevölkerung wohnen, den externen Dienst Privatunternehmen übertragen haben. Die Société des Pompes funèbres générales oder ihre Tochtergesellschaften sind Konzessionäre in 2 800 Gemeinden; sie führen in Frankreich einen großen Teil der Bestattungen durch. Nach den von der Kommission erteilten Auskünften ist die Muttergesellschaft, Pompes funèbres générales, ihrerseits Tochtergesellschaft eines Unternehmens, das zur Gruppe Lyonnaise des Eaux gehört.

5 Frau Bodson betreibt als Franchise-Nehmerin eines der Bestattungsinstitute des Herrn Michel Leclerc, der in Frankreich ein Netz solcher Unternehmen geschaffen hat, die zu eindeutig niedrigeren Preisen arbeiten, als sie üblicherweise auf diesem Sektor, insbesondere von der Société des Pompes funèbres générales und deren Tochtergesellschaften, gefordert werden. Sie führte im Gebiet der Stadt Charleville-Mézières Bestattungen durch; darauf hin beantragte die Inhaberin der ausschließlichen Konzession gegen Frau Bodson den Erlaß einer einstweiligen Verfügung.

6 Die Cour de cassation ist mit einer Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Cour d'appel Reims befaßt, das Frau Bodson durch einstweilige Verfügung bei Vermeidung von Zwangsgeldern jegliche zum externen Bestattungsdienst gehörende Tätigkeit verboten hat. Vor der Cour de cassation macht Frau Bodson geltend, die aus der Société des Pompes funèbres générales und deren Tochterfirmen bestehende Unternehmensgruppe habe eine beherrschende Stellung auf dem Markt mißbräuchlich ausgenutzt; sie beruft sich auf eine Stellungnahme der französischen Wettbewerbskommission, die dieser Gruppe ein Monopol oder eine beherrschende Stellung zugeschrieben habe. Sie bringt vor, dieses Monopol oder diese beherrschende Stellung ergebe sich daraus, daß dieser Gruppe von den Gemeinden ein bedeutender Teil, in einigen französischen Regionen sogar fast die

Gesamtheit der ausschließlichen Konzession zur Durchführung des externen Bestattungsdienstes übertragen worden sei; der Mißbrauch bestehe insbesondere in der Forderung überhöhter Preise; überdies könne die Anwendbarkeit von Artikel 37 EWG-Vertrag im Falle einer sich über das Staatsgebiet erstreckenden Gesamtheit von Gemeindemonopolen nicht ausgeschlossen werden.

(...)

9 Die erste Frage betrifft die Auslegung des Vertrages im Hinblick auf staatliche Monopole, während es bei den drei übrigen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, um die Auslegung der auf Unternehmen anwendbaren wettbewerbsrechtlichen Vorschriften geht.

Zur ersten Frage

10 Was die Auslegung von Artikel 37 des Vertrages betrifft, so ergibt sich nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe insbesondere das Urteil vom 28. Juni 1983 in der Rechtssache 271/81, Coopérative du Béarn, Slg. 1983, 2057) sowohl aus der Stellung dieser Bestimmung im Kapitel des Vertrages über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der in ihr verwendeten Terminologie, daß sie sich auf den Handel mit Waren bezieht und Dienstleistungsmonopole nicht betrifft. Jedoch kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß ein Dienstleistungsmonopol einen mittelbaren Einschluß auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ausübt, besonders wenn das von einem Unternehmen oder einer Unternehmensgesamtheit innegehabte Monopol für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen dazu führt, daß eingeführte Erzeugnisse gegenüber einheimischen diskriminiert werden.

11 Artikel 37 bezieht sich im übrigen auf staatliche Handelsmonopole, ein Begriff, der gemäß Absatz 1 Unterabsatz 2 dieses Artikels alle Einrichtungen erfaßt, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar den Handel zwischen den Mitgliedstaaten kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflußt, und auch für Monopole gilt, die von einem Staat auf andere Rechtsträger übertragen worden sind.

12 Von diesen beiden Überlegungen ist bei der Auslegung von Artikel 37 im Hinblick auf den vom vorlegenden Gericht ins Auge gefaßten Sachverhalt auszugehen, bei dem es sich um eine Gesamtheit von Gemeindemonopolen handelt, die auf zur selben Gruppe gehörende Unternehmen übertragen wurden, sich auf einen bestimmten Teil des Staatsgebiets erstrecken und Dienstleistungen sowie Warenlieferungen zum Gegenstand haben.

13 Artikel 37 zielt im besonderen auf Fälle, in denen die staatlichen Behörden in der Lage sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn über eine zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung oder ein auf andere Rechtsträger übertragenes Monopol merklich zu beeinflussen. Die Bestimmung erfaßt daher auch den Fall, daß das betroffene Monopol von einem Unternehmen, von einer Unternehmensgruppe oder von Gebietskörperschaften des Staates, wie den Gemeinden, ausgeübt wird.

14 Keiner dieser beiden Fälle trifft jedoch auf einen Sachverhalt wie den vom vorliegenden Gericht beschriebenen zu. Die staatlichen Rechtsvorschriften betrauen die Gemeinden mit der Durchführung des externen Bestattungsdienstes, wobei es den Gemeinden freisteht, einem Privatunternehmen eine Konzession zur Ausübung dieses Dienstes zu erteilen, diese Ausübung völlig freizugeben oder sie schließlich selbst in die Hand zu nehmen. Daß die Konzessionäre einer bestimmten Anzahl von Gemeinden, die einen bedeutenden Teil des Staatsgebiets ausmachen, zur selben Unternehmensgruppe gehören und auf diese Weise die Handelsströme beeinflussen können, ist nicht die Folge des Verhaltens der staatlichen oder der Gemeindebehörden, sondern diejenige des Verhaltens der betroffenen Unternehmen.

15 Diese Überlegungen lassen erkennen, daß der vom vorlegenden Gericht ins Auge gefaßte Sachverhalt von den für die Unternehmen geltenden Bestimmungen des Vertrages - insbesondere den Artikeln 85, 86 und 90 - her erfaßt werden muß und nicht von den die staatlichen Monopole betreffenden Vorschriften des Artikels 37 her.

Zur zweiten, dritten und vierten Frage

(...)

17 Was Artikel 85 betrifft, möchte das vorlegende Gericht im zweiten Teil seiner dritten Frage im besonderen wissen, ob diese Bestimmung auf Konzessionsverträge anwendbar ist, die im Bestat-

tungswesen zwischen Unternehmen oder Unternehmensgruppen einerseits und Gemeinden andererseits geschlossen werden.

18 Wie die Kommission zu Recht bemerkt, gilt Artikel 85 schon nach seinem Wortlaut für Vereinbarungen „zwischen Unternehmen"; diese Bestimmung zielt somit nicht auf Konzessionsverträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unternehmen, die mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden.

19 Was die etwaige Anwendung von Artikel 85 auf die Beziehungen zwischen den zum selben Konzern gehörenden konzessionierten Unternehmen betrifft, so ist diese Vorschrift nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 15/74, Centrafarm u. a. /Sterling Drug, Slg. 1974, 1147) nicht auf Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die als Mutter- oder Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören, vorausgesetzt daß die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann, und daß diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen dem Zweck dienen, die interne Aufgabenverteilung zwischen den Unternehmen zu regeln.

20 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob hier ein solcher Sachverhalt vorliegt. Die bloße Tatsache, daß die konzessionierten Unternehmen derselben Unternehmensgruppe angehören, ist insoweit nicht ausschlaggebend; es kommt auf die Art der Beziehungen zwischen den Unternehmen der Gruppe an. Im vorliegenden Fall ergibt sich diese Art weder aus den Vorlagefragen noch aus dem sonstigen Akteninhalt; insbesondere ist nicht ersichtlich, ob die Unternehmen auf dem Markt eine gemeinsame, von der Mutterfirma bestimmte Linie verfolgen.

21 Ein etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten der - nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine wirtschaftliche Einheit bildenden - Gruppe konzessionierter Unternehmen muß anhand von Artikel 86 des Vertrages untersucht werden. Das Vorlageurteil scheint von einem solchen Sachverhalt auszugehen, da in der vierten Frage die „Gesamtheit der Monopole oder die sich aus ihr ergebende beherrschende Stellung" angesprochen wird. Daher muß geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen Artikel 86 auf einen solchen Sachverhalt anwendbar ist.

22 Artikel 86 verbietet mißbräuchliche Praktiken, die darin bestehen, daß ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben ausnutzen. Dieses Verbot gilt jedoch nur insoweit, als der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch diese Praktiken beeinträchtigt werden kann.

(...)

24 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß für die Beurteilung der Frage, ob der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 86 führen kann, die Auswirkungen auf die Struktur eines wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu berücksichtigen sind. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 2. März 1983 in der Rechtssache 7/82 (GVL, Slg. 1983, 483) entschieden hat, können diese Auswirkungen, soweit es um Dienstleistungen geht, insbesondere darin bestehen, daß die Tätigkeiten des betroffenen Unternehmens oder Konzerns in einer Weise ausgestaltet sind, daß sie zu einer Aufteilung des Gemeinsamen Marktes und damit zu einer Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs führen, der eines der Ziele des Vertrages ist.

25 Es ist infolgedessen Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob in dem Fall, mit dem es befaßt ist, die Tätigkeiten der Gruppe konzessionierter Unternehmen und die Monopolstellung, die diese Unternehmen auf einem bedeutenden Teil des Gebiets eines Mitgliedstaats innehaben, sich auf die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder auf die Möglichkeit für die in diesen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen auswirken, im erstgenannten Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen.

26 Die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Artikel 86 ist das Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin, Slg. 1983, 3461) ausgeführt hat, ist mit einer solchen Stellung die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen

Wettbewerbs auf dem Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Mitbewerbern und seinen Abnehmern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten. Aus der Rechtsprechung geht ebenfalls hervor, daß die Anwendung von Artikel 86 nicht deswegen ausgeschlossen ist, weil bestimmte Gesetzes- und Verordnungsvorschriften das Fehlen von Wettbewerb oder die Beschränkung des Wettbewerbs begünstigen.

27 Um festzustellen, ob in Fällen wie dem vorliegenden eine solche beherrschende Stellung besteht, muß das Ausmaß der wirtschaftlichen Macht ermittelt werden, die die Gruppe der konzessionierten Unternehmen auf dem relevanten Markt, dem der Bestattungsdienste, besitzt. Da der Begriff der beherrschenden Stellung sich auf eine tatsächliche Situation bezieht, muß auch die Stellung in Betracht gezogen werden, die die Unternehmensgruppe in den Gemeinden einnimmt, in denen sie nicht ausschließlicher Konzessionär ist; ebenso sind die Dienstleistungen und Warenlieferungen in Betracht zu ziehen, die die Gruppe außerhalb des externen Bestattungsdienstes tätigt, wie etwa die Lieferung von Blumen oder Steinmetzarbeiten, die zum „freien Dienst" gehört.

28 Aus den Akten ergibt sich, daß die Unternehmensgruppe, deren Muttergesellschaft die Société des Pompes funèbres générales ist, in weniger als 10 % der französischen Gemeinden ausschließlicher Konzessionär ist; die Einwohnerzahl dieser Gemeinden beträgt jedoch insgesamt mehr als ein Drittel der französischen Bevölkerung. Die Zahl der durchgeführten Bestattungen ergibt sich jedoch aus der Einwohnerzahl und nicht aus der Zahl der Gemeinden, in denen die in Rede stehende Gruppe Inhaberin ausschließlicher Konzessionen ist; man muß also auf den erstgenannten Faktor abstellen, um ermitteln zu können, ob eine beherrschende Stellung vorliegt.

29 Wenn somit das Vorliegen einer solchen Stellung von einer dem staatlichen Gericht obliegenden Tatsachenwürdigung abhängt, so könnten folgende Maßstäbe für die Entscheidung dieses Gerichts sachdienlich sein:

- der Umfang des Marktanteils der Gruppe, der infolge der ausschließlichen Konzession vor jeglichem Wettbewerb geschützt ist;
- der Einfluß dieser Monopolstellung auf die Position der Gruppe hinsichtlich der nicht von der ausschließlichen Konzession betroffenen Warenlieferungen und Dienstleistungen;
- die Stellung der Gruppe in den Gemeinden, die die Durchführung des externen Bestattungsdienstes nicht auf Unternehmen übertragen haben, und der Marktanteil der Gruppe in anderen Mitgliedstaaten;
- die finanziellen Ressourcen der Gruppe, wie sie sich z. B. aus deren Zugehörigkeit zu einem starken Zusammenschluß von Unternehmen oder Unternehmensgruppen ergeben können.

30 Die dritte von Artikel 86 aufgestellte Voraussetzung ist die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung. Als Beispiel nennt Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe a die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Preisen. Vorliegend betrafen die Beschwerden, mit denen die Kommission befaßt worden war, gerade die Erzwingung unangemessener Preise durch die Konzessionäre. Im vorliegenden Rechtsstreit macht Frau Bodson geltend, die Société des Pompes funèbres générales und deren Tochtergesellschaften verlangten überhöhte Preise.

31 Die französische Regierung und die Société des Pompes funèbres des régions libérées bestreiten, daß die von den Tochtergesellschaften der Société des Pompes funèbres générales geforderten Preise unangemessen wären. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Entscheidung dieser Frage. Da mehr als 30 000 französische Gemeinden kein Unternehmen mit dem externen Bestattungsdienst betraut haben, sondern die freie Ausübung dieser Tätigkeit zulassen oder sie selbst durchführen, muß es möglich sein, einen Vergleich zwischen den von der Gruppe der konzessionierten Unternehmen geforderten und den anderweitig praktizierten Preisen vorzunehmen; ein solcher Vergleich könnte die Grundlage für die Feststellung bilden, ob die von den Konzessionären geforderten Preise angemessen sind.

32 Dieselben Beteiligten haben weiterhin vorgetragen, die Konzessionäre seien nicht in der Lage, einen bestimmten Preis zu „erzwingen", da die zu fordernden Preise in einem Leistungsverzeichnis festgelegt seien, dessen Beachtung zu den Bedingungen gehöre, unter denen die Konzession erteilt worden sei. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Aus den Akten geht hervor, daß die Konzession zur Verrichtung des externen Bestattungsdienstes in Frankreich als Vertrag zwischen der Gemeinde und dem konzessionierten Unternehmen angesehen wird, wovon übrigens auch das vor-

legende Gericht ausgeht. Hieraus folgt, daß die Höhe der Preise dem Unternehmen zuzurechnen ist, da dieses in vollem Umfang für die von ihm abgeschlossenen Verträge verantwortlich ist.

33 Soweit die Gemeinden ihren Konzessionären ein bestimmtes Preisniveau aufgezwungen haben sollten, in der Weise, daß sie es abgelehnt hätten, die Unternehmen mit dem externen Dienst zu betrauen, wenn diese nicht bereit gewesen wären, besonders hohe Preise zu fordern –, würden sie den Tatbestand von Artikel 90 Absatz 1 erfüllen. Diese Bestimmung regelt die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten - ein Begriff, der im vorliegenden Zusammenhang die Träger öffentlicher Gewalt auf der Ebene der Regionen, Provinzen und Gemeinden einschließt - im Hinblick auf Unternehmen, „denen sie ausschließliche oder besondere Rechte gewähren". Letzteres trifft genau auf eine ausschließliche Konzession zur Verrichtung des externen Bestattungsdienstes zu.

34 Hieraus ergibt sich, daß die Träger öffentlicher Gewalt in Fällen wie dem vorliegenden keine dem Vertrag, insbesondere dessen Artikel 85 und 86, widersprechenden „Maßnahmen" treffen oder beibehalten dürfen. Es ist ihnen daher verboten, die Anwendung unangemessener Preise durch die Konzessionierten Unternehmen dadurch zu fördern, daß sie derartige Preise als Bedingung eines Konzessionsvertrags erzwingen.

(...)

Rechtssache C-202/88 – Telekommunikations-Endgeräte –, Urteil v. 19. März 1991 (Slg. 1991, I-1223ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Befugnisse der Kommission - Erlass von Richtlinien, in denen allgemein die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten präzisiert werden*
(EWG-Vertrag, Artikel 90 Absätze 1 und 3)

2 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Vereinbarkeit der übertragenen Rechte mit dem EWG-Vertrag - Keine Vermutung*
(EWG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 1)

3 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Befugnisse der Kommission aufgrund ihrer Aufsichtpflicht und Regelungsbefugnisse des Rates*
(EWG-Vertrag, Artikel 87, 90 Absatz 3 und 100a)

4 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Auslegung des Artikels 30 EWG-Vertrag im Lichte der Artikel 2 und 3 Telekommunikations-Endgeräte - Von den Mitgliedstaaten gewährte ausschließliche Einfuhr- und Vertriebsrechte - Unzulässigkeit - Zusammenhang - Unzulässigkeit der ausschließlichen Rechte betreffend die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung der Geräte - Rechtliche Verpflichtung zur Aufhebung durch die Richtlinie 88/301 - Verpflichtung, die Festschreibung der technischen Spezifikationen und die Zulassung der Geräte einer unabhängigen Stelle zu übertragen, um die Unabhängigkeit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen*
(EWG-Vertrag, Artikel 2,3 Buchstabe f und 30; Richtlinie 88/301 der Kommission, Artikel 2, 3 und 6)

5 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Rückgriff auf Artikel 90 EWG-Vertrag, um Verhaltensweisen zu beseitigen, die von den Unternehmen ausgehen - Rechtswidrigkeit - Geeignete Rechtsgrundlage - Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag*
(EWG-Vertrag, Artikel 85, 86 und 90; Richtlinie 88/301 der Kommission, Artikel 7)

1 Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag verleiht der Kommission die Befugnis, die sich aus Absatz 1 dieses Artikels ergebenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, allgemein durch den Erlaß von Richtlinien zu präzisieren. Eine solche Befugnis, von der ohne Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils bestehenden Lage Gebrauch gemacht

wird, kann ihrem Wesen nach nicht der Feststellung dienen, daß ein Mitgliedstaat gegen eine bestimmte Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat.

2 Die Tatsache, daß Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag von der Existenz von Unternehmen ausgeht, die bestimmte besondere oder ausschließliche Rechte innehaben, ist nicht dahin zu verstehen, daß alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar sind. Dies hängt vielmehr von den Vertragsvorschriften ab, auf die Artikel 90 Absatz 1 verweist.

3 Die der Kommission in Artikel 90 Absatz 3 verliehene Zuständigkeit, nämlich die Aufsicht hinsichtlich der Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten gegenüber Unternehmen erlassen, zu denen sie besondere Beziehungen der in diesem Artikel genannten Art haben, hat einen anderen und spezifischeren Inhalt als die Zuständigkeit des Rates nach Artikel 100a einerseits und Artikel 87 andererseits. Im übrigen steht der etwaige Erlaß einer Regelung durch den Rat aufgrund einer allgemeinen Zuständigkeit nach anderen Vorschriften des Vertrags, in der Bestimmungen enthalten wären, die den besonderen Bereich von Artikel 90 berühren, der Ausübung der der Kommission in diesem Artikel verliehenen Zuständigkeit nicht entgegen.

4 Die Gewährung ausschließlicher Einfuhr- und Vertriebsrechte im Sektor der Telekommunikationsgeräte durch einen Mitgliedstaat ist geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beschränken und stellt daher eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag dar. Erstens nimmt nämlich das Bestehen von ausschließlichen Einfuhr- und Vertriebsrechten den Wirtschaftsteilnehmern, die diese nicht innehaben, die Möglichkeit, die Verbraucher zum Kauf ihrer Erzeugnisse zu veranlassen, und zweitens ist angesichts der Vielfalt und des technischen Charakters der Erzeugnisse in diesem Sektor nicht gewährleistet, daß der Inhaber des Monopols in der Lage ist, die gesamte Palette der auf dem Markt vorhandenen Modelle anzubieten, die Kunden über Zustand und Betrieb aller Endgeräte zu informieren und deren Qualität zu garantieren. Zu Recht werden die Mitgliedstaaten also in Artikel 2 der Richtlinie 88/301 zur Aufhebung dieser Rechte in den in Artikel 3 und durch Anforderungen der Sicherheit, des Schutzes der Netze und der Kommunikationsfähigkeit der Geräte gebotenen Grenzen verpflichtet.

Da im übrigen die Artikel 30 ff. EWG-Vertrag im Lichte der Artikel 2 und 3 auszulegen sind, die die Errichtung eines Marktes mit freiem Warenverkehr unter Bedingungen eines nicht verfälschten Wettbewerbs zum Ziel haben, was bedeutet, daß der in Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag enthaltene Wettbewerbsaspekt zu berücksichtigen ist, und da bei Aufrechterhaltung ausschließlicher Rechte betreffend die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung die Gefahr besteht, daß die Wirtschaftsteilnehmer, die diese Geräte vertreiben, ihre Tätigkeit nicht unter Bedingungen eines nicht verfälschten Wettbewerbs ausüben können, da weder gewährleistet ist, daß der Inhaber dieser ausschließlichen Rechte in der Lage ist, die Zuverlässigkeit dieser Dienstleistungen für alle auf dem Markt vorhandenen Endgerätetypen sicherzustellen und damit den Gebrauch aller dieser Geräte zu ermöglichen, noch, daß für ihn ein dahingehender Anreiz besteht, schreibt die Richtlinie zu Recht auch deren Aufhebung vor.

Das gleiche Erfordernis, eine Verfälschung des Wettbewerbs zu vermeiden und die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen, rechtfertigt schließlich, daß Artikel 6 der Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichtet, vorzusehen, daß die Festschreibung der technischen Spezifikationen, die Kontrolle ihrer Anwendung und die Zulassung der Geräte von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist.

5 Soweit Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben, von sich aus wettbewerbswidrige Verhaltensweisen an den Tag legen, stellt Artikel 90 EWG-Vertrag, der der Kommission eine Befugnis nur im Hinblick auf staatliche Maßnahmen verleiht, keine geeignete Rechtsgrundlage dar, um diesen ein Ende zu setzen. Solche Verhaltensweisen können nur mit Einzelentscheidungen auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag gerügt werden.

Demgemäß ist Artikel 7 der Richtlinie 88/301, mit dem die Kommission die Mitgliedstaaten verpflichten wollte, die Kündigung von Miet- und Wartungsverträgen über Telekommunikations-Endgeräte, für die bei Vertragsabschluß bestimmten Unternehmen eingeräumte ausschließliche

oder besondere Rechte bestanden, mit einer Frist von höchstens einem Jahr zu ermöglichen, für nichtig zu erklären, da nicht festgestellt worden ist, daß der als wettbewerbswidrig angesehene Abschluß von Langzeitverträgen auf von den staatlichen Stellen ausgehende Anregungen oder Zwänge zurückzuführen ist.

(...)

Urteil

1 Die Französische Republik hat mit Klageschrift, die am 22. Juli 1988 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Nichtigerklärung der Artikel 2, 6, 7 und soweit erforderlich des Artikels 9 der Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte (ABl. L 131, S. 73). Die Italienische Republik, das Königreich Belgien, die Bundesrepublik Deutschland und die Griechische Republik sind dem Verfahren als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Französischen Republik beigetreten.

2 Die Richtlinie 88/301 ist auf der Grundlage von Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag erlassen worden. Nach Artikel 2 der Richtlinie sorgen die Mitgliedstaaten, die Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten gewähren, für die Aufhebung dieser Rechte und teilen der Kommission die dazu vorgesehenen und getroffenen Maßnahmen mit.

3 Nach Artikel 3 gewährleisten die Mitgliedstaaten, daß die Wirtschaftsteilnehmer das Recht haben, Endgeräte einzuführen, zu vertreiben, einzurichten, in Betrieb zu setzen und zu warten. Sie können jedoch

- bei fehlenden technischen Spezifikationen durch eine von der in Artikel 6 genannten Stelle abgegebene begründete Stellungnahme die Einrichtung und Inbetriebnahme von Endgeräten ablehnen, die nicht den in Artikel 2 Nr. 17 der Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten (ABl. L 217, S. 21) festgelegten grundlegenden Anforderungen entsprechen, und
- vorschreiben, daß Wirtschaftsteilnehmer für die Einrichtung, Inbetriebsetzung und Wartung von Endgeräten geeignete technische Qualifikationen besitzen müssen, die nach objektiven, nicht diskriminierenden und veröffentlichten Kriterien festgelegt sind.

4 Nach Artikel 6 der Richtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten, daß ab 1. Juli 1989 die Festschreibung der in Artikel 5 genannten Spezifikationen und die Kontrolle ihrer Anwendung sowie die Zulassung von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist.

5 Artikel 7 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Kündigung von Miet- und Wartungsverträgen über Endgeräte, für die bei Vertragsabschluß bestimmten Unternehmen gewährte ausschließliche oder besondere Rechte bestanden, mit einer Frist von höchstens einem Jahr möglich ist.

(...)

I - Zum rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits

9 Das Vorbringen in der vorliegenden Rechtssache betrifft im wesentlichen die Auslegung von Artikel 90 EWG-Vertrag. Absatz 3 dieses Artikels, auf den die streitige Richtlinie gestützt ist, lautet: „Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten."

10 Artikel 90 Absatz 1 untersagt den Mitgliedstaaten allgemein, in bezug auf öffentliche Unternehmen oder auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem Vertrag und insbesondere seinen Artikeln 7 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

11 Artikel 90 Absatz 2 sieht vor, daß diese Vorschriften, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen gelten, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, soweit ihre Anwendung nicht die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert; die Entwicklung des Handelsverkehrs darf jedoch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

12 Die letztgenannte Vorschrift soll dadurch, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschriften zuläßt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen.

13 In der elften Begründungserwägung der streitigen Richtlinie weist die Kommission darauf hin, daß die Voraussetzungen für eine Ausnahme gemäß Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag nicht erfüllt seien. Weder die französische Regierung noch die Streithelfer haben dem widersprochen. Folglich bilden die Absätze 1 und 3 des Artikels 90 EWG-Vertrag den Rahmen dieses Rechtsstreits.

14 Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag erlaubt der Kommission den Erlaß von Richtlinien und räumt ihr damit die Befugnis ein, allgemeine Regeln zu erlassen, durch die die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen präzisiert werden und die für die Mitgliedstaaten hinsichtlich der in den Absätzen 1 und 2 dieses Artikels genannten Unternehmen gelten.

15 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Beteiligten im Hinblick auf dieFrage zu prüfen, ob sich die Kommission im vorliegenden Fall in den Grenzen der ihr damit vom Vertrag eingeräumten Regelungsbefugnis gehalten hat.

(...)

III - Zur Zuständigkeit der Kommission

19 Mit dem zweiten Klagegrund macht die französische Regierung, unterstützt von den Streithelfern, geltend, die Kommission habe mit dem Erlaß einer Richtlinie, die die schlichte Aufhebung besonderer oder ausschließlicher Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten vorsehe, die ihr in Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag verliehenen Aufsichtsbefugnisse überschritten. Diese Vorschrift setze das Bestehen besonderer und ausschließlicher Rechte voraus. Die Auffassung, daß die Aufrechterhaltung dieser Rechte als solche eine Maßnahme im Sinne von Artikel 90 sei, verkenne demnach dessen Tragweite.

20 Die französische und die belgische Regierung sind ferner der Ansicht, eine Politik der Umstrukturierung des Telekommunikationssektors, wie sie die Richtlinie vorsehe, falle in die ausschließliche Zuständigkeit des Rates auf der Grundlage von Artikel 100a. Nach Auffassung der belgischen und der italienischen Regierung verstößt die Richtlinie zudem gegen Artikel 87 EWG-Vertrag, da allein der Rat ermächtigt sei, Vorschriften zur Durchführung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag in bestimmten Sektoren zu erlassen.

21 Zu dem ersten Argument ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die der Kommission übertragene Aufsichtsbefugnis die auf Artikel 90 Absatz 3 gestützte Möglichkeit umfaßt, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zu präzisieren. Der Umfang dieser Befugnis hängt folglich von der Tragweite der Vorschriften ab, deren Beachtung sichergestellt werden soll.

22 Sodann ist festzustellen, daß dieser Artikel zwar von der Existenz von Unternehmen ausgeht, die bestimmte besondere und ausschließliche Rechte innehaben, daß damit jedoch nicht alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar sind. Dies hängt vielmehr von den einzelnen Vorschriften ab, auf die Artikel 90 Absatz 1 verweist.

23 Was den Vorwurf angeht, die Kommission habe in die dem Rat durch die Artikel 87 und 100a EWG-Vertrag verliehenen Befugnisse eingegriffen, so sind diese Bestimmungen mit denen des Artikels 90 unter Berücksichtigung ihres jeweiligen Gegenstands und Zwecks zu vergleichen.

24 Artikel 100a betrifft den Erlaß der Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Gegenstand von Artikel 87 ist der Erlaß aller zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze, also der für alle Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln. Artikel 90 seinerseits betrifft die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten gegenüber Unternehmen erlassen, zu denen sie besondere Beziehungen der in diesem Artikel genannten Art haben. Nur im Hinblick auf diese Maßnahmen erlegt er der Kommission eine Aufsichtspflicht auf, die erforderlichenfalls durch den Erlaß von an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinien oder Entscheidungen wahrgenommen werden kann.

25 Die der Kommission in Artikel 90 Absatz 3 verliehene Zuständigkeit hat demnach einen anderen und spezifischeren Inhalt als die Zuständigkeiten des Rates nach Artikel 100a einerseits und Artikel 87 andererseits.

26 Wie sich zudem aus dem Urteil vom 6. Juli 1982 in den verbundenen Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnr. 14) ergibt, steht der etwaige Erlaß einer Regelung durch den Rat aufgrund einer allgemeinen Zuständigkeit nach anderen Vorschriften des Vertrags, in der Bestimmungen enthalten wären, die den besonderen Bereich von Artikel 90 berühren, der Ausübung der der Kommission in diesem Artikel verliehenen Zuständigkeit nicht entgegen.

(...)

V - Zur Anwendung der Vorschriften des Vertrags

29 Die französische Regierung und die als Streithelfer beigetretenen Regierungen machen geltend, die Artikel 2, 6, 7 und 9 der Richtlinie seien rechtswidrig, weil sie zu Unrecht von einer Verletzung der Artikel 30, 37, 59 und 86 EWG-Vertrag durch die Mitgliedstaaten ausgingen.

30 Aufgrund der vorstehenden Überlegungen ist diese Rüge so zu verstehen, daß sie sich gegen die nicht ordnungsgemäße Anwendung dieser Vertragsvorschriften durch die Kommission richtet. Somit sind die Artikel 2, 6, 7 und 9 der Richtlinie 88/301 im Lichte der Gründe zu prüfen, auf die sie gestützt sind.

1. Zur Rechtmäßigkeit von Artikel 2 der Richtlinie 88/301 (Aufhebung besonderer und ausschließlicher Rechte)

31 Artikel 2 der streitigen Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten gewähren, diese Rechte aufzuheben und der Kommission die dazu vorgesehenen und getroffenen Maßnahmen mitzuteilen.

32 Demnach betrifft die Richtlinie zum einen ausschließliche und zum anderen besondere Rechte. Bei der Prüfung der vorliegenden Rüge ist dieser Einteilung zu folgen.

33 Was die ausschließlichen Einfuhr- und Vertriebsrechte angeht, ist auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe namentlich das Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Daßonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5) hinzuweisen, wonach das in Artikel 30 EWG-Vertrag aufgestellte Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten erfaßt, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

34 Hierzu ist zunächst festzustellen, daß das Bestehen von ausschließlichen Einfuhr- und Vertriebsrechten den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit nimmt, die Verbraucher zum Kauf ihrer Erzeugnisse zu veranlassen.

35 Zweitens ist darauf hinzuweisen, daß der Endgerätesektor durch die Vielfalt und den technischen Charakter der Erzeugnisse sowie die sich daraus ergebenden Sachzwänge gekennzeichnet ist. Unter diesen Umständen ist nicht gewährleistet, daß der Inhaber des Monopols in der Lage ist, die gesamte Palette der auf dem Markt vorhandenen Modelle anzubieten, die Kunden über Zustand und Betrieb aller Endgeräte zu informieren und deren Qualität zu garantieren.

36 Ausschließliche Einfuhr- und Vertriebsrechte im Sektor der Telekommunikations-Endgeräte sind daher geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beschränken.

37 Zu der Frage, ob sie sich rechtfertigen lassen, ist darauf hinzuweisen, daß die Kommission in Artikel 3 der streitigen Richtlinie Umfang und Grenzen der Aufhebung besonderer und ausschließlicher Rechte unter Berücksichtigung bestimmter Anforderungen präzisiert hat, wie sie in Artikel 2 Nr. 17 der Richtlinie 86/361/EWG des Rates aufgeführt sind, nämlich der Sicherheit der Benutzer, der Sicherheit der Beschäftigten von öffentlichen Telekommunikations-Unternehmen, des Schutzes der öffentlichen Telekommunikationsnetze vor Schäden und in begründeten Fällen der Kommunikationsfähigkeit der Endgeräte.

38 Die französische Regierung ihrerseits hat Artikel 3 der streitigen Richtlinie nicht angefochten und nicht geltend gemacht, daß es andere wesentliche Erfordernisse gebe, die die Kommission hätte berücksichtigen müssen.

39 Unter diesen Umständen hat die Kommission ausschließliche Einfuhr- und Vertriebsrechte im Sektor der Telekommunikations-Endgeräte zu Recht als unvereinbar mit Artikel 30 EWG-Vertrag angesehen.

40 Zu den ausschließlichen Rechten betreffend die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten heißt es in der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie:

„Die Beibehaltung ausschließlicher Rechte auf diesem Gebiet käme der Beibehaltung von ausschließlichen Rechten für den Vertrieb gleich."

41 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes haben die Artikel 2 und 3 EWG-Vertrag die Errichtung eines Marktes mit freiem Warenverkehr unter Bedingungen eines nicht verfälschten Wettbewerbs zum Ziel (siehe namentlich Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Leclerc, Slg. 1985, 1, Randnr. 9). Die Artikel 30 ff. EWG-Vertrag sind somit im Lichte dieses Grundsatzes auszulegen; dies bedeutet, daß der in Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag enthaltene Wettbewerbsaspekt zu berücksichtigen ist.

42 Auf einem Markt, der die vorstehend beschriebenen Merkmale (siehe Randnr. 35) aufweist, ist weder gewährleistet, daß der Inhaber ausschließlicher Rechte betreffend die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung in der Lage ist, die Zuverlässigkeit dieser Dienstleistungen für alle auf dem Markt vorhandenen Endgerätetypen sicherzustellen und damit den Gebrauch aller dieser Geräte zu ermöglichen, noch ist gesichert, daß für ihn ein dahin gehender Anreiz besteht. Folglich muss ein Wirtschaftsteilnehmer, wenn das ausschließliche Vertriebsrecht aufgehoben worden ist, selbst die Dienstleistungen betreffend Einrichtung, Inbetriebsetzung und Wartung anbieten können, um seine Vertriebstätigkeit unter Bedingungen eines nicht verfälschten Wettbewerbs auszuüben.

43 Unter diesen Umständen hat die Kommission ausschließliche Rechte betreffend die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten zu Recht als unvereinbar mit Artikel 30 EWG-Vertrag angesehen.

44 Folglich durfte die Kommission die Aufhebung ausschließlicher Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten verlangen.

45 Was die besonderen Rechte angeht, ist festzustellen, daß weder in den Bestimmungen noch in den Begründungserwägungen der Richtlinie gesagt wird, welche Art von Rechten konkret gemeint ist und inwiefern das Bestehen dieser Rechte den verschiedenen Vertragsvorschriften zuwiderlaufen soll.

46 Folglich hat die Kommission die Verpflichtung zur Aufhebung besonderer Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten nicht gerechtfertigt.

(...)

2. Zur Rechtmäßigkeit von Artikel 6 der Richtlinie 88/301 (Festschreibung der Spezifikationen; Kontrolle ihrer Anwendung und Zulassung von Endgeräten)

48 Nach Artikel 6 der streitigen Richtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten, daß ab 1. Juli 1989 die Festschreibung der in Artikel 5 genannten Spezifikationen und die Kontrolle ihrer Anwendung sowie die Zulassung von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist.

49 In der neunten Begründungserwägung heißt es hierzu:

„Um die transparente, objektive und nichtdiskriminierende Anwendung der [technischen] Spezifikationen und [Zulassungs-]Verfahren zu gewährleisten, muss ihre Konzipierung und Überwachung Einrichtungen übertragen werden, die von den Wettbewerbern auf diesem Markt unabhängig sind."

50 Die siebzehnte Begründungserwägung lautet:

„Die Kontrolle der Spezifikationen und der Allgemeinzulassungsvorschriften darf wegen des offenkundigen Interessenkonflikts nicht einem Wirtschaftsbeteiligten übertragen werden, der auf dem Endgerätemarkt als Wettbewerber auftritt. Es muss deshalb vorgesehen werden, daß die Mitgliedstaaten sicherstellen, daß die Festlegung der Spezifikationen und der Allgemeinzulassungsvorschriften einer Stelle übertragen wird, die von dem Netzbetreiber oder einem anderen Wettbewerber auf dem Endgerätemarkt unabhängig ist."

51 Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist. Wird einem Unternehmen, das Endgeräte vertreibt, die Aufgabe übertragen, die Spezifikationen festzuschreiben, denen die Endgeräte entsprechen müssen, deren Anwendung zu kontrollieren und diese Apparate zuzulassen, so läuft dies darauf hinaus, ihm die Befugnis zu übertragen, nach Belieben zu bestimmen, welche Endgeräte an das öffentliche Netz angeschlossen werden können, und ihm damit einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern zu verschaffen.

52 Unter diesen Umständen durfte die Kommission verlangen, daß die Festschreibung der technischen Spezifikationen, die Kontrolle ihrer Anwendung und die Zulassung von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist.

3. Zur Rechtmäßigkeit von Artikel 7 der Richtlinie 88/301 (Kündigung von Miet- und Wartungsverträgen)

53 Artikel 7 der streitigen Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Kündigung von Miet- und Wartungsverträgen über Endgeräte, für die bei Vertragsabschluß bestimmten Unternehmen eingeräumte ausschließliche oder besondere Rechte bestanden, mit einer Frist von höchstens einem Jahr möglich ist.

54 Hierzu heißt es in der achtzehnten Begründungserwägung der Richtlinie:

„Die Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte für diese Endgeräte konnten ihren Kunden Langzeitverträge auferlegen. Solche Verträge würden die Herstellung eines freien Wettbewerbs innerhalb einer angemessenen Zeitspanne unmöglich machen. Es muss deshalb vorgesehen werden, daß der Benutzer eine Änderung der Laufzeit seines Vertrages erwirken kann.

55 Insoweit ist daran zu erinnern, daß Artikel 90 EWG-Vertrag der Kommission eine Befugnis nur im Hinblick auf staatliche Maßnahmen verleiht (siehe Randnr. 24) und daß wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen selbst nur mit Einzelentscheidungen auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag gerügt werden können.

56 Weder die Bestimmungen noch die Begründungserwägungen der Richtlinie lassen erkennen, daß die Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte durch staatliche Regelungen gezwungen oder angeregt worden wären, Verträge mit langer Laufzeit zu schließen.

57 Artikel 90 kann daher nicht als geeignete Grundlage angesehen werden, um die in der Richtlinie angesprochenen Wettbewerbshindernisse zu beseitigen, die sich aus Verträgen mit langer Laufzeit ergeben sollen. Artikel 7 ist daher für nichtig zu erklären.

(...)

Rechtssache C-18/88 – RTT –, Urteil v. 13. Dezember 1991 (Slg. 1991, I-5941ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Mit dem Monopol für den Betrieb des öffentlichen Fernmeldenetzes ausgestattetes Unternehmen - Vertrieb von Fernsprechgeräten unter Wettbewerbsbedingungen - Befugnis, technische Normen für Fernsprechgeräte festzusetzen und deren Einhaltung durch die konkurrierenden Unternehmen zu kontrollieren - Unzulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 3 Buchstabe f, 86 und 90)

(...)

1 Die Artikel 3 Buchstabe f, 86 und 90 EWG-Vertrag untersagen es einem Mitgliedstaat, der Gesellschaft, die das öffentliche Fernmeldenetz betreibt, die Befugnis zu übertragen, Normen für Fernsprechgeräte zu erlassen und deren Einhaltung durch die Wirtschaftsteilnehmer zu überwachen, wenn diese Gesellschaft gleichzeitig auf dem Markt für diese Geräte im Wettbewerb mit den Wirtschaftsteilnehmern steht.

Wird nämlich einem Unternehmen, das Fernsprechgeräte vertreibt, die Aufgabe übertragen, die Spezifikationen, denen die Fernsprechgeräte entsprechen müssen, festzuschreiben, deren Anwendung zu kontrollieren und diese Apparate zuzulassen, so läuft dies darauf hinaus, ihm die Befugnis zu übertragen, nach Belieben zu bestimmen, welche Fernsprechgeräte an das öffentliche Netz angeschlossen werden können, und ihm damit einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern zu verschaffen; dies verletzt unmittelbar die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer, ohne die ein System nicht verfälschten Wettbewerbs nicht gewährleistet werden kann. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung kann nicht als durch eine öffentliche Dienstleistungsaufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag gerechtfertigt angesehen werden.

(...)

Urteil

1 Der Vizepräsident des Tribunal de commerce Brüssel hat mit Urteil vom 11. Januar 1988, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Januar 1988, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 30 und *86* EWG-Vertrag vorgelegt, um darüber entscheiden zu können, ob mit diesen Bestimmungen eine nationale Regelung vereinbar ist, durch die einer öffentlichen Einrichtung, die unter der Aufsicht des Ministers mit der Einrichtung und dem Betrieb des öffentlichen Fernmeldenetzes betraut ist und mit Fernsprechgeräten handelt, die Befugnis zur Entscheidung über die Zulassung von Fernsprechgeräten, die nicht von ihr selbst geliefert wurden, zum Anschluß an das öffentliche Netz übertragen wird.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Regie des télégraphes et des téléphones (nachstehend: Klägerin) und der Firma GB-Inno-BM (nachstehend: Beklagte), die in ihren Geschäftslokalen nicht zugelassene Fernsprechgeräte, die dazu bestimmt sind, als Zweitgerät an eine bestehende Anlage angeschlossen zu werden, zu deutlich niedrigeren Preisen als denen der von der Klägerin angebotenen Geräte dieser Art verkauft.

3 Die Klägerin hat - gestützt auf die Artikel 54 und 55 der Loi sur les pratiques du commerce (Gesetz über die Handelspraktiken) vom 14. Juli *1971 (Moniteur belge* vom 30. Juli 1971*)*, die jede Handlung verbieten, die gegen die redlichen Handelsbräuche verstößt, und die es dem Präsidenten des Tribunal de commerce erlauben, die Einstellung einer solchen Handlung anzuordnen - Klage auf Anordnung an die Beklagte erhoben, den Verkauf von Fernsprechgeräten zumeist fern-

östlichen Ursprungs einzustellen, die die Beklagte verkauft, ohne die Verbraucher durch entsprechende Angaben in ihrer Werbung oder andere wirksame Maßnahmen davon zu unterrichten, daß die Geräte nicht zugelassen sind. Nach dem Vorbringen der Klägerin verleitet die Beklagte die Verbraucher durch den Verkauf dieser Geräte ohne Information über die fehlende Zulassung dazu, das nicht zugelassene Gerät selbst an das Netz anzuschließen oder es anschließen zu lassen, was dessen Betrieb stören könne.

4 Zur Verteidigung gegen die Klage macht die Beklagte geltend, die das Zulassungsverfahren regelnden Artikel 13, 91 und 93 der Ministerialverordnung vom 20. September 1978 zur Festsetzung insbesondere der Voraussetzungen für den Netzanschluß *(Moniteur belge* vom 29. September 1978, S. 1166*)*, zuletzt geändert am 24. Dezember *1986,* seien rechtswidrig; daher sei es mißbräuchlich, einen Händler zu der Angabe verpflichten zu wollen, daß die verkauften Geräte nicht zugelassen seien, indem ihm untersagt werde, solche Geräte ohne eine derartige Information zu verkaufen. Ferner hat die Beklagte Widerklage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, daß die Klägerin gegen Artikel *86* EWG-Vertrag verstoße. Nach Ansicht der Beklagten hat die Klägerin ihre Monopolstellung dadurch mißbraucht, daß sie die Klage eingereicht habe, die darauf gerichtet sei, den Wettbewerb durch Verkäufer von nichtzugelassenen Geräten zu behindern, um den Verkauf ihrer eigenen oder der von ihr zugelassenen Geräte zu fördern.

5 Aus den Akten geht hervor, daß Artikel 1 des belgischen Gesetzes vom 13. Oktober 1930 zur Koordinierung der verschiedenen Rechtsvorschriften betreffend das Telegraphen- und Fernsprechwesen der Klägerin das Monopol für die Einrichtung und den Betrieb der Telegraphen- und Fernsprechleitungen und -ämter zum Zweck der Benutzung durch die Öffentlichkeit einräumt.

6 Nach Artikel 13 Absatz 1 der Ministerialverordnung vom 20. Oktober 1978 darf ein Teilnehmer „ohne schriftliche Genehmigung der Régie ... kein Kabel, kein Gerät und keinen anderen Gegenstand an die Anlage anschließen, deren Benutzung ihm gestattet wurde, kein Gerät öffnen oder zerlegen und Anbringung oder Zweckbestimmung der Geräte oder der Kabel nicht in irgendeiner Weise ändern".

7 Nach Artikel 91 der Ministerialverordnung dürfen an die Leitungen, die der Allgemeinheit nach der Regelung über das Teilnehmerverhältnis zur Verfügung gestellt werden, nur von der Klägerin gelieferte oder zugelassene Geräte angeschlossen werden. Nach dieser Bestimmung obliegt es der Klägerin, Art und Weise des Aufbaus der Teilnehmerleitungen und deren technische Merkmale festzulegen. Die technischen Spezifikationen, die die Klägerin aufgrund von Artikel 91 erlassen hat, sind in einem Schriftstück mit dem Titel „Spécifications n° RN/SP 208" enthalten, das zur Zeit in der Fassung vom 21. April 1987 gilt. Jedem Antragsteller auf Zulassung wird ein Exemplar der Spezifikationen ausgehändigt, die für Zweit- oder Drittgeräte gelten, die zusätzlich an das normale Klägerin-Erstgerät angeschlossen werden.

8 Aus den Akten geht auch hervor, daß die technischen Spezifikationen für von der Klägerin verkaufte Geräte in den Lastenheften aufgeführt sind, die für ihre Lieferanten bindend sind. Daher brauchen diese Geräte keinem besonderen Zulassungsverfahren zum. Zweck des Anschlusses an das öffentliche Netz unterworfen zu werden.

9 Wie sich ferner aus den Akten ergibt, hat sich die Klägerin in bezug auf Fernsprechgeräte die Lieferung des Erstgeräts vorbehalten, jedoch im Laufe der letzten Jahre auf ihr Ausschließlichkeitsrecht in bezug auf Zusatzgeräte verzichtet. Allerdings kann die Klägerin nach Artikel 93 der Ministerialverordnung vom 20. September 1978 noch immer jederzeit die dem privaten Handel überlassene Lieferung von Geräten wieder übernehmen und in diesem Fall die Stillegung im Gebrauch befindlicher Anlagen verfügen.

(...)

Zur Wettbewerbsregelung

14 Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob es die Artikel 3 Buchstabe f, 90 und 86 EWG-Vertrag einem Mitgliedstaat untersagen, dem Unternehmen, das das öffentliche Fernmeldenetz betreibt, die Befugnis zu verleihen, Normen für Fernsprechgeräte festzusetzen und deren Einhaltung durch die Wirtschaftsteilnehmer zu kontrollieren, wenn dieses Unternehmen Wettbewerber dieser Wirtschaftsteilnehmer auf dem Markt für Endgeräte ist.

15 Die Klägerin verfügt nach belgischem Recht über das Monopol für die Einrichtung und den Betrieb des öffentlichen Fernmeldenetzes. Ferner dürfen nur von der Klägerin gelieferte oder von ihr zugelassene Geräte an das Netz angeschlossen werden. Damit vereinigt die Klägerin in ihrer Hand die Befugnisse zur Genehmigung oder Verweigerung des Anschlusses von Fernsprechgeräten an das Netz, zur Festlegung technischer Normen, denen diese Anlagen genügen müssen, und zur Prüfung, ob die nicht von ihr hergestellten Geräte den von ihr erlassenen Spezifikationen entsprechen.

16 Beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung der Gemeinschaft stellt dieses Monopol, durch das den Benutzern ein öffentliches Telefonnetz zur Verfügung gestellt werden soll, ein Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag dar, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist.

17 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kann ein mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattetes Unternehmen als im Besitz einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag angesehen werden, und das Gebiet eines Mitgliedstaats, auf das sich dieses Monopol erstreckt, kann einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen (Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 28, und vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, 1-2925, Randnr. 31).

18 Der Gerichtshof hat auch festgestellt, daß es einen Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 darstellt, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, und damit jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht (Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84, Slg. 1985, 3261, Randnr. 27).

19 Daher stellt der Umstand, daß ein Unternehmen mit einem Monopol auf dem Markt für die Einrichtung und den Betrieb des Netzes sich ohne objektives Bedürfnis einen benachbarten, aber getrennten Markt - im vorliegenden Fall den Markt der Einfuhr, des Vertriebs, des Anschlusses, der Inbetriebsetzung und der Wartung von Geräten, die zum Anschluß an dieses Netz bestimmt sind - vorbehält und auf diese Weise jeden Wettbewerb durch andere Unternehmen ausschaltet, einen Verstoß gegen Artikel 86 EWG-Vertrag dar.

20 Artikel 86 gilt jedoch nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen selbst (siehe Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, „Endgeräte", Slg. 1991, I-1223) und nicht für staatliche Maßnahmen. Bei staatlichen Maßnahmen greift Artikel 90 Absatz 1 ein. Diese Bestimmung untersagt es den Mitgliedstaaten, öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, durch Rechtsetzungsakte oder Verwaltungsmaßnahmen in eine Situation zu versetzen, in die sich diese Unternehmen durch selbständige Verhaltensweisen nicht ohne Verstoß gegen Artikel 86 versetzen könnten.

21 Daher stellt es einen Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag dar, wenn die Ausdehnung der beherrschenden Stellung des öffentlichen Unternehmens oder desjenigen Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, auf eine staatliche Maßnahme zurückgeht.

22 Der Ausschluß oder die Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Fernsprechgeräte kann nämlich nicht als durch eine öffentliche Dienstleistungsaufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag gerechtfertigt angesehen werden. Die Herstellung und der Verkauf von Endgeräten, insbesondere von Fernsprechgeräten, sind eine Tätigkeit, die jedes Unternehmen ausüben können muss. Um sicherzustellen, daß die Geräte den wesentlichen Anforderungen entsprechen, die insbesondere in der Sicherheit der Benutzer, der Sicherheit der Betreiber des Netzes und dem Schutz der öffentlichen Fernmeldenetze gegen Beschädigungen bestehen, genügen der Erlaß der Spezifikationen, denen sie entsprechen müssen, und die Einführung eines Zulassungsverfahrens, in dem geprüft werden kann, ob sie diesen Spezifikationen genügen.

23 Nach Ansicht der Klägerin könnte ein Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag nur dann festgestellt werden, wenn der Mitgliedstaat einen von ihr tatsächlich begangenen Mißbrauch ge-

fördert hätte, wie etwa eine diskriminierende Anwendung der Zulassungsvorschriften. Das Vorlageurteil habe jedoch keinen solchen tatsächlich begangenen Mißbrauch angeführt, und die bloße Möglichkeit einer diskriminierenden Anwendung dieser Vorschriften aufgrund der Bestimmung der Klägerin zur Zulassungsbehörde, während sie mit den Unternehmen, die die Zulassung beantragten, im Wettbewerb stehe, könne für sich allein einen Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag nicht begründen.

24 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Es genügt der Hinweis darauf, daß die Ausdehnung des Monopols für die Einrichtung und den Betrieb des Fernsprechnetzes auf den Markt für Fernsprechgeräte ohne objektive Rechtfertigung als solche durch Artikel 86 bzw. durch Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 verboten ist, wenn diese Ausdehnung auf eine staatliche Maßnahme zurückgeht. Da der Wettbewerb nicht auf diese Weise beseitigt werden darf, darf er auch nicht verfälscht werden.

25 Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann jedoch nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist. Wird einem Unternehmen, das Endgeräte vertreibt, die Aufgabe übertragen, die Spezifikationen, denen die Endgeräte entsprechen müssen, festzuschreiben, deren Anwendung zu kontrollieren und diese Apparate zuzulassen, so läuft dies darauf hinaus, ihm die Befugnis zu übertragen, nach Belieben zu bestimmen, welche Endgeräte an das öffentliche Netz angeschlossen werden können, und ihm damit einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern zu verschaffen (Urteil in der Rechtssache C-202/88, a. a. O., Randnr. 51).

26 Unter diesen Umständen verlangen es die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs und die Gewährleistung von Transparenz, daß die Festschreibung der technischen Spezifikationen, die Kontrolle ihrer Anwendung und die Zulassung von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist (Urteil in der Rechtssache C-202/88, a. a. O., Randnr. 52).

27 Des weiteren ist darauf hinzuweisen, daß die im Ausgangsverfahren beanstandeten nationalen Verordnungsvorschriften die Einfuhren von Fernsprechgeräten aus anderen Mitgliedstaaten beeinflussen und daher den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag beeinträchtigen können.

(...)

Rechtssache C-260/89 – ERT –, Urteil v. 18. Juni 1991 (Slg. 1991, I-2925)

Leitsätze

1 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Fernsehmonopol - Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 90)*

2 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Einräumung eines Fernsehmonopols verbunden mit ausschließlichen Rechten in bezug auf bestimmte Materialien und Erzeugnisse - Zulässigkeit - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 30 ff.)*

3 *Freier Dienstleistungsverkehr - Fernsehmonopol - Diskriminierung aufgrund der Herkunft von Sendungen - Unzulässigkeit - Rechtfertigung - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 56, 59 und 66)*

4 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Fernsehmonopol - Mißbrauch einer beherrschenden Stellung - Unzulässigkeit - Rechtfertigung - Voraussetzungen (EWG-Vertrag, Artikel 86 und 90)*

5 *Freier Dienstleistungsverkehr - Aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigte Beschränkungen - Zulässigkeit von der Beachtung der Grundrechte abhängig (EWG-Vertrag, Artikel 56 und 66)*

1 Das Gemeinschaftsrecht steht der Einräumung eines Fernsehmonopols aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nichtwirtschaftlicher Art nicht entgegen. Die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung eines solchen Monopols dürfen jedoch weder gegen die Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr und über den freien Dienstleistungsverkehr noch gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen.

2 Die Artikel des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr stehen dem nicht entgegen, daß einem einzigen Unternehmen ausschließliche Rechte im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen eingeräumt werden und ihm zu diesem Zweck die ausschließliche Befugnis verliehen wird, die für die Ausstrahlung erforderlichen Materialien und Erzeugnisse einzuführen, zu vermieten oder zu vertreiben, soweit sich daraus keine Diskriminierung eingeführter Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen ergibt.

3 Artikel 59 EWG-Vertrag steht einer nationalen Regelung, die ein Monopol von ausschließlichen Rechten zur Ausstrahlung von eigenen Sendungen und zur Übertragung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten schafft, entgegen, wenn sich dieses Monopol auf Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend auswirkt und die Regelung nicht durch einen der Gründe gerechtfertigt ist, die in Artikel 56 angegeben sind, auf den Artikel 66 EWG-Vertrag verweist. Der Zweck, Störungen infolge der beschränkten Zahl von verfügbaren Kanälen zu verhindern, kann jedoch keine solche Rechtfertigung darstellen, wenn das betreffende Unternehmen nur eine beschränkte Zahl dieser Kanäle nutzt.

4 Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag steht der Einräumung eines ausschließlichen Rechts zur Ausstrahlung von Sendungen und eines ausschließlichen Rechts zur Übertragung von Fernsehsendungen an ein einziges Unternehmen entgegen, wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das Unternehmen durch eine seine eigenen Programme bevorzugende diskriminierende Sendepolitik gegen Artikel 86 verstößt; dies gilt jedoch nicht, wenn die Anwendung des Artikels 86 die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert.

(...)

6 Wenn ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 EWG-Vertrag beruft, um mit Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Die in den genannten Bestimmungen vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Bei einer Regelung im Bereich des Fernsehens bedeutet dies, daß sie im Hinblick auf die Meinungsfreiheit zu beurteilen ist, die in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz verbürgt ist, dessen Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat.

(...)

Urteil

1 Das Monomeles Protodikeio (Einzelrichter als Gericht erster Instanz) Thessaloniki hat mit einem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erlassenen Urteil vom 11. April 1989, beim Gerichtshof eingegangen am 16. August 1989, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag mehrere Fragen nach der Auslegung des EWG-Vertrags, insbesondere der Artikel 2, 3 Buchstabe f, 9, 30, 36, 85 und 86 sowie des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (im folgenden: Europäische Menschenrechtskonvention) zur Vorabentscheidung vorgelegt, um beurteilen zu können, ob ein nationales System von ausschließlichen Rechten im Bereich des Fernsehens mit diesen Vorschriften vereinbar ist.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Elliniki Radiofonia Tileorasi Anonymi Etairia (Griechische Rundfunk- und Fernsehanstalt; im folgenden: ERT); der der griechische Staat ausschließliche Rechte zur Ausübung ihrer Tätigkeiten eingeräumt hat, auf der einen Seite, und der Dimotiki Etairia Pliroforisis (Städtische Informationsgesellschaft; im folgenden: DEP), Thessaloniki, und S. Kouvelas, dem Oberbürgermeister dieser Stadt, auf der anderen Seite.

Ungeachtet der ausschließlichen Rechte der ERT gründeten die DEP und der Oberbürgermeister von Thessaloniki dort 1989 eine Fernsehanstalt, die im gleichen Jahr mit der Ausstrahlung von Fernsehsendungen begann.

3 Die ERT wurde durch das Gesetz Nr. 1730/1987 (Amtsblatt der Griechischen Republik, Abteilung I, Nr. 145, vom 18. 8. 1987) gegründet. Nach Artikel 2 Absatz 1 dieses Gesetzes besteht der Zweck der ERT in der Organisation, dem Betrieb und der Fortentwicklung des Rundfunk- und Fernsehwesens sowie darin, zur Information, zur Bildung und zur Unterhaltung des griechischen Volkes beizutragen, ohne daß mit dieser Tätigkeit ein Gewinn erzielt wird. Gemäß Artikel 2 Absatz 2 räumt der Staat der ERT eine ausschließliche Rundfunk- und Fernsehkonzession für alle Tätigkeiten ein, die zur Erreichung ihres Zwecks beitragen. Die Konzession berechtigt insbesondere dazu, vom griechischen Hoheitsgebiet aus mit den Methoden des Rundfunks und des Fernsehens Ton- und Bildsendungen aller Art auszustrahlen, die dazu bestimmt sind, entweder allgemein oder mit besonderen geschlossenen Kabelsystemen oder geschlossenen Systemen anderer Art empfangen zu werden, sowie Rundfunk- und Fernsehanlagen zu errichten. Gemäß Artikel 2 Absatz 3 produziert die ERT Rundfunk- und Fernsehsendungen und verwertet sie auf jede Weise. Artikel 16 Absatz 1 des Gesetzes verbietet es jedermann, ohne Genehmigung der ERT Tätigkeiten auszuüben, für die die ERT ein ausschließliches Recht besitzt.

4 Die ERT war der Auffassung, daß die Tätigkeiten der DEP und des Oberbürgermeisters von Thessaloniki in den Bereich ihrer ausschließlichen Rechte fielen, und beantragte beim Monomeles Protodikeio Thessaloniki die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, um auf der Grundlage des Artikels 16 des Gesetzes Nr. 1730/1987 ein Verbot der Ausstrahlung von Sendungen, die Anordnung des Arrests zur Sicherung der Vollstreckung in die technischen Einrichtungen und die Anordnung der Zwangsverwaltung dieser Einrichtungen zu erzielen. Vor diesem Gericht haben die DEP und Herr Kouvelas sich hauptsächlich auf Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention berufen.

(...)

7 Aus dem Vorlageurteil ergibt sich im wesentlichen, daß die erste Frage des vorlegenden Gerichts dahin geht, ob das Gemeinschaftsrecht einem Fernsehmonopol entgegensteht, das eine einzige Gesellschaft innehat, der ein Mitgliedstaat zu diesem Zweck ausschließliche Rechte eingeräumt hat. Die zweite, die dritte und die vierte Frage gehen dahin, ob die Vorschriften über den freien Warenverkehr, insbesondere Artikel 9 und die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag, einem solchen Monopol entgegenstehen. Da diese Fragen ein Dienstleistungsmonopol betreffen, ist anzunehmen, daß sie sich nicht nur auf die Vorschriften des Vertrages über den freien Warenverkehr, sondern auch auf die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr und insbesondere auf Artikel 59 EWG-Vertrag beziehen.

8 Die fünfte, die sechste, die siebte und die achte Frage betreffen die Auslegung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln. In diesem Zusammenhang möchte das vorlegende Gericht erstens wissen, ob Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 85 EWG-Vertrag dem entgegenstehen, daß ein Staat im Bereich des Fernsehens ausschließliche Rechte einräumt. Zweitens fragt sich das vorlegende Gericht, ob ein Unternehmen, das ein ausschließliches Recht im Bereich des Fernsehens im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt, aus diesem Grund eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Marktes im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag innehat und ob bestimmte Verhaltensweisen einen Missbrauch dieser beherrschenden Stellung darstellen. Drittens möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der einem solchen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert.

(...)

Zum Fernsehmonopol

10 Im Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 14) hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß der Vertrag die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran hindert, aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nichtwirtschaftlicher Art, Fernsehsendungen dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie einer oder mehreren Anstalten das ausschließliche Recht zu deren Verbreitung verleihen.

11 Aus Artikel 90 Absätze 1 und 2 EWG-Vertrag geht jedoch hervor, daß die Art und Weise, in der dieses Monopol ausgestaltet ist oder ausgeübt wird, gegen die Vorschriften des Vertrages verstoßen kann, insbesondere gegen die Vorschriften über den freien Warenverkehr und über den freien Dienstleistungsverkehr sowie gegen die Wettbewerbsregeln.

(...)

Zum freien Warenverkehr

13 Vorab ist festzustellen, daß die Ausstrahlung von Fernsehsendungen, wie sich aus dem genannten Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache Sacchi ergibt, unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen fällt und daß ein Fernsehmonopol, da es sich dabei um ein Dienstleistungsmonopol handelt, als solches nicht gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs verstößt.

14 Wie jedoch aus demselben Urteil hervorgeht, unterliegt der Handel mit sämtlichen Materialien, Tonträgern, Filmen und sonstigen Erzeugnissen, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen benutzt werden, den Bestimmungen über den freien Warenverkehr.

15 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß es für sich genommen keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag darstellt, wenn einem einzigen Unternehmen ausschließliche Rechte im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen eingeräumt werden und ihm zu diesem Zweck die ausschließliche Befugnis verliehen wird, die zur Verbreitung der Sendungen erforderlichen Materialien und Erzeugnisse einzuführen, zu vermieten oder zu vertreiben.

16 Etwas anderes würde gelten, wenn sich daraus unmittelbar oder mittelbar eine Diskriminierung eingeführter Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen ergäbe. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das allein für die Feststellung des Sachverhalts zuständig ist, zu prüfen, ob dies in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist.

17 Was Artikel 9 EWG-Vertrag angeht, genügt die Feststellung, daß diese Vorschrift das Verbot enthält, zwischen den Mitgliedstaaten Ein- und Ausfuhrzölle und Abgaben gleicher Wirkung zu erheben. Da die Akten keinen Anhalt dafür bieten, daß die streitige Regelung die Erhebung einer Einfuhr- oder einer Ausfuhrabgabe impliziert, ist Artikel 9 offensichtlich für die Beurteilung des streitigen Monopols anhand der Vorschriften über den freien Warenverkehr nicht erheblich.

(...)

Zum freien Dienstleistungsverkehr

19 Nach Artikel 59 EWG-Vertrag waren die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, bis zum Ende der Übergangszeit aufzuheben. Diese Vorschrift gebietet insbesondere die Beseitigung jeglicher Diskriminierung eines Erbringers von Dienstleistungen, der in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Leistung erbracht werden soll.

20 Wie in Randnummer 12 des vorliegenden Urteils ausgeführt, ist ein Dienstleistungsmonopol zwar als solches nicht mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, es kann aber nicht ausgeschlossen werden, daß das Monopol möglicherweise so ausgestaltet ist, daß es gegen die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr verstößt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Monopol dazu führt, daß aus anderen Mitgliedstaaten stammende Fernsehsendungen gegenüber inländischen diskriminiert werden.

21 Was das im Ausgangsverfahren streitige Monopol betrifft, geht aus Artikel 2Absatz 2 des Gesetzes Nr. 1730/1987 sowie aus der Rechtsprechung des griechischen Staatsrats hervor, daß die ausschließliche Konzession der ERT sowohl das Recht zur Ausstrahlung von eigenen Sendungen (im folgenden: die Ausstrahlung) als auch das Recht zum Empfang und zur Übertragung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten (im folgenden: die Übertragung) umfaßt.

22 Wie die Kommission ausgeführt hat, ermöglicht es die Zusammenfassung des Ausstrahlungs- und des Übertragungsmonopols bei ein und demselben Unternehmen diesem, seine eigenen Program-

me auszustrahlen und gleichzeitig die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten zu beschränken: Diese Möglichkeit kann - wenn es keine Garantie für die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten gibt - das Unternehmen dazu veranlassen, seine eigenen Programme gegenüber ausländischen Programmen zu bevorzugen. In einem solchen System besteht daher die Gefahr, daß die Chancengleichheit zwischen der Ausstrahlung von eigenen Programmen und der Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt wird.

23 Die Frage, ob die Zusammenfassung des ausschließlichen Rechts zur Ausstrahlung mit dem zur Übertragung tatsächlich zu einer Diskriminierung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten führt, ist Teil der Beurteilung des Sachverhalts, für die allein das vorlegende Gericht zuständig ist.

24 Die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr stehen einer nationalen Regelung, die solche diskriminierenden Auswirkungen hat, entgegen, sofern diese Regelung nicht unter die Ausnahmebestimmung des Artikels 56 EWG-Vertrag fällt, auf die Artikel 66 verweist. Nach Artikel 56, der eng auszulegen ist, können diskriminierende Vorschriften aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein.

(...)

Zu den Wettbewerbsregeln

(...)

28 Das autonome Verhalten eines Unternehmens ist nach den für Unternehmen geltenden Vorschriften des Vertrages, das heißt insbesondere nach den Artikeln 85, 86 und 90 Absatz 2, zu beurteilen.

29 Was Artikel 85 angeht, genügt die Feststellung, daß diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut für Vereinbarungen „zwischen Unternehmen" gilt. Aus dem Vorlageurteil ergibt sich aber kein Hinweis auf das Bestehen irgendeiner Vereinbarung zwischen Unternehmen. Es besteht daher kein Anlaß zu einer Auslegung dieser Vorschrift.

30 Artikel 86 EWG-Vertrag erklärt die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

31 Ein Unternehmen, das ein gesetzliches Monopol besitzt, kann als Inhaber einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag angesehen werden (siehe Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84, CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 16). Ferner kann das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, auf das sich dieses Monopol erstreckt, einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen (siehe Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin, Slg. 1983, 3461, Randnr. 28).

32 Zwar verbietet Artikel 86 EWG-Vertrag ein Monopol nicht als solches, er steht jedoch seiner mißbräuchlichen Ausnutzung entgegen. Dazu zählt Artikel 86 eine Reihe von mißbräuchlichen Praktiken als Beispiele auf.

33 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln so lange weitergelten, wie nicht nachgewiesen ist, daß die Anwendung dieser Regeln mit der Erfüllung ihrer besonderen Aufgabe unvereinbar ist (siehe insbesondere Urteil vom 30. April 1974, Sacchi, a. a. O., Randnr. 15).

34 Daher hat das vorlegende Gericht die Vereinbarkeit der Praktiken eines solchen Unternehmens mit Artikel 86 zu beurteilen und zu prüfen, ob diese Praktiken, falls sie gegen diese Vorschrift verstoßen, durch die Notwendigkeiten gerechtfertigt sein können, die sich aus der dem Unternehmen gegebenenfalls übertragenen besonderen Aufgabe ergeben.

35 Was staatliche Maßnahmen und insbesondere die Einräumung von ausschließlichen Rechten angeht, ist festzustellen, daß die Artikel 85 und 86 sich zwar ausschließlich auf Unternehmen beziehen, daß der Vertrag die Mitgliedstaaten aber dennoch verpflichtet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten

(siehe Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, INNO, Slg. 1977, 2115, Randnrn. 31 und 32).

36 So sieht Artikel 90 Absatz 1 vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Vertrag widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten werden.

37 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag dem entgegensteht, daß ein Mitgliedstaat einem Unternehmen, das ein ausschließliches Recht zur Ausstrahlung von Sendungen besitzt, ein ausschließliches Recht zur Übertragung von Fernsehsendungen einräumt, wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das Unternehmen durch eine seine eigenen Programme bevorzugende diskriminierende Sendepolitik gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstößt.

(...)

Zu Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention

41 Was den in der neunten und in der zehnten Frage genannten Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention angeht, ist vorab darauf hinzuweisen, daß die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei geht der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen aus, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind (siehe insbesondere Urteil vom 14. Mai 1974 in der Rechtssache 4/73, Nold, Slg. 1974, 491, Randnr. 13). Hierbei hat die Europäische Menschenrechtskonvention eine besondere Bedeutung (siehe insbesondere Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 18). Wie der Gerichtshof im Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 5/88 (Wachauf, Slg. 1989, 2609, Randnr. 19) bekräftigt hat, ergibt sich daraus, daß in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als Rechtens anerkannt werden können, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind.

42 Nach seiner Rechtsprechung (siehe Urteile vom 11. Juli 1985 in den verbundenen Rechtssachen 60/84 und 61/84, Cinéthéque, Slg. 1985, 2605, Randnr. 26, und vom 30. September 1987 in der Rechtssache 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Randnr. 28) kann der Gerichtshof eine nationale Regelung, die nicht im. Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergangen ist, nicht im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention beurteilen. Fällt eine solche Regelung dagegen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, so hat der Gerichtshof, wenn er im Vorabentscheidungsverfahren angerufen wird, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat und die sich insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ergeben.

43 Insbesondere wenn ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Die in Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat.

44 In einem solchen Fall hat folglich das vorlegende Gericht und gegebenenfalls der Gerichtshof die Anwendung dieser Vorschriften unter Berücksichtigung aller Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen einschließlich der in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Meinungsfreiheit als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dessen Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat.

(...)

Rechtssache C-41/90 – Höfner –, Urteil v. 23. April 1991 (Slg. 1991, I-1979ff.)

Leitsätze

1 *Wettbewerb - Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften - Adressaten - Unternehmen - Begriff - Öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt - Einbeziehung (EWG-Vertrag, Artikel 85 und 86)*

2 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Mißbrauch - Mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattetes Unternehmen - Öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt - Beurteilungskriterien (EWG-Vertrag, Artikel 86 und 90 Absätze 1 und 2)*

3 *Freier Dienstleistungsverkehr - Bestimmungen des Vertrages - Auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beschränkte Sachverhalte - Unanwendbarkeit (EWG-Vertrag, Artikel 7 und 59)*

1 Eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, läßt sich als Unternehmen im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln qualifizieren, da im Rahmen des Wettbewerbsrechts diese Qualifizierung für jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung gilt.

2 Als Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag betraut ist, unterliegt eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, den Wettbewerbsregeln und insbesondere dem Verbot des Artikels 86 EWG-Vertrag, soweit die Anwendung dieser Vorschrift nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe verhindert. Ein Mitgliedstaat, der einer solchen Anstalt ein Arbeitsvermittlungsmonopol eingeräumt hat, verstößt gegen Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag, wenn er eine Lage schafft, in der diese Anstalt zwangsläufig gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen muß. Dies gilt insbesondere, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- das Monopol erstreckt sich auf Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft;
- die öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit ist offenkundig nicht in der Lage, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen;
- die tatsächliche Ausübung der Vermittlungstätigkeiten durch private Personalberatungsunternehmen wird durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht, da diese Tätigkeiten bei Strafe der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbietet;
- die betreffenden Vermittlungstätigkeiten können sich auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedstaaten erstrecken.

3 Da die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit nicht auf Betätigungen anwendbar sind, deren Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen, kann sich ein Personalberatungsunternehmen eines Mitgliedstaats für die Vermittlung von Angehörigen dieses Mitgliedstaats an Unternehmen desselben Staates nicht auf die Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag berufen.

(...)

Urteil

1 Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluß vom 31. Januar 1990, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Februar 1990, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen nach der Auslegung der Artikel 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 und 90 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen den Personalberatern Höfner und Elser und der Macrotron GmbH mit Sitz in München. In dem Rechtsstreit geht es um die Honorarforderung von Höfner und Elser gegenüber dieser Gesellschaft aus einem Vertrag, wonach sie ihr bei der Besetzung der Stelle eines Leiters der Verkaufsabteilung behilflich sein sollten.

3 Der Arbeitsmarkt ist in Deutschland durch das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geregelt. Nach § 1 AFG sind die Maßnahmen nach diesem Gesetz im Rahmen der Sozial- und Wirtschaftspolitik der

Bundesregierung darauf auszurichten, daß ein hoher Beschäftigungsstand erzielt und aufrechterhalten, die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert und damit das Wachstum der Wirtschaft gefördert wird. Die Verwirklichung dieses allgemeinen Ziels, das in § 2 näher festgelegt ist, obliegt gemäß § 3 der Bundesanstalt für Arbeit, deren Tätigkeit im wesentlichen darin besteht, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zusammenzuführen und Arbeitslosengeld zu gewähren.

4 Die erste dieser Tätigkeiten, die in § 13 AFG definiert ist, übt die Bundesanstalt aufgrund eines ihr zu diesem Zweck nach § 4 AFG eingeräumten Monopols aus (nachstehend: Arbeitsvermittlungsmonopol).

5 § 13 AFG sieht jedoch eine Ausnahme vom Arbeitsvermittlungsmonopol vor. Die Bundesanstalt kann nämlich in Ausnahmefällen nach Anhörung der beteiligten Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Einrichtungen oder Personen mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe beauftragen. Deren Tätigkeiten unterliegen jedoch der Aufsicht der Bundesanstalt.

6 Die Bundesanstalt übt nach den §§ 20 und 21 AFG ihr Arbeitsvermittlungsmonopol unparteiisch und unentgeltlich aus. Die Bundesanstalt kann nach § 167, der sich in dem die Aufbringung der Mittel für eine derartige Durchführung ihrer Aufgaben betreffenden Sechsten Abschnitt des AFG findet, von Arbeitgebern und Arbeitnehmern Beiträge erheben.

7 Der Achte Abschnitt des AFG enthält Straf- und Bußgeldvorschriften. Nach § 228 kann jede gegen das AFG verstoßende Vermittlungstätigkeit mit einer Geldbuße geahndet werden.

8 Trotz des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt entwickelte sich in Deutschland eine besondere Vermittlungstätigkeit bei der Besetzung der Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft. Diese Tätigkeit wird von Personalberatern ausgeübt, die die Unternehmen im Bereich der Personalpolitik betreuen.

9 Die Bundesanstalt reagierte auf zweierlei Weise auf diese Entwicklung. Zum einen beschloß sie im Jahr 1954 die Eröffnung eines besonderen Büros zur Vermittlung hochqualifizierter Kräfte für Leitungsfunktionen in Unternehmen. Zum anderen veröffentlichte sie Runderlasse, in denen sie sich bereit erklärte, im Rahmen einer Vereinbarung zwischen ihr, dem Bundesarbeitsminister und mehreren Wirtschaftsverbänden bestimmte auf Führungskräfte der Wirtschaft beschränkte Tätigkeiten von Personalberatern zu dulden. Ihre Bereitschaft, solche Tätigkeiten zu dulden, kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie nicht systematisch nach § 228 AFG gerichtlich gegen Personalberater wegen deren Tätigkeit vorgegangen ist.

10 Auch wenn die Tätigkeiten von Personalberatern somit von der Bundesanstalt in gewissem Umfang geduldet werden, ist doch jedes Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig; nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte fallen unter dieses Verbot die Vermittlungstätigkeiten, die unter Verstoß gegen die Bestimmungen des AFG ausgeübt werden.

11 In dem Ausgangsrechtsstreit geht es um die Vereinbarkeit des zwischen Höfner und Elser und der Firma Macrotron geschlossenen Personalberatungsvertrags mit dem AFG. In Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen präsentierten Höfner und Elser der Firma Macrotron einen Bewerber für die Stelle eines Leiters der Verkaufsabteilung. Es handelte sich um einen deutschen Staatsangehörigen, der nach Auffassung der Personalberater für die Besetzung der betreffenden Stelle sehr gut geeignet war. Die Firma Macrotron beschloß jedoch, diesen Bewerber nicht einzustellen, und lehnte die Zahlung des vertraglich vereinbarten Honorars ab.

12 Höfner und Elser verklagten daraufhin die Firma Macrotron vor dem Landgericht München I auf Zahlung des vereinbarten Honorars. Das Landgericht wie ihre Klage mit Urteil vom 27. Oktober 1987 ab. Die Kläger legten gegen dieses Urteil Berufung zum Oberlandesgericht München ein, das die Auffassung vertritt, der in Rede stehende Vertrag sei nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 13 AFG nichtig.

(...)

Zur Auslegung der Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag

16 Die vierte Frage des vorlegenden Gerichts geht im einzelnen dahin, ob das einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für Arbeit vorbehaltene Monopol der Vermittlung von Führungskräften unter Berücksichtigung des Artikels 90 Absatz 2 eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 ist. Für eine sachgerechte Beantwortung dieser Frage ist

dieses Monopol auch unter Einbeziehung des Artikels 90 Absatz 1 zu prüfen, der die Voraussetzungen betrifft, die die Mitgliedstaaten beachten müssen, wenn sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Die beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen beziehen sich im übrigen sowohl auf den Absatz 1 wie auf den Absatz 2 des Artikels 90 EWG-Vertrag.

(...)

20 Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist zu prüfen, ob eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit wie die Bundesanstalt als ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag angesehen werden kann.

21 Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfaßt der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung. Die Arbeitsvermittlung stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

22 Daß die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Arbeitsvermittlung ist nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden und muß nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden. Diese Feststellung gilt insbesondere für die Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft.

23 Somit läßt sich eine Einheit wie eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, als Unternehmen im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln qualifizieren.

24 Eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie sie in § 3 AFG vorgesehen sind, betraut ist, unterliegt nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag den Wettbewerbsregeln, sofern deren Anwendung mit der Erfüllung der Aufgaben dieser Anstalt nicht nachweislich unvereinbar ist (siehe Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 15).

25 Was das Verhalten einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für Arbeit, die ein Arbeitsvermittlungsmonopol besitzt, gegenüber der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft durch private Personalberatungsunternehmen betrifft, so kann die Anwendung von Artikel 86 EWG-Vertrag die Erfüllung der dieser Anstalt übertragenen besonderen Aufgabe nicht verhindern, wenn die Anstalt offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und eine Beeinträchtigung ihres Monopols durch die genannten Unternehmen in der Praxis duldet.

26 Obgleich sich Artikel 86 an Unternehmen richtet und in den Grenzen des Artikels 90 Absatz 2 auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten Anwendung findet, begründet der Vertrag doch auch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung ausschalten könnten (siehe Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, GB-Inno, Slg. 1977, 2115, Randnrn. 30/35). So sieht Artikel 90 Absatz 1 vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließlich Rechte gewähren, keine dem Vertrag und insbesondere den Artikeln 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

27 Deshalb wäre eine Maßnahme eines Mitgliedstaats, durch die eine Gesetzesbestimmung beibehalten würde, die eine Lage schafft, in der eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit zwangsläufig gegen Artikel 86 verstoßen muß, mit dem Vertrag unvereinbar.

28 In diesem Zusammenhang ist erstens darauf zu verweisen, daß ein mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattetes Unternehmen als im Besitz einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag angesehen werden kann (siehe Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84, CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 16) und das Gebiet eines Mitgliedstaats, auf das sich dieses Monopol erstreckt, einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen kann (siehe Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin, Slg. 1983, 3461, Randnr. 28).

29 Zweitens ist festzustellen, daß die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar ist (siehe Urteil vom 3. Oktober 1985, CBEM, a.a.O., Randnr. 17). Ein Mitgliedstaat verstößt nämlich gegen die Verbote dieser beiden Bestimmungen nur, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts eine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt.

30 Nach Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b EWG-Vertrag kann ein solcher Mißbrauch insbesondere in einer Beschränkung der Leistung zum Schaden derjenigen, die die betreffende Dienstleistung in Anspruch nehmen wollen, bestehen.

31 Ein Mitgliedstaat schafft eine Lage, in der die Leistung beschränkt wird, wenn das Unternehmen, dem er ein ausschließliches Recht übertragen hat, das sich auf Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft erstreckt, offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und wenn die tatsächliche Ausübung dieser Vermittlungstätigkeiten durch private Personalberatungsunternehmen durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht wird, die diese Tätigkeiten bei Strafe der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbietet.

32 Drittens ist zu bemerken, daß die Verpflichtung eines Mitgliedstaats aus den Artikeln 86 und 90 Absatz 1 EWG-Vertrag nur dann entsteht, wenn das mißbräuchliche Verhalten der betreffenden Anstalt zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führen konnte. Diese Voraussetzung ist nicht erst dann erfüllt, wenn das betreffende mißbräuchliche Verhalten den Handel tatsächlich beeinträchtigt hat. Es genügt der Nachweis, daß dieses Verhalten geeignet ist, eine derartige Wirkung zu entfalten (siehe Urteil vom 9. November 1983, Michelin, a.O., Randnr. 104).

33 Eine solche mögliche Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel ist insbesondere gegeben, wenn sich die durch private Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedstaaten erstrecken können.

(...)

Zur Auslegung des Artikels 59 EWG-Vertrag

35 Mit der dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob sich ein Personalberatungsunternehmen eines Mitgliedstaats für die Vermittlung von Angehörigen dieses Mitgliedstaats an Unternehmen desselben Staates auf die Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag berufen kann.

36 Zunächst ist darauf zu verweisen, daß die Durchführung des in Artikel 7 EWG-Vertrag verankerten Grundsatzes in Artikel 59 für die Dienstleistungsfreiheit gewährleistet wird. Hieraus folgt, daß eine mit Artikel 59 im Einklang stehende Regelung auch mit Artikel 7 vereinbar ist (siehe Urteil vom 9. Juni 1977 in der Rechtssache 90/76, Van Ameyde, Slg. 1977, 1091, Randnr. 27).

37 Sodann ist festzustellen, daß nach ständiger Rechtsprechung die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Betätigungen anwendbar sind, deren Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen; ob dies der Fall ist, hängt von tatsächlichen Feststellungen ab, die das innerstaatliche Gericht zu treffen hat (siehe u.a. Urteil vom 18. März 1980 in der Rechtssache 52/79, Debauve, Slg. 1980, 833, Randnr. 9).

38 Nach den Feststellungen des nationalen Gerichts betrifft das Ausgangsverfahren einen Rechtsstreit zwischen deutschen Personalberatern und einem deutschen Unternehmen wegen der Einstellung eines deutschen Staatsangehörigen.

39 Eine solche Konstellation bietet nichts, was sich mit einer der vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Fallgestaltungen in Verbindung bringen ließe. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß ein Vertrag zwischen den Personalberatern und dem Unternehmen theoretisch die Möglichkeit beinhaltet, sich um deutsche Bewerber, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, oder um Angehörige dieser Staaten zu bemühen.

(...)

Rechtssache C-179/90 – Merci porto di Genova –, Urteil v. 10. Dezember 1991 (Slg. 1991, I-5889)

Leitsätze

(...)

2 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Monopol für die Durchführung von Hafenarbeiten - Monopol das auf die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung hinausläuft - Unzulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 86 und 90 Absatz 1)

3 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Nationale Regelung die die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Form der Behinderung der Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten*
(EWG-Vertrag, Artikel 30)

4 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Vorschriften des Vertrages - Unmittelbare Wirkung*
(EWG-Vertrag, Artikel 30, 48, 86 und 90)

5 *Wettbewerb - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Bestimmung anhand des besonderen Charakters der ausgeübten Tätigkeit - Geltung der Vorschriften des Vertrages - Ausnahme - Voraussetzungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 2)

(...)

2 Auch wenn die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar ist, verstößt ein Mitgliedstaat gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht. Dies ist der Fall, wenn ein Unternehmen, dem das Monopol für die Durchführung von Hafenarbeiten eingeräumt worden ist, geneigt ist, die Bezahlung nicht verlangter Dienstleistungen zu fordern, unverhältnismäßige Preise in Rechnung zu stellen, den Einsatz moderner Technologie abzulehnen, was erhöhte Arbeitskosten und längere Ausführungsfristen zur Folge hat, oder bestimmten Benutzern Preisnachlässe zu gewähren, die gleichzeitig durch eine Erhöhung der anderen Benutzern in Rechnung gestellten Preise ausgeglichen werden.

3 Eine innerstaatliche Regelung, die in ihrer Auswirkung die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, ist normalerweise mit diesem Artikel, der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet, unvereinbar, wenn sie die Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten verteuert und damit behindert.

4 Auch im Rahmen des Artikels 90 EWG-Vertrag haben die Artikel 30, 48 und 86 EWG-Vertrag unmittelbare Wirkung und begründen für den einzelnen Rechte, die die nationalen Gerichte zu wahren haben.

5 An Hafenarbeiten besteht grundsätzlich kein allgemeines wirtschaftliches Interesse, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet und das bewirken würde, daß diese in den Anwendungsbereich von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag fallen. In jedem Falle kann der Umstand, daß ein Unternehmen von den Behörden mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden ist, dieses nach der genannten Bestimmung nur dann von der Einhaltung der Vorschriften des Vertrages befreien, wenn die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert und das Interesse der Gemeinschaft nicht beeinträchtigt wird.

(...)

Urteil

1 Das Tribunale Genua hat mit Beschluß vom 6. April 1990, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Juni 1990, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 7, 30, 85, 86 und 90 dieses Vertrages zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Merci convenzionali porto di Genova SpA (im folgenden: Firma Merci) und der Siderurgica Gabrielli SpA (im folgenden: Firma Siderurgica) im Zusammenhang mit der Entladung von Waren im Hafen von Genua.

3 Nach den dem Gerichtshof übermittelten Akten sind in Italien die Be-, Ent- und Umladung, die Lagerung sowie allgemein der Umschlag von Waren oder anderen Gütern im Hafen gemäß Artikel 110 des italienischen Schiffahrtsgesetzbuchs Hafenbetriebsgesellschaften vorbehalten, deren Arbeitnehmer, die zugleich Mitglieder dieser Gesellschaften sind, nach den Artikeln 152 und 156 der Seeschiffahrtsverordnung die italienische Staatsangehörigkeit besitzen müssen. Der Verstoß gegen die ausschließlichen Rechte der Hafenbetriebsgesellschaften wird nach Artikel 1172 des Schiffahrtsgesetzbuchs strafrechtlich verfolgt.

4 Die Organisation der Hafenarbeiten für Rechnung Dritter ist gemäß Artikel 111 des Schiffahrtsgesetzbuchs Hafenunternehmen übertragen. Zur Durchführung dieser Arbeiten müssen diese Unternehmen, bei denen es sich in der Regel um privatrechtliche Gesellschaften handelt, ausschließlich auf die Hafenbetriebsgesellschaften zurückgreifen.

5 Die Firma Siderurgica wandte sich gemäß der italienischen Regelung an die Firma Merci, Inhaberin des ausschließlichen Rechts zur Durchführung der die gewöhnlichen Waren betreffenden Arbeiten im Hafen von Genua, um eine Partie Stahl aus der Bundesrepublik Deutschland entladen zu lassen, obwohl die Entladung sofort von der Schiffsbesatzung hätte durchgeführt werden können. Die Firma Merci beauftragte ihrerseits die Hafenbetriebsgesellschaft von Genua mit den Entladearbeiten.

6 Eine Verzögerung beim Entladen der Waren, die insbesondere auf Streiks der Arbeiter der Hafenbetriebsgesellschaft beruhte, führte zu einem Rechtsstreit zwischen der Firma Siderurgica und der Firma Merci; die Firma Siderurgica verlangte wegen der Verzögerung Schadensersatz und Rückzahlung von ihr entrichteter Beträge, die sie angesichts der erbrachten Leistungen für unangemessen hielt.

(...)

Zur ersten Frage

8 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im wesentlichen Aufschluß darüber erhalten, ob Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 7, 30 und 86 EWG-Vertrag der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die einem in diesem Staat niedergelassenen Unternehmen das ausschließliche Recht der Organisation der Hafenarbeiten verleiht und es verpflichtet, sich zur Durchführung dieser Arbeiten einer ausschließlich aus inländischen Arbeitnehmern bestehenden Hafenbetriebsgesellschaft zu bedienen, und ob diese Bestimmungen des Vertrages dem einzelnen Rechte verleihen, die die nationalen Gerichte wahren müssen.

9 Für die Beantwortung der in dieser Weise umformulierten Frage ist zunächst festzustellen, daß ein Hafenunternehmen mit dem ausschließlichen Recht der Organisation der Hafenarbeiten für Rechnung Dritter und eine Hafenbetriebsgesellschaft mit dem ausschließlichen Recht der Durchführung der Hafenarbeiten als Unternehmen anzusehen sind, denen der Staat ausschließliche Rechte im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EWG-Vertrag verliehen hat.

(...)

11 Was erstens das für die Belegschaft der Hafenbetriebsgesellschaft geltende Staatsangehörigkeitserfordernis angeht, so ist festzustellen, daß nach der Rechtsprechung Artikel 7 EWG-Vertrag, in dem das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als allgemeiner Grundsatz niedergelegt ist, autonom nur auf durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Fallgestaltungen angewendet werden kann, für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht (siehe z. B. Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 305/87, Kommission/Griechenland,

Slg. 1989, 1461, Randnrn. 12 und 13, und Urteil vom 7. März 1991 in der Rechtssache C-10/90, Masgio, Slg. 1991, I-1119, Randnr. 12).

12 Bezüglich der Arbeitnehmer ist dieser Grundsatz durch Artikel 48 EWG-Vertrag verwirklicht und konkretisiert worden.

13 Insoweit ist daran zu erinnern, daß Artikel 48 EWG-Vertrag vor allem der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die es nur Inländern erlaubt, in einem Unternehmen dieses Staates wie etwa der Hafenbetriebsgesellschaft von Genua, um die es in dem Verfahren vor dem vorlegenden Gericht geht, zu arbeiten. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat (vgl. z. B. Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85, Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnr. 17), setzt der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Artikel 48 EWG-Vertrag voraus, daß jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. An dieser Qualifizierung ändert auch der Umstand nichts, daß zwischen dem Arbeitnehmer, der sich in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Unternehmen befindet, und den anderen Arbeitnehmern dieses Unternehmens ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis besteht.

14 Was zweitens das Bestehen der ausschließlichen Rechte angeht, so ist zunächst festzustellen, daß nach der ständigen Rechtsprechung zur Auslegung des Artikels 86 EWG-Vertrag ein Unternehmen, das für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattet ist, als ein Unternehmen angesehen werden kann, das eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag besitzt (vgl. Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 28, und Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 31).

15 Bezüglich der Abgrenzung des relevanten Marktes geht aus der Vorlageentscheidung hervor, daß es sich hierbei um den Markt der Organisation der die gewöhnliche Fracht betreffenden Hafenarbeiten im Hafen von Genua für Rechnung Dritter sowie der Durchführung dieser Arbeiten handelt. Insbesondere angesichts des Umfangs des Frachtverkehrs in dem genannten Hafen und der Bedeutung dieses Verkehrs für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seewege in den betreffenden Mitgliedstaat kann dieser Markt als ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden.

16 Sodann ist festzustellen, daß die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar ist.

17 Wie der Gerichtshof jedoch in diesem Zusammenhang entschieden hat, verstößt ein Mitgliedstaat gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt (vgl. Urteil vom 23. April 1991, Höfner, a. a. O., Randnr. 29) oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht (vgl. Urteil vom 18. Juni 1991, ERT, a. a. O., Randnr. 37).

18 Nach Artikel 86 Absatz 2 Buchstaben a, b und c EWG-Vertrag kann ein solcher Mißbrauch insbesondere in der Erzwingung von unangemessenen Einkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gegenüber demjenigen, der die betreffenden Dienstleistungen in Anspruch nimmt, in der Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher und in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern bestehen.

19 Insoweit ergibt sich aus dem von dem vorlegenden Gericht beschriebenen und vor dem Gerichtshof erörterten Sachverhalt, daß die Unternehmen, die nach den in der betreffenden nationalen Regelung festgelegten Modalitäten mit ausschließlichen Rechten ausgestattet sind, aus diesem Grund geneigt sind, die Bezahlung nicht verlangter Dienstleistungen zu fordern, unverhältnismäßige Preise in Rechnung zu stellen, den Einsatz moderner Technologie abzulehnen, was erhöhte Arbeitskosten und längere Ausführungsfristen zur Folge hat, oder bestimmten Benutzern Preisnachlässe zu gewähren, die gleichzeitig durch eine Erhöhung der anderen Benutzern in Rechnung gestellten Preise ausgeglichen werden.

20 Ein Mitgliedstaat schafft somit eine gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßende Lage, wenn er eine Regelung wie die im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht streitige erläßt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, wie dies im Ausgangsrechtsstreit angesichts der in Randnummer 15 dieses Urteils wiedergegebenen Einzelheiten in bezug auf die Bedeutung des Frachtverkehrs im Hafen von Genua der Fall ist.

21 Zu der vom vorlegenden Gericht erbetenen Auslegung des Artikels 30 EWG-Vertrag genügt der Hinweis darauf, daß eine innerstaatliche Regelung, die in ihrer Auswirkung die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, normalerweise mit diesem Artikel, der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet, unvereinbar ist (vgl. Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, Inno, Slg. 1977, 2115, Randnr. 35), wenn sie die Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten verteuert und damit behindert.

22 Im Ausgangsstreit hätte ausweislich der Feststellungen des vorlegenden Gerichts die Entladung der Waren durch die Schiffsbesatzung billiger aufgeführt werden können, so daß die obligatorische Inanspruchnahme der Dienstleistungen der beiden Monopolunternehmen mit zusätzlichen Kosten verbunden war und deshalb wegen der Auswirkung auf den Preis der Waren die Einfuhren beeinflussen konnte.

23 Drittens ist festzustellen, daß auch im Rahmen des Artikels 90 die Artikel 30, 48 und 86 EWG-Vertrag unmittelbare Wirkung haben und für den einzelnen Rechte begründen, die die nationalen Gerichte zu wahren haben (vgl. u. a. für Artikel 86 EWG-Vertrag Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 18).

(...)

Zur zweiten Frage

25 Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im wesentlichen wissen, ob Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag dahin auszulegen ist, daß ein Hafenunternehmen und/oder eine Hafenbetriebsgesellschaft in der in der ersten Frage beschriebenen Situation als Unternehmen anzusehen sind, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne dieser Vorschrift betraut sind.

26 Für die Antwort auf diese Frage ist darauf hinzuweisen, daß es für die in Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag vorgesehene Befreiung von den Vorschriften des Vertrages nicht genügt, daß das betreffende Unternehmen von den Behörden mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden ist, sondern es ist außerdem erforderlich, daß die Anwendung der Vorschriften des Vertrages die Erfüllung der diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert und daß das Interesse der Gemeinschaft nicht beeinträchtigt wird (vgl. Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84, CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 17, und Urteil vom 23. April 1991, Höfner, a. a. O., Randnr. 24).

(...)

Verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 – Poucet/Pistre –, Urteil v. 17. Februar 1993 (Slg. 1993, I-637ff.)

Leitsätze

Wettbewerb - Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften - Unternehmen - Begriff - Mit der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit betraute Einrichtungen - Ausschluß (EWG-Vertrag, Artikel 85 und 86)

Der Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag umfaßt jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit. Davon ausgeschlossen sind somit die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirkenden Einrichtungen, die eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen und eine Tätigkeit ohne Gewinnzweck ausüben, die auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruht.

(...)

Urteil

1 Das Tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault (Gericht für Angelegenheiten der sozialen Sicherheit des Departement Herault) hat mit Urteilen vom 14. Januar und 11. Februar 1991, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Juni 1991, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in zwei Rechtsstreitigkeiten, in denen Christian Poucet und Daniel Pistre der Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Regionale Kasse auf Gegenseitigkeit des Département Languedoc-Roussillin, im folgenden: Camulrac), einer mit der Verwaltung des Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft der Selbständigen nichtlandwirtschaftlicher Berufe betrauten Einrichtung, und deren vertraglicher Abwicklungseinrichtung, den Assurances générales de France (im folgenden: AGF), bzw. der Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand (Unabhängige nationale Ausgleichskasse für die Handwerkeraltersversicherung von Clermont-Ferrand, im folgenden: Cancava) gegenüberstehen.

3 In diesen Rechtsstreitigkeiten wenden sich die Kläger mit Widersprüchen gegen ihnen zugestellte Zahlungsbefehle, mit denen sie zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen an die obengenannten Kassen aufgefordert worden waren. Ohne die grundsätzliche Versicherungspflicht in einem System der sozialen Sicherheit in Frage zu stellen, vertreten sie die Auffassung, sie müßten sich insoweit frei an jede im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassene private Versicherungsgesellschaft wenden können und brauchten sich nicht den Bedingungen zu unterwerfen, die von den obengenannten Einrichtungen einseitig festgelegt worden seien, die unter Verstoß gegen die Regeln des EWG-Vertrags über den freien Wettbewerb über eine beherrschende Stellung verfügten.

(...)

Zur ersten Frage

6 Wie der Gerichtshof im Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82 (Duphar, Slg. 1984, 523, Randnr. 16) entschieden hat, läßt das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.

7 Im Rahmen des Systems der sozialen Sicherheit, um das es in den Ausgangsverfahren geht, besteht für die Selbständigen nichtlandwirtschaftlicher Berufe ein obligatorischer sozialer Schutz, der eigenständige gesetzliche Systeme umfaßt, und zwar insbesondere das für alle Selbständigen der nichtlandwirtschaftlichen Berufe geltende Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft und das Altersversicherungssystem für die handwerklichen Berufe, um die es hier geht.

8 Diese Systeme dienen einem sozialen Zweck und beruhen auf dem Grundsatz der Solidarität.

9 Sie sollen allen Personen, die ihnen angehören, unabhängig von ihrer Vermögenslage und ihrem Gesundheitszustand zum Zeitpunkt des Beitritts, Versicherungsschutz bei Krankheit, Alter, Tod und Invalidität gewähren.

10 Der Solidaritätsgrundsatz wird im Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft dadurch konkretisiert, daß dieses System durch Beiträge nach Maßgabe der Einkünfte aus Berufstätigkeit und der Altersrenten finanziert wird; von der Beitragsleistung sind nur die Bezieher einer Invaliditätsrente und die versicherten Altersrentner befreit, deren Einkünfte unterhalb einer bestimmten Grenze liegen, während die Leistungen für alle Empfänger gleich sind. Außerdem behalten die Personen, die diesem System nicht mehr angehören, ihre Leistungsansprüche unentgeltlich ein Jahr lang. Diese Solidarität bringt eine Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenderen und den Personen mit sich, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde.

11 Im System der Altersversicherung kommt die Solidarität dadurch zum Ausdruck, daß die Renten der im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer durch die von den erwerbstätigen Arbeitnehmern geleisteten Beiträge finanziert werden. Sie zeigt sich zudem in der Gewährung von Rentenansprüchen, denen keine Gegenleistung in Form von Beiträgen gegenübersteht und deren Höhe nicht von den geleisteten Beiträgen abhängt.

12 Zwischen den einzelnen Systemen der sozialen Sicherheit schließlich äußert sich die Solidarität dadurch, daß sich die Systeme, die Überschüsse erwirtschaften, an der Finanzierung der Systeme mit strukturellen finanziellen Schwierigkeiten beteiligen.

13 Folglich beruhen die so gestalteten Systeme der sozialen Sicherheit auf einem System der Versicherungspflicht, das für die Anwendung des Solidaritätsgrundsatzes sowie für das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme unerläßlich ist.

14 Aus den Akten ergibt sich, daß die Verwaltung der Systeme, um die es in den Ausgangsverfahren geht, kraft Gesetzes Kassen der sozialen Sicherheit zugewiesen worden ist, deren Tätigkeit staatlicher Kontrolle unterliegt, die von dem für die soziale Sicherheit zuständigen Minister, dem für den Haushalt zuständigen Minister und öffentlichen Einrichtungen wie der Inspection générale des finances (Allgemeine Finanzaufsicht) und der Inspection générale de la sécurité sociale (Allgemeine Aufsicht für die soziale Sicherheit) ausgeübt wird.

15 Die Kassen wenden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Gesetze an und haben daher keine Möglichkeit, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel oder die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluß zu nehmen. Im Rahmen der Verwaltung des Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft können die regionalen Krankenkassen bestimmten Einrichtungen wie denen, die in Frankreich durch den Code de la mutualité (Gesetzbuch über die Versicherung auf Gegenseitigkeit) oder den Code des assurances (Gesetzbuch über das Versicherungswesen) geregelt sind, die Aufgabe übertragen, für ihre Rechnung die Beiträge einzuziehen und die Leistungen zu gewähren. Es ist jedoch davon auszugehen, daß sich die Vorlageurteile nicht auf diese Einrichtungen, die demnach nur als Bevollmächtigte der Krankenkassen tätig werden, beziehen.

16 Anhand dieser Erwägungen ist die Frage zu beurteilen, ob der Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag mit der Verwaltung von Systemen der sozialen Sicherheit betraute Einrichtungen der vom vorlegenden Gericht bezeichneten Art erfaßt.

17 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. insbesondere Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21) umfaßt der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.

18 Die Krankenkassen oder die Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken, erfüllen jedoch eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Diese Tätigkeit beruht nämlich auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität und wird ohne Gewinnzweck ausgeübt. Die Leistungen werden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht.

19 Folglich ist diese Tätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit, und die mit ihr betrauten Einrichtungen sind daher keine Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag.

20 Demgemäß ist dem nationalen Gericht zu antworten, daß der Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag mit der Verwaltung von Systemen der sozialen Sicherheit betraute Einrichtungen der in den Vorlageurteilen beschriebenen Art nicht erfaßt.

(...)

Verbundene Rechtssachen C-277/91, C-318/91 und C-319/91 – Ligur Carni –, Urteil v. 15. Dezember 1993 (Slg. 1993, I-6621ff.)

Leitsätze

(...)

3 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Einführung von frischem Fleisch in eine Gemeinde eines Mitgliedstaats - Beförderung und Lieferung zum letzten Bestimmungsort - Verpflichtung der Wirtschaftsteilnehmer, auf ein Unternehmen mit einer ausschließlichen Konzession zurückzugreifen - Unzulässigkeit - Auf einen Teil des nationalen*

Hoheitsgebiets beschränkte und ohne Unterschied für inländische und eingeführte Erzeugnisse geltende Maßnahme - Unerheblichkeit - Artikel 30 des Vertrages - Unmittelbare Wirkung (EWG-Vertrag, Artikel 30)

(...)

3 Es stellt eine nach Artikel 30 des Vertrages verbotene Behinderung der Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten dar, wenn eine Gemeinde eines Mitgliedstaats die Wirtschaftsteilnehmer, die frisches Fleisch in die Gemeinde einführen, dazu verpflichtet, ihre Ware zum kommunalen Schlachthof zu bringen, um deren Beförderung und Lieferung zum letzten Bestimmungsort einem örtlichen Unternehmen anzuvertrauen, das eine ausschließliche Konzession für die Durchführung der betreffenden Arbeiten besitzt, und wenn diese Regelung es den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern nur bei Zahlung eines bestimmten Betrages an das konzessionierte Unternehmen gestattet, die Beförderung und die Lieferung ihrer Waren selbst vorzunehmen.

Dem steht nicht entgegen, daß die streitige Maßnahme auf das Gebiet einer Gemeinde eines Mitgliedstaats beschränkt ist. Eine staatliche Maßnahme, die einen begrenzten räumlichen Geltungsbereich hat, weil sie nur für einen Teil des Staatsgebiets gilt, kann nämlich der Qualifizierung als diskriminierend oder protektionistisch im Sinne der Vorschriften über den freien Warenverkehr nicht etwa deshalb entzogen sein, weil sie den Absatz der aus anderen Landesteilen stammenden Waren ebenso beeinträchtigt wie den Absatz der aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Waren. Desgleichen ist der Umstand, daß die betreffende Maßnahme grundsätzlich ohne Unterschied auf inländische und auf eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist, unerheblich, da sie Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten verteuert und damit behindert.

Artikel 30 des Vertrages hat unmittelbare Wirkung und begründet für die einzelnen Rechte, die die nationalen Gerichts zu wahren haben.

(...)

Urteil

1 Der Präsident des Tribunale Genua hat im Rahmen von Mahnverfahren mit drei Beschlüssen vom 21. Oktober und vom 25. November 1991, beim Gerichtshof eingegangen am 28. Oktober und am 10. Dezember 1991, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag sechs Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 64/433/EWG des Rates vom 26. Juni 1964 zur Regelung gesundheitlicher Fragen beim innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit frischem Fleisch (ABl. 1964, Nr. 121, S. 2012), der Richtlinie 89/662/EWG des Rates vom 11. Dezember 1989 zur Regelung der veterinärrechtlichen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel im Hinblick auf den gemeinsamen Binnenmarkt (ABl. L 395, S. 13), der Richtlinie 90/425/EWG des Rates vom 26. Juni 1990 zur Regelung der veterinärrechtlichen und tierzüchterischen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel mit lebenden Tieren und Erzeugnissen im Hinblick auf den Binnenmarkt (ABl. L 224, S. 29) sowie der Artikel 30, 36, 52 und 59 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in drei Rechtsstreitigkeiten zwischen - in den Rechtssachen C-277/91 und C-319/91 - den italienischen Unternehmen Ligur Carni Srl und Genova Carni Srl einerseits und der Unità Sanitaria Locale Genua (im folgenden: USL) no XV, Genua, sowie - in der Rechtssache C-318/91 - zwischen dem italienischen Unternehmen Ponente SpA einerseits und der USL no XIX, La Spezia, und der im Bereich der Gemeinde La Spezia tätigen Genossenschaft CO.GE.SE.MA andererseits. In Anbetracht des zwischen diesen Rechtssachen bestehenden Zusammenhangs sind sie durch Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofes vom 28. Januar 1992 und vom 27. Januar 1993 zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden worden.

3 Die USL sind mit der Durchführung der gesundheitsbehördlichen Kontrollen in einem bestimmten Bezirk betraute Stellen. Sie fallen in die Zuständigkeit der Regionen und stellen damit staatliche Behörden dar.

4 Wie aus den Akten hervorgeht, sieht die italienische königliche Verordnung Nr. 3298 vom 20. Dezember 1928 betreffend die Genehmigung der Verordnung über die gesundheitsbehördliche Überwachung von Fleisch (Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia Nr. 36 vom 12. Februar 1929) in

Artikel 40 vor, daß zum Verkauf bestimmtes frisches Fleisch nach der Schlachtung unter der Voraussetzung in eine andere Gemeinde verbracht werden darf, daß es u.a. zusätzlich zu der Beschau, die in der Ursprungsgemeinde stattgefunden hat, „einer erneuten Beschau durch den Tierarzt der Bestimmungsgemeinde unterzogen wird".

5 Auf der Grundlage der genannten königlichen Verordnung erließ die Region Ligurien das Regionalgesetz Nr. 31 vom 22. August 1989 betreffend Bestimmungen über die Zahlung der von den einzelnen für die Inanspruchnahme der veterinärmedizinischen Leistungen der USG geschuldeten Gebühren (Bolletino ufficiale della Regione Liguria Nr. 15 vom 6. September 1989, Teil I, S. 1439).

6 Artikel 1 dieses Gesetzes bestimmt:

„Zur Zahlung einer Gebühr an die Unità sanitariale locale (USL) sind Privatpersonen verpflichtet, die folgende Leistungen in Anspruch nehmen:

a) Untersuchungen, Prüfungen und Kontrollen von Lebensmitteln tierischen Ursprungs und von Tieren im Hinblick auf ihre Vermarktung;

b) Ausstellung der zur Vermarktung von Lebensmitteln tierischen Ursprungs, von Tieren und von tierischen Erzeugnissen allgemein erforderlichen Bescheinigungen."

7 Nach Artikel 2 des Gesetzes ist die der USL für die gesundheitsbehördliche Untersuchung geschuldete Gebühr bei der Erbringung der Leistung zu zahlen; nach Artikel 3 ist es Sache der Giunta regionale, die Höhe der Gebühr nach Anhörung des Comitato sanitario regionale (regionaler Gesundheitsausschuß) festzusetzen.

8 Außerdem geht aus den italienischen Bestimmungen und aus den Akten hervor, daß jemand, der - auch im Durchfuhrverkehr - frisches Fleisch aus einem Mitgliedstaat oder aus einer anderen italienischen Gemeinde in eine Gemeinde der Region Ligurien verbringt,

- seine Ware gesundheitsbehördlich untersuchen lassen muß, selbst wenn für das Fleisch eine von einem amtlichen Tierarzt des Versandlandes oder der zuständigen Behörde der italienischen Ursprungsgemeinde ausgestellte gesundheitsbehördliche Bescheinigung vorliegt; diese Untersuchung wird vom Veterinärpersonal der USL der Bestimmungsgemeinde vorgenommen und führt zur Ausstellung einer Bescheinigung, die für die Vermarktung des Fleisches unbedingt erforderlich ist;
- der USL für die erbrachte gesundheitsbehördliche Leistung einen Betrag als Untersuchungsgebühr zu zahlen hat, der von der örtlichen Verwaltung (der Giunta regionale) pauschal festgesetzt wird.

9 Was die Vermarktung von Fleisch in der Gemeinde La Spezia im besonderen anbelangt, geht aus den Akten außerdem hervor, daß der betreffende Einführer die Dienste der Genossenschaft CO. GE. SE. MA in Anspruch nehmen muß, der die Gemeindeverwaltung den Umschlag der Waren im kommunalen Schlachthof sowie deren Beförderung zum Ort des Endverbrauchs ausschließlich übertragen hat. Der betreffende Wirtschaftsteilnehmer kann den Vertrieb der Waren selbst übernehmen, jedoch unter der Voraussetzung, daß er der CO. GE. SE. MA den für diese Leistung vorgesehenen Betrag zahlt.

10 Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß die drei oben genannten italienischen Firmen frisches Rindfleisch aus Dänemark und den Niederlanden einführen. Aufgrund der oben angeführten italienischen Regelung mußten sie den zuständigen USL für den Zeitraum 1990 und 1991 verschiedene Beträge als Untersuchungsgebühren zahlen.

11 Die genannten Firmen sind der Auffassung, daß diese Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgt seien, da sie nach den Richtlinien 64/433/EWG, 89/662/EWG und 90/425/EWG des Rates verbotene „Abgaben" darstellten; sie haben daher beim Präsidenten des Tribunale Genua im Wege des Mahnverfahrens beantragt, den betroffenen USL die Rückerstattung der erhobenen Beträge aufzugeben.

12 Außer diesen Gebühren hatte die Firma Ponente der Genossenschaft CO. GE. SE. MA einen Betrag für Gebühren zu zahlen, die im Rahmen der dieser Genossenschaft erteilten ausschließlichen Konzession vorgesehen sind. Die Firma Ponente ist der Meinung, auch diese Zahlungen seien ohne Rechtsgrund erfolgt, weil sie nach den Artikeln 30, 52 und 59 EWG-Vertrag verbotene „Abgaben" darstellten.

(...)

Zur fünften und zur sechsten Frage

33 Die im Rahmen des Rechtsstreits zwischen der Ponente SpA und der CO. GE. SE. MA (Rechtssache C-318/91) gestellten letzten beiden Fragen des vorlegenden Gerichts gehen im wesentlichen dahin, ob das von einer Gemeinde eines Mitgliedstaats erlassene Verbot für Importeure von frischem Fleisch, im Gebiet der betreffenden Gemeinde die Beförderung und die Lieferung seiner Ware selbst zu übernehmen, es sei denn, sie zahlen einem örtlichen Unternehmen den Betrag, der für Dienstleistungen vorgesehen ist, die dieses Unternehmen im Rahmen einer ausschließlichen Konzession für den Umschlag der betreffenden Ware im kommunalen Schlachthof sowie für ihre Beförderung und Lieferung erbringt, gegen die Artikel 30, 52 und 59 EWG-Vertrag verstößt und ob diese Bestimmungen unmittelbare Wirkung haben.

34 Vorab ist festzustellen, daß diese Fragen sich nicht auf die Rechtmäßigkeit der einem örtlichen Unternehmen in dem betreffenden Bereich erteilten ausschließlichen Konzession als solche beziehen.

35 Sodann ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 30 EWG-Vertrag mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verbietet. Nach ständiger Rechtsprechung fällt eine Maßnahme schon dann unter das in dieser Bestimmung ausgesprochene Verbot, wenn sie geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, gegenwärtig oder potentiell zu behindern. Das Verbot richtet sich also gegen jede Art von Hindernissen, die sich - sei es auch nur mittelbar oder potentiell - nachteilig auf den freien Warenverkehr auswirken können.

36 Es stellt ein solches Einfuhrhindernis dar, wenn eine kommunale Regelung eines Mitgliedstaats die Wirtschaftsteilnehmer, die frisches Fleisch in die Gemeinde einführen, dazu verpflichtet, ihre Ware zum kommunalen Schlachthof zu bringen, um deren Beförderung und Lieferung zum letzten Bestimmungsort einem örtlichen Unternehmen anzuvertrauen, das eine ausschließlich Konzession für die Durchführung der betreffenden Arbeiten besitzt, und wenn diese Regelung es den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern nur bei Zahlung eines bestimmten Betrages an das konzessionierte Unternehmen gestattet, die Beförderung und die Lieferung ihrer Waren selbst vorzunehmen.

37 Dem steht nicht entgegen, daß die streitige Maßnahme auf das Gebiet einer Gemeinde eines Mitgliedstaats beschränkt ist. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de Publicidad, Slg. 1991, I-4179, Randnr. 24) ausgeführt hat, kann eine staatliche Maßnahme, die einen begrenzten räumlichen Geltungsbereich hat, weil sie nur für einen Teil des Staatsgebiets gilt, der Qualifizierung als diskriminierend oder protektionistisch im Sinne der Vorschriften über den freien Warenverkehr nicht etwa deshalb entzogen sein, weil sie den Absatz der aus anderen Landesteilen stammenden Waren ebenso beeinträchtigt wie den Absatz der aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Waren.

38 Desgleichen ist der Umstand, daß die betreffende Maßnahme grundsätzlich ohne Unterschied auf inländische und auf eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist, unerheblich, da sie Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten verteuert und damit behindert (siehe Urteil vom 25. Juli 1991, Aragonesa, a.a.O., und vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci, Slg. 1991, I-5889).

39 Schließlich ist hinzuzufügen, daß Artikel 30 EWG-Vertrag unmittelbare Wirkung hat und für die einzelnen Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu wahren haben (Urteil vom 8. November 1979 in der Rechtssache 251/78, Denkavit, Slg. 1979, 3369).

40 Artikel 52 EWG-Vertrag gewährleistet die Freiheit der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats sowie der dort ansässigen Unternehmen, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Staatsangehörigen niederzulassen.

41 Im Ausgangsstreitverfahren stehen sich ein italienisches Unternehmen, das frisches Fleisch aus anderen Mitgliedstaaten einführt, und ein anderes italienisches Unternehmen gegenüber, das auf örtlicher Ebene Inhaber einer ausschließlichen Konzession für die Beförderung und die Lieferung dieser Ware ist. Es gibt also im vorliegenden Fall keinen Umstand, der über den rein nationalen Rahmen hinausgehen würde, so daß eine Berufung auf Artikel 52 gerechtfertigt wäre. Die Auslegung dieser Vorschrift ist daher für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits unerheblich.

42 Die gleichen Überlegungen gelten für Artikel 59 EWG-Vertrag, der den freien Dienstleistungsverkehr für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gewährleistet, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind.

43 Bei den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens handelt es sich nämlich nicht um Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind und im Gebiet der betroffenen Gemeinde Beförderungsdienstleistungen erbringen wollen. Auch haben sie nicht die Absicht, als Leistungsempfänger Dienstleistungen eines Beförderungsunternehmens aus einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen. Auch die Auslegung des Artikels 59 ist also für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nicht erheblich.

(...)

Rechtssache C-320/91 – Corbeau –, Urteil v. 19. Mai 1993 (Slg. 1993, I-2533ff.)

Leitsätze des Urteils

Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Postmonopol - Zulässigkeit - Grenzen -Spezifische Dienstleistungen, die von der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse getrennt werden können und deren wirtschaftliches Gleichgewicht nicht in Frage stellen
(EWG-Vertrag, Artikel 90)

Artikel 90 des Vertrages läßt es nicht zu, daß eine Regelung eines Mitgliedstaats, die einer Organisation wie der Régie des postes das ausschließliche Recht überträgt, Postsendungen zu sammeln, zu befördern und zu verteilen, es einem in diesem Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen untersagt, spezifische, von der Dienstleistung von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen anzubieten, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet, sofern diese Dienstleistungen das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Dienstleistungen, um die es in dem bei ihm anhängigen Verfahren geht, diese Kriterien erfüllen.

Die Verpflichtung für den Inhaber des ausschließlichen Rechts, eine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen und dabei seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, setzt zwar die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraus und rechtfertigt daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von seiten einzelner Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen, doch ist eine solche Einschränkung des Wettbewerbs nicht in allen Fällen gerechtfertigt. Sie ist insbesondere dann nicht zulässig, wenn es sich um spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet - wie im Bereich der Beförderung der Sendungen die Abholung beim Absender, eine schnellere oder zuverlässigere Verteilung oder auch die Möglichkeit, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern -, und sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden - wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden -, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen.

(...)

Urteil

1 Das Tribunal correctionnel Lüttich hat mit Urteil vom 13. November 1991, beim Gerichtshof eingegangen am 11. Dezember 1991, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen nach der Auslegung der Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt, um die Vereinbarkeit der belgischen Regelung über das Postmonopol mit diesen Bestimmungen beurteilen zu können.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Strafverfahren vor diesem Gericht gegen Paul Corbeau, einen Lütticher Gewerbetreibenden, der beschuldigt wird, gegen die belgischen Rechtsvorschriften über das Postmonopol verstoßen zu haben.

3 In Belgien verleihen die Gesetze vom 26. Dezember 1956 über den Postdienst (Moniteur belge vom 30./31.12.1956, S. 8619) und vom 6. Juli 1971 über die Bildung der Regie des postes (Moniteur belge vom 14.8.1971, S. 9510) der Regie des postes, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, das ausschließliche Recht, im gesamten Königreich alle Postsendungen zu sammeln, zu befördern und zu verteilen, und sehen für jeden Verstoß gegen dieses ausschließliche Recht strafrechtliche Sanktionen vor.

4 Aus den dem Gerichtshof übermittelten Akten des Ausgangsverfahrens, den eingereichten schriftlichen Erklärungen sowie den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, daß der Angeklagte im Bereich der Stadt Lüttich und ihrer Umgebung eine Dienstleistung erbringt, die in der Abholung von Postsendungen beim Absender und in der Verteilung dieser Sendungen vor dem Mittag des folgenden Tages besteht, sofern sich die Empfänger innerhalb des betreffenden Gebiets befinden. Sendungen, die an Empfänger außerhalb dieses Gebiets gerichtet sind, holt der Angeklagte beim Absender ab und verschickt sie per Post.

(...)

7 Angesichts des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens sind die Vorlagefragen so zu verstehen, daß das nationale Gericht im wesentlichen wissen will, ob Artikel 90 EWG-Vertrag dahin auszulegen ist, daß er es nicht zuläßt, daß eine Regelung eines Mitgliedstaats, die einer Organisation wie der Regie des postes das ausschließliche Recht überträgt, Postsendungen zu sammeln, zu befördern und zu verteilen, es einem in diesem Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen untersagt, bestimmte Dienstleistungen auf diesem Markt anzubieten.

8 Zur Beantwortung dieser so umformulierten Frage ist zunächst festzustellen, daß eine Organisation wie die Regie des postes, der die ausschließliche Befugnis zur Sammlung, zur Beförderung und zur Verteilung von Postsendungen übertragen wurde, als ein Unternehmen anzusehen ist, dem vom betreffenden Mitgliedstaat ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag gewährt wurden.

9 Weiter ist darauf hinzuweisen, daß ein Unternehmen, das auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes über ein gesetzliches Monopol verfügt, nach ständiger Rechtsprechung als Inhaber einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag angesehen werden kann (vgl. Urteile vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA, Slg. 1991, 1-5889, Randnr.14, und vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, RTI; Slg. 1991, I-5941, Randnr. 17).

10 Artikel 86 gilt jedoch nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen selbst und nicht für staatliche Maßnahmen (vgl. Urteil RTT, a. a. O., Randnr. 20).

11 Wie der Gerichtshof in diesem Zusammenhang festgestellt hat, ist zwar die Tatsache, daß ein Mitgliedstaat durch die Gewährung ausschließlicher Rechte eine beherrschende Stellung geschaffen hat, für sich genommen nicht mit Artikel 86 unvereinbar; dennoch verpflichtet der EWG-Vertrag die Mitgliedstaaten, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung ausschalten könnten (vgl. Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 35).

12 Daher dürfen die Mitgliedstaaten in bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, gemäß Artikel 90 Absatz 1 keine den Wettbewerbsregeln des Vertrags widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

13 Diese Bestimmung ist in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 2 zu lesen, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln gelten, soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

14 Die letztgenannte Bestimmung erlaubt es somit den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags 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 besonderen Aufgabe sicherzustellen.

15 Was die Dienstleistungen betrifft, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, so ist die Regie des postes unbestreitbar mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, die in der Verpflichtung besteht, die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen.

16 Folglich ist zu prüfen, in welchem Umfang eine Beschränkung des Wettbewerbs oder sogar der Ausschluß jeglichen Wettbewerbs von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich ist, um es dem Inhaber des ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen.

17 Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, daß die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.

18 Wenn es einzelnen Unternehmen gestattet wäre, mit dem Inhaber ausschließlicher Rechte in Bereichen ihrer Wahl in Wettbewerb zu treten, in denen diese Rechte bestehen, würden sie nämlich in die Lage versetzt, sich auf die wirtschaftlich rentablen Tätigkeiten zu konzentrieren und dort günstigere als die von den Inhabern der ausschließlichen Rechte angewandten Tarife anzubieten, da sie im Gegensatz zu diesen nicht wirtschaftlich gezwungen sind, einen Ausgleich zwischen den in den unrentablen Bereichen entstandenen Verlusten und den in den rentableren Bereichen erzielten Gewinnen vorzunehmen.

19 Der Ausschluß des Wettbewerbs ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet - wie die Abholung beim Absender, eine schnellere oder zuverlässigere Verteilung oder auch die Möglichkeit, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern -, und sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden - wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden -, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen.

20 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Dienstleistungen, um die es in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit geht, diese Kriterien erfüllen.

(...)

Rechtssache C-364/92 – Eurocontrol –, Urteil v. 19. Januar 1994 (Slg. 1994, I-43ff.)

Leitsätze

(...)

3 *Wettbewerb - Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften - Unternehmen - Begriff - Internationale Organisation Eurocontrol - Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Vorrechte zusammenhängen - Ausschluss*
(EWG-Vertrag, Artikel 86 und 90)

(...)

3 Die Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag sind dahin auszulegen, daß eine internationale Organisation wie Eurocontrol kein Unternehmen im Sinne dieser Bestimmungen darstellt.

In ihrer Gesamtheit hängen die Tätigkeiten von Eurocontrol - einschließlich der im Auftrag der Staaten durchgeführten Einziehungen der Streckengebühren - ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach nämlich mit der Ausübung von Vorrechten zusammen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen und die typischerweise hoheitliche Vorrechte sind; sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags rechtfertigen würde.

(...)

Urteil

1 Die belgische Cour de cassation hat mit Urteil vom 10. September 1992, beim Gerichtshof eingegangen am 18. September 1992, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung der Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Luftfahrtgesellschaft deutschen Rechts SAT Fluggesellschaft mbH (im folgenden: SAT) und der Europäischen Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol).

3 Eurocontrol ist eine internationale Organisation, deren Sitz sich in Brüssel befindet und die durch ein Übereinkommen vom 13. Dezember 1960 gegründet worden ist. Durch ein Protokoll vom 12. Februar 1981, das am 1. Januar 1986 in Kraft getreten ist, ist das ursprüngliche Übereinkommen wesentlich geändert worden (im folgenden: geändertes Übereinkommen). Vertragsstaaten sind die Bundesrepublik Deutschland, das Königreich Belgien, die Französische Republik, die Griechische Republik, Irland, das Großherzogtum Luxemburg, das Königreich Niederlande, die Portugiesische Republik und das Königreich Großbritannien und Nordirland sowie die Republik Zypern, die Republik Ungarn, die Republik Malta, die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Republik Türkei.

4 Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe 1 des geänderten Übereinkommens hat Eurocontrol u.a. die Aufgabe, gemäß der am 12. Februar 1981 unterzeichneten Mehrseitigen Vereinbarung über Flugsicherungs-Streckengebühren die den Benutzern der Flugsicherungsdienste auferlegten Gebühren im Auftrag der oben genannten Vertragsparteien und der an dieser Vereinbarung beteiligten Drittstaaten festzulegen und einzuziehen. Bei den Drittstaaten handelt es sich um Österreich und Spanien.

5 In dem Rechtsstreit, den Eurocontrol bei den belgischen Gerichten anhängig gemacht hat, geht es um die Einziehung von Streckengebühren in Höhe von 3 175 953 USD, die die Firma SAT für in der Zeit von September 1981 bis Dezember 1985 durchgeführte Flüge angeblich schuldet.

6 Die Firma SAT macht zur Rechtfertigung ihrer Weigerung, diese Gebühren zu entrichten, geltend, Eurocontrol habe gegen Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag verstoßen. Die Praxis von Eurocontrol, unterschiedliche Gebührentarife für gleichwertige Leistungen festzulegen, die u.a. je nach Staat und Jahr verschieden seien, stelle einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag dar.

(...)

Zum materiellen Recht

(...)

19 Um festzustellen, ob die Tätigkeiten von Eurocontrol Tätigkeiten eines Unternehmens im Sinne der Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag sind, ist zu untersuchen, welcher Art diese Tätigkeiten sind.

20 Artikel 1 des am 7. Dezember 1944 in Chicago unterzeichneten Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt (UN Treaty Series Bd. 15, Nr. 105) lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen an, daß jeder Staat über seinem Hoheitsgebiet volle und ausschließliche Lufthoheit besitzt." Im Rahmen dieser Lufthoheit nehmen die Staaten - vorbehaltlich der Beachtung der Bestimmungen der geltenden internationalen Übereinkünfte - die Überwachung ihres Luftraums und die Flugverkehrskontrolldienste wahr.

21 Nach dem Übereinkommen über ihre Gründung ist Eurocontrol eine internationale Organisation mit regionaler Aufgabenstellung, die die Zusammenarbeit der Vertragsstaaten auf dem Gebiet der Flugsicherung enger gestalten und gemeinsame Tätigkeiten auf diesem Gebiet unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Landesverteidigung und Gewährleistung eines mit dem erforderlichen Sicherheitsgrad zu vereinbarenden Höchstmaßes an Handlungsfreiheit für alle Luftraumbenutzer weiterentwickeln soll. Sie handelt in Zusammenarbeit mit den Zivil- und Militärbehörden der Vertragsstaaten (Artikel 1 des geänderten Übereinkommens).

22 Der Aufgabenbereich von Eurocontrol umfaßt nach der Festlegung in Artikel 2 des geänderten Übereinkommens erstens Tätigkeiten der Forschung, der Planung, der Koordinierung der nationalen Politiken und der Ausbildung des Personals.

23 Zweitens ist Eurocontrol für die Festlegung und Einziehung der den Luftraumbenutzern auferlegten Streckengebühren zuständig. Eurocontrol legt nach den von der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation vorgegebenen Leitlinien die einheitliche Formel fest, nach der die Streckengebühren berechnet werden. In dieser Formel werden das Gewicht des Flugzeugs und die zurückgelegte Entfernung berücksichtigt; darauf wird ein „Gebührensatz" angewendet. Dieser Satz wird nicht von Eurocontrol, sondern von jedem Vertragsstaat für die Benutzung seines Luftraums festgesetzt. Für jeden Flug wird eine einzige Gebühr, die die Summe der geschuldeten Gebühren darstellt, von Eurocontrol berechnet und eingezogen. Die Gebühren werden im Auftrag der Staaten erhoben und dann an diese ausgezahlt; dabei wird ein Teil der Einnahme abgezogen, der der Anwendung eines Verwaltungskostensatzes entspricht und die Kosten der Einziehung der Gebühren decken soll.

24 Schließlich ist die operative Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle, wie im Protokoll vom 12. Februar 1981 ausdrücklich vorgesehen, beschränkt, da eine solche Tätigkeit von Eurocontrol nur auf Antrag der Vertragsstaaten ausgeübt werden kann. Unstreitig kontrolliert Eurocontrol in diesem Rahmen über die Zentrale in Maastricht nur den Luftraum über den Beneluxländern und dem nördlichen Teil der Bundesrepublik Deutschland. Zu diesem Zweck verfügt Eurocontrol über diejenigen von der allgemeinen Regelung abweichenden Vorrechte und Befugnisse zum Einsatz von Zwangsmitteln, die diese Kontrolle gegenüber den Benutzern des Luftraums voraussetzt. Bei der Ausübung dieser besonderen Zuständigkeit muß sie für die Beachtung der internationalen Übereinkünfte und der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über den Ein- und Überflug und über die Sicherheit des Hoheitsgebiets der betroffenen Vertragsstaaten Sorge tragen.

25 Was die letztgenannte Tätigkeit angeht, ist festzustellen, daß Eurocontrol unstreitig dazu verpflichtet ist, die Flugverkehrskontrolle in diesem Luftraum für jedes Luftfahrzeug, das dort einen Flug durchführt, wahrzunehmen, auch wenn der Betreiber dieses Luftfahrzeugs die Eurocontrol geschuldeten Streckengebühren nicht entrichtet hat.

26 Schließlich erfolgt die Finanzierung der Tätigkeiten von Eurocontrol durch Beiträge der Vertragsstaaten.

27 Eurocontrol nimmt somit für Rechnung der Vertragsstaaten Aufgaben von allgemeinem Interesse wahr, durch die ein Beitrag zur Aufrechterhaltung und zur Verbesserung der Flugsicherung geleistet werden soll.

28 Entgegen dem Vorbringen der Firma SAT läßt sich die die Einziehung der Streckengebühren betreffende Tätigkeit von Eurocontrol, die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegt, von den anderen Tätigkeiten der Organisation nicht trennen. Diese Gebühren sind nur die von den Benutzern geforderte Gegenleistung für die vorgeschriebene ausschließliche Nutzung der Flugsicherungseinrichtungen und -dienste. Wie der Gerichtshof im speziellen Rahmen der Auslegung des oben genannten Übereinkommens vom 27. September 1968 bereits festgestellt hat, ist Eurocontrol bei ihrer die Einziehung der Gebühren betreffenden Tätigkeit als eine in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelnde Behörde anzusehen (Urteil LTU, a.a.O., Randnrn. 4 und 5).

29 Eurocontrol wird dabei im Auftrag der Vertragsstaaten tätig, ohne die Höhe der Streckengebühren wirklich beeinflussen zu können. Der von der Firma SAT vor dem vorlegenden Gericht angeführte Umstand, daß die Höhe der Gebühren zeitlich oder je nach dem überflogenen Hoheitsgebiet unterschiedlich ist, ist nicht Eurocontrol, die lediglich eine einheitliche Formel unter den oben angegebenen Bedingungen festlegt und anwendet, sondern den Vertragsstaaten zuzurechnen, die die Höhe der Gebührensätze bestimmen.

30 In ihrer Gesamtheit hängen die Tätigkeiten von Eurocontrol ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen; dies sind typischerweise hoheitliche Vorrechte. Sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags rechtfertigen würde.

31 Eine internationale Organisation wie Eurocontrol stellt daher kein den Artikeln 86 und 90 EWG-Vertrag unterliegendes Unternehmen dar.

32 Aus diesen Gründen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, daß die Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag dahin auszulegen sind, daß eine internationale Organisation wie Eurocontrol kein Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften darstellt.

(...)

Rechtssache C-393/92 – Almelo –, Urteil v. 27. April 1994 (Slg. 1994, I-1477ff.)

Leitsätze

(...)

2 *Staatliche Handelsmonopole - Begriff - Kontrolle der Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten durch die staatlichen Behörden - Einem regionalen Versorgungsunternehmen erteilte Konzession für die Stromversorgung - Zwischen regionalen und lokalen Versorgungsunternehmen vereinbarte Klausel über ausschließliche Abnahme - Ausschluss*
(EWG-Vertrag, Artikel 37)

3 *Wettbewerb - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Geltung der Vorschriften des Vertrages - Grenzen - Stromversorgung - Regionales Versorgungsunternehmen, das gegenüber den lokalen Versorgungsunternehmen eine Klausel über die ausschließliche Abnahme verwendet, die Einfuhren ausschließt - Zulässigkeit - Voraussetzungen*
(EWG-Vertrag, Artikel 85 Absatz 1, 86 und 90 Absatz 2)

(...)

2 Die Anwendung des Artikels 37 EWG-Vertrag, der sich auf staatliche Handelsmonopole bezieht, setzt einen Sachverhalt voraus, in dem die nationalen Behörden in der Lage sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn über eine zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung oder ein auf andere Rechtsträger übertragenes Monopol merklich zu beeinflussen.

Nicht unter diesen Artikel, sondern unter Artikel 85 EWG-Vertrag fällt ein Sachverhalt, in dem ein regionales Stromversorgungsunternehmen, auch wenn es Inhaber einer nicht ausschließlichen Konzession für die Stromversorgung im Konzessionsgebiet ist, den lokalen Stromversorgungsunternehmen durch eine Klausel über die ausschließliche Abnahme verbietet, Elektrizität einzuführen. Die betreffenden Verträge sind nämlich nicht zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und dem regionalen Versorgungsunternehmen, sondern zwischen diesem und den lokalen Versorgungsunternehmen geschlossen worden. Diese Verträge legen die Bedingungen für die Lieferung von Elektrizität fest und bewirken nicht, daß die dem regionalen Unternehmen erteilte Konzession für die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf die lokalen Versorgungsunternehmen übergeht, wobei diese Bedingungen, insbesondere die Klausel über die ausschließliche Abnahme, ihre Grundlage in den Verträgen zwischen den Versorgungsunternehmen haben und kein Bestandteil der vom Staat erteilten Gebietskonzession sind

3 Artikel 85 EWG-Vertrag verbietet es einem regionalen Stromversorgungsunternehmen, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel über die ausschließliche Abnahme zu verwenden, die es einem lokalen Versorgungsunternehmen untersagt, für die öffentliche Versorgung bestimmte Elektrizität einzuführen, wenn diese Klausel in Anbetracht ihres wirtschaftlichen und

rechtlichen Zusammenhangs, d. h. des Bestehens anderer gleichartiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen und der kumulierten Wirkung dieser Vereinbarungen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Auch Artikel 86 EWG-Vertrag verbietet die Verwendung einer solchen Klausel, wenn das betreffende Unternehmen zu einer Unternehmensgruppe gehört, die eine kollektive beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehat.

Die Verwendung dieser Klausel fällt jedoch nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag insoweit nicht unter dieses doppelte Verbot, als die Wettbewerbsbeschränkung, die sie bewirkt, erforderlich ist, um dem Unternehmen die Wahrnehmung seiner im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe zu ermöglichen. Dabei hat das nationale Gericht, dessen Sache es ist, zu beurteilen, ob diese Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist, die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen aufgrund der für es bestehenden Zwänge tätig wird, u. a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die - insbesondere umweltrechtlichen - Vorschriften zu berücksichtigen, die es zu beachten hat.

(...)

Urteil

1 Der Gerechtshof Arnheim hat mit Schiedsurteil vom 3. November 1992, beim Gerichtshof eingegangen am 10. November 1992, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 37, 85, 86, 90 und 177 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Gemeinde Almelo und anderen lokalen Stromversorgungsunternehmen gegen die N. V. Energiebedrijf IJsselmij (IJM), ein regionales Stromversorgungsunternehmen, über einen Ausgleichszuschlag, den diese den lokalen Versorgungsunternehmen in Rechnung gestellt hat.

3 In den Niederlanden wird Strom von vier Unternehmen erzeugt, die Aktionäre eines Gemeinschaftsunternehmens, der N. V. Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (SEP), sind, das damit betraut ist, die Zusammenarbeit zwischen den Erzeugern zu organisieren.

4 Die Stromversorgung ist auf regionaler und auf lokaler Ebene organisiert: In dem ihnen zugewiesenen Gebiet versorgen die regionalen Versorgungsunternehmen die lokalen Versorgungsunternehmen, die den Gemeinden gehören, und gegebenenfalls bestimmte Endverbraucher. Die lokalen Versorgungsunternehmen stellen die Versorgung der Kunden in den Gemeinden sicher. Die Stromerzeugungs- und -versorgungsunternehmen gehören unmittelbar oder mittelbar den Provinzen oder den Gemeinden.

5 Der IJM wurde durch eine Königliche Verordnung von 1918 eine nichtausschließliche Konzession für die Stromversorgung in dem durch die Konzession erfaßten Gebiet erteilt. IJM liefert Elektrizität an lokale Versorgungsunternehmen, u. a. an die Gemeinde Almelo und an die anderen Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, und stellt auch die unmittelbare Versorgung der Verbraucher in den ländlichen Gebieten sicher.

6 In den Jahren 1985 bis 1988 wurde den lokalen Versorgungsunternehmen die Einfuhr von Elektrizität aufgrund einer Klausel über die ausschließliche Abnahme verboten, die sich in den Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Energie an Gemeinden mit einem eigenen Stromversorgungsunternehmen im Gebiet der N. V. Elektriciteits-Maatschappij IJsselcentrale (frühere Bezeichnung der IJM, im folgenden: IJC) fand. Artikel 2 Absatz 2 dieser Allgemeinen Bedingungen sieht nämlich vor, daß die Gemeinde sich verpflichtet, „für die Elektrizitätsversorgung innerhalb ihres Gebiets ausschließlich elektrische Energie von IJC zu beziehen und diese Energie nur für den eigenen Verbrauch und für die Lieferung an Dritte zum Verbrauch im Gemeindegebiet zu verwenden".

7 Die Allgemeinen Bedingungen der IJM entsprechen den Allgemeinen Musterlieferbedingungen, die die Vereniging van Exploitanten van Electriciteitsbedrijven in Nederland aufgestellt hat.

8 Der Klausel über die ausschließliche Abnahme durch das lokale Versorgungsunternehmen entspricht eine Verpflichtung des regionalen Versorgungsunternehmens zum ausschließlichen Verkauf.

9 Das lokale Versorgungsunternehmen seinerseits verpflichtet den Endverbraucher zur ausschließlichen Abnahme.

10 Auf der Ebene der Beziehungen zwischen den Stromerzeugern und den regionalen Versorgungsunternehmen besteht ebenfalls ein Verbot der Einfuhr von elektrischer Energie (Artikel 21 der Overeenkomst van Samenwerking - Vereinbarung über die Zusammenarbeit - zwischen den stromerzeugenden Unternehmen und der SEP vom 22. März 1986, die an die Stelle der Allgemeinen SEP-Vereinbarung von 1971 getreten ist; im folgenden: OVS-Vereinbarung).

11 Ab 1. Januar 1985 stellte die IJC den lokalen Versorgungsunternehmen einen Ausgleichszuschlag in Rechnung, d. h. einen Zuschlag, der den Unterschied zwischen den höheren Kosten der von ihr selbst sichergestellten Stromversorgung für Verbraucher im ländlichen Bereich und den niedrigeren Kosten der Stromversorgung für Verbraucher im städtischen Bereich durch lokale Versorgungsunternehmen ausgleichen sollte.

12 Im Jahre 1988 reichten lokale Versorgungsunternehmen bei der Kommission eine Beschwerde gegen die IJC ein, die auf drei Punkte gestützt war:

- das ausdrückliche Einfuhrverbot in der Allgemeinen SEP-Vereinbarung von 1971 und in der OVS-Vereinbarung,
- die sich aus den mit der IJC getroffenen Vereinbarungen ergebende Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme,
- das Recht der IJC, die Preise einseitig festzusetzen und den Ausgleichszuschlag zu erheben.

13 Durch das Gesetz vom 16. November 1989 zur Regelung der Erzeugung, der Einfuhr, des Transports und des Verkaufs von Elektrizität (Staatsblad 535) wurde das Stromversorgungssystem in den Niederlanden reformiert. Nach Artikel 34 dieses Gesetzes und nach einer Ministerialverordnung vom 20. März 1990 (Staatscourant vom 22. März 1990) darf allein die SEP für die öffentliche Versorgung bestimmte Elektrizität einführen, soweit es sich nicht um Strom mit einer Spannung von weniger als 500 V handelt.

14 Aufgrund der Beschwerde von 1988 erließ die Kommission die Entscheidung vom 16. Januar 1991 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/32.732- IJsselcentrale u. a.; ABI. L 28, S. 32, im folgenden: Entscheidung von 1991). In Artikel 1 dieser Entscheidung stellt die Kommission fest, daß Artikel 21 der OVS-Vereinbarung

„einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar[stellt], da er ... bewirkt, [daß] die Elektrizitätseinfuhr durch private industrielle Verbraucher und die Stromausfuhr außerhalb des Rahmens der öffentlichen Versorgung durch Stromversorgungsunternehmen und private industrielle Verbraucher einschließlich solcher mit Elektrizitätseigenerzeugung [eingeschränkt wird]".

(...)

18 Die von den beschwerdeführenden Unternehmen gegen die Entscheidung von 1991 erhobene Klage ist vom Gericht erster Instanz mit Urteil vom 18. November 1992 in der Rechtssache T-16/91 (Rendo N. V u. a./Kommission, Slg. 1992, II-2417) abgewiesen worden. Das von den beschwerdeführenden Unternehmen gegen dieses Urteil eingelegte Rechtsmittel ist beim Gerichtshof anhängig (Rechtssache C-19/93 P, Rendo N. V u. a./Kommission).

19 Schon vor der Anrufung der Kommission hatten die lokalen Versorgungsunternehmen gemäß den Allgemeinen Bedingungen ein Schiedsverfahren mit dem Ziel in Gang gesetzt, eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des von der IJM erhobenen Ausgleichszuschlags zu erwirken.

(...)

Zur zweiten Frage

25 Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die Artikel 37 und/oder 85 und/oder 86 und/oder 90 EWG-Vertrag dem entgegenstehen, daß ein regionales Stromversorgungsunternehmen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel über die ausschließliche Abnah-

me verwendet, die es einem lokalen Versorgungsunternehmen verbietet, für die öffentliche Stromversorgung bestimmte Elektrizität zu importieren.

26 Zur Beantwortung dieser Frage ist zu prüfen, ob das für ein lokales Stromversorgungsunternehmen aufgrund eines mit dem regionalen Versorgungsunternehmen geschlossenen Vertrags bestehende Einfuhrverbot gegen die Artikel 37, 85 und 86 EWG-Vertrag verstößt und inwieweit Ausnahmen von den in diesen Bestimmungen vorgesehenen Verboten nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag zulässig sind.

Zu Artikel 37 EWG-Vertrag

27 Was zunächst den Anwendungsbereich dieses Artikels angeht, so folgt sowohl aus seiner Stellung innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte „Einfuhr" und „Ausfuhr" in Satz 2 des ersten Absatzes und der Worte „Waren" oder „Erzeugnisse" in den Absätzen 3 und 4, daß er den Handel mit Waren betrifft (siehe Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 10; Urteil vom 27. Oktober 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-46/90 und C-93/91, Lagauche und Evrard, Slg. 1993, I-5267, Randnr. 33).

28 Weder im Gemeinschaftsrecht noch auch in den nationalen Rechtssystemen wird bestritten, daß Elektrizität eine Ware im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag darstellt. So wird die Elektrizität im Rahmen des Zolltarifschemas als Ware angesehen (KN-Code 27.16). Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa/Enel, Slg. 1964, 1253) entschieden, daß die Elektrizität in den Anwendungsbereich des Artikels 37 EWG-Vertrag fallen kann.

29 Seinem Gegenstand nach bezieht sich Artikel 37 auf staatliche Handelsmonopole. Im Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87 (Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 13) hat der Gerichtshof entschieden, daß Artikel 37 einen Sachverhalt voraussetzt, in dem die staatlichen Behörden in der Lage sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn über eine zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung oder ein auf andere Rechtsträger übertragenes Monopol merklich zu beeinflussen.

30 Für den Fall, daß Verträge in einem solchen Rahmen geschlossen werden, hat der Gerichtshof entschieden, daß das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 85 ausgeschlossen ist, wenn die Auswirkung auf den Handel auf einem Konzessionsvertrag beruht, der zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und Unternehmen geschlossen worden ist, die mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden (Urteil Bodson, Randnr. 18, a. a. O.).

31 Der IJM ist keine ausschließliche Konzession erteilt worden, die ihr ein Monopol für die Stromversorgung im Konzessionsgebiet einräumte. Weiter wurden die Verträge, die dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit zugrunde liegen, nicht zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und der IJM, sondern zwischen einem regionalen Versorgungsunternehmen und lokalen Versorgungsunternehmen geschlossen. Außerdem legen diese Verträge die Bedingungen fest, unter denen die IJM den lokalen Versorgungsunternehmen Elektrizität liefert, und bewirken nicht, daß die dem regionalen Unternehmen erteilte Konzession für die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf diese Unternehmen übergeht. Die Lieferbedingungen, insbesondere die Klausel über die ausschließliche Abnahme, haben ihre Grundlage in der Vereinbarung der Parteien und sind kein Bestandteil der der IJM vom Staat erteilten Gebietskonzession.

32 Der Sachverhalt, der Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, fällt folglich nicht unter Artikel 37 EWG-Vertrag.

Zu den Artikeln 85, 86 und 90 Absatz 2 EWG-Vertrag

33 Nach ständiger Rechtsprechung ist das Verhalten eines Unternehmens im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag im Hinblick auf die Artikel 85, 86 und 90 Absatz 2 zu prüfen (siehe Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925).

Zu Artikel 85 EWG-Vertrag

34 Nach seinem Wortlaut gilt Artikel 85 EWG-Vertrag für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb einschränken und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

35 Was das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen angeht, so stützt sich das Stromversorgungssystem in den Niederlanden - wie die Kommission in der Entscheidung von 1991 festgestellt hat - auf eine Gesamtheit von vertragsrechtlichen Beziehungen zwischen Erzeugern, zwischen Erzeugern und regionalen Versorgungsunternehmen, zwischen regionalen und lokalen Versorgungsunternehmen und schließlich zwischen lokalen Versorgungsunternehmen und Endverbrauchern. Die Klausel über die ausschließliche Abnahme, die bei dem vorlegenden Gericht im Streit ist, findet sich in den Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Elektrizität durch ein regionales Versorgungsunternehmen an lokale Versorgungsunternehmen und stellt daher eine Klausel einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 85 EWG-Vertrag dar.

36 Eine Vereinbarung, die eine solche Klausel enthält, hat insoweit eine den Wettbewerb beschränkende Wirkung, als diese Klausel dem lokalen Versorgungsunternehmen verbietet, Strom bei anderen Lieferanten zu beziehen.

37 Um festzustellen, ob eine solche Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt, ist, wie der Gerichtshof in den Urteilen vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (Brasserie de Haecht, Slg. 1967, 544) und vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Delimitis, Slg. 1991, 1-935) entschieden hat, diese Vereinbarung in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu prüfen und eine kumulative Wirkung zu berücksichtigen, die sich gegebenenfalls aus dem Bestehen anderer Ausschließlichkeitsvereinbarungen ergibt.

38 In diesem Zusammenhang ergibt sich aus den Akten, daß die für die Beziehungen zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens geltenden Allgemeinen Bedingungen den Allgemeinen Musterbedingungen der Vereniging van Exploitanten van Electriciteitsbedrijven in Nederland entsprechen.

39 Die kumulierte Wirkung dieser vertraglichen Beziehungen ist insoweit zur Abschottung des nationalen Marktes geeignet, als diese bewirken, daß den in den Niederlanden niedergelassenen lokalen Versorgungsunternehmen verboten wird, bei Versorgungsunternehmen oder Erzeugern anderer Mitgliedstaaten Elektrizität zu beziehen.

Zu Artikel 86 EWG-Vertrag

40 Artikel 86 EWG-Vertrag verbietet mißbräuchliche Praktiken, die darin bestehen, daß ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben ausnutzen, sofern der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch diese Praktiken beeinträchtigt werden kann (Urteil Bodson, a. a. O., Randnr. 22).

41 Zwar hat ein Unternehmen, das wie die IJM Inhaber einer nicht ausschließlichen Konzession nur für einen Teil des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats ist, nicht ohne weiteres eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes inne. Anders verhält es sich aber dann, wenn dieses Unternehmen zu einer Unternehmensgruppe gehört, die eine kollektive beherrschende Stellung innehat.

42 Eine solche kollektive beherrschende Stellung setzt jedoch voraus, daß die Unternehmen der betreffenden Gruppe so eng miteinander verbunden sind, daß sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können (siehe Urteil Bodson, a. a. O.).

43 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Verbindungen zwischen den regionalen Stromversorgungsunternehmen in den Niederlanden so stark sind, daß sie zu einer kollektiven beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen.

44 Was die mißbräuchliche Praxis angeht, hat der Gerichtshof bereits entschieden, daß ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt und Abnehmer, sei es auch auf deren Wunsch, durch die Verpflichtung oder die Zusage an sich bindet, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich bei ihm zu beziehen, seine Stellung mißbräuchlich ausnutzt (siehe Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission Slg. 1979, 461, Randnr. 89, und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 Akzo/Kommission, Slg. 1991, 1-3359, Randnr. 149).

(...)

Zu Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag

46 Nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag können Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, insoweit nicht unter die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages fallen, als Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluß jeglichen Wettbewerbs von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich sind, um die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen (siehe Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14).

47 Was die Frage angeht, ob ein Unternehmen wie die IJM mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut ist, ist darauf hinzuweisen, daß ihr durch eine nichtausschließliche öffentlichrechtliche Konzession die Aufgabe übertragen worden ist, die Stromversorgung in einem Teil des Staatsgebiets sicherzustellen.

48 Ein solches Unternehmen hat die ununterbrochene Stromversorgung im gesamten Konzessionsgebiet für alle Abnehmer, lokale Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher, in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen sicherzustellen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen, die für alle Kunden gelten.

49 Beschränkungen des Wettbewerbs von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer sind zuzulassen, soweit sie erforderlich sind, um dem mit einer solchen Aufgabe von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe zu ermöglichen. Dabei sind die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u. a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die - insbesondere umweltrechtlichen - Vorschriften zu berücksichtigen, die es zu beachten hat.

50 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine Klausel über die ausschließliche Abnahme, die dem lokalen Versorgungsunternehmen die Einfuhr von Elektrizität verbietet, dafür erforderlich ist, daß das regionale Versorgungsunternehmen seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe wahrnehmen kann.

(...)

Rechtssache C-323/93 – Centre d'insémination de la Crespelle –, Urteil v. 5. Oktober 1994 (Slg. 1994, I-5077ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Künstliche Besamung von Rindern - Gebietsmonopol - Beherrschende Stellung - Durch nationale Vorschriften veranlaßter Mißbrauch - Nichtvorliegen - Zulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 86 und 90 Absatz 1)

2 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Mißbrauch - Mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattetes Unternehmen - Künstliche Besamung von Rindern - Belastung der Benutzer mit den durch die Lieferung von Samen aus anderen Mitgliedstaaten verursachten zusätzlichen Kosten - Beurteilungskriterien*
(EWG-Vertrag, Artikel 86)

(...)

1 Die Artikel 86 und 90 Absatz 1 EWG-Vertrag verwehren es einem Mitgliedstaat nicht, zugelassenen Rinderbesamungsstationen in einem abgegrenzten Gebiet bestimmte ausschließliche Rechte einzuräumen.

Die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag ist nämlich als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar. Ein Mitgliedstaat verstößt gegen die Verbote dieser beiden Bestimmungen nur dann, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ausschließ-

lichen Rechts seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt. Dies ist bei einer nationalen Vorschrift nicht der Fall, die den zugelassenen Stationen, die ein gesetzliches Monopol innehaben, lediglich gestattet, von den Viehzüchtern, die von ihnen die Lieferung von Samen aus anderen Produktionsstationen verlangen, die Übernahme der sich daraus ergebenden zusätzlichen Kosten zu fordern. Eine solche Vorschrift überläßt es nämlich zwar den Besamungsstationen, diese Kosten festzusetzen, sie veranlaßt sie aber nicht dazu, eine unverhältnismäßig hohe Kostenerstattung zu fordern und damit ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen.

2 Artikel 86 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß er es nicht ausschließt, daß Besamungsstationen, die allein innerhalb eines abgegrenzten Gebietes tätig werden dürfen, Benutzer, die von ihnen verlangen, daß sie Samen aus Produktionsstationen anderer Mitgliedstaaten liefern, mit zusätzlichen Kosten belasten, sofern diese Kosten den Besamungsstationen dadurch, daß sie dem Verlangen dieser Benutzer nachgekommen sind, tatsächlich entstanden sind.

(...)

Urteil

1 Die französische Cour de cassation (Kammer für Handelssachen) hat mit Urteil vom 15. Juni 1993, beim Gerichtshof eingegangen am 24. Juni 1993, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 5, 86 und 90 Absatz 1 sowie der Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag und nach der Auslegung der Richtlinien 77/504/EWG des Rates vom 25. Juli 1977 über reinrassige Zuchtrinder (ABl. L 206, S. 8) und 87/328/EWG des Rates vom 18. Juni 1987 über die Zulassung reinrassiger Zuchtrinder zur Zucht (ABl. L 167, S. 54) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle (Landwirtschaftliche Gesellschaft bürgerlichen Rechts Besamungsstation la Crespelle; im folgenden: Station Crespelle) und der Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne (Genossenschaft für Tierzucht und künstliche Besamung des Departements Mayenne; im folgenden: Genossenschaft Mayenne).

3 In Frankreich ist die künstliche Besamung von Tieren u.a. durch das Gesetz Nr. 66-1005 vom 28. Dezember 1966 über die Tierzucht (DORF 1966, S. 11619) geregelt. Nach Artikel 5 Absatz 1 dieses Gesetzes ist der Betrieb von Besamungsstationen genehmigungspflichtig. Diese Vorschrift unterscheidet zwischen Stationen, die mit der Samenproduktion betraut sind, und solchen, die die Besamung vornehmen, schließt aber nicht aus, daß ein und dieselbe Station beide Tätigkeitsarten gleichzeitig ausübt. Die Produktionstätigkeiten bestehen in der Haltung eines Bestandes an männlichen Zuchttieren, der Erprobung der Zuchttiere sowie in der Gewinnung, der Aufbereitung, der Aufbewahrung und der Abgabe des Samens. Die Besamungstätigkeiten bestehen in der Besamung von weiblichen Tieren oder deren Kontrolle, wenn die Besamung von dazu befugten Tierzüchtern vorgenommen wird.

4 Das Gesetz von 1966 sieht außerdem vor, daß jede Besamungsstation ein Gebiet versorgt, innerhalb dessen nur sie tätig werden darf (Artikel 5 Absatz 4). Wird ein solches Gebiet einer landwirtschaftlichen Genossenschaft zugewiesen, so ist diese verpflichtet, als Benutzer auch Viehzüchter zuzulassen, die nicht Mitglieder der Genossenschaft sind (Artikel 5 Absatz 6).

5 Nach demselben Gesetz werden die Besamungsstationen, die nicht gleichzeitig Produktionsstationen sind, normalerweise mit Zuchttieren oder Samen von der oder den Produktionsstationen beliefert, mit denen sie einen Belieferungsvertrag geschlossen haben. Die im Tätigkeitsbereich einer Besamungsstation niedergelassenen Tierzüchter können von dieser verlangen, daß sie ihnen Samen aus Samenproduktionsstationen ihrer Wahl liefert (Artikel 5 Absatz 5); die sich aus einer solchen Wahl ergebenden zusätzlichen Kosten gehen aber zu Lasten der Benutzer.

6 Im französischen Mutterland gibt es gegenwärtig 51 zugelassene Besamungsstationen und 23 zugelassene Produktionsstationen, von denen nur drei auch als Besamungsstationen zugelassen sind. Alle Besamungsstationen in Frankreich haben die Rechtsform von landwirtschaftlichen Genossenschaften. Auch sind alle mit Ausnahme von vier Stationen assoziierte Mitglieder der UNCEIA (Union nationale des coopératives agricoles d'élevage et d'insémination artificielle; nationaler Verband der landwirtschaftlichen Tierzucht- und Besamungsgenossenschaften), bei der es sich

um die einzige Körperschaft handelt, in der Produktions- und Besamungsstationen im gesamten französischen Hoheitsgebiet zusammengeschlossen sind. Der Beitritt zur UNCEIA begründet nach Artikel 7 ihrer Satzung für die Mitglieder die Verpflichtung, ausschließlich ihre Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Außerdem erläßt die Generalversammlung der UNCEIA nach Artikel 29 dieser Satzung Entscheidungen, die für alle Mitglieder, auch für diejenigen, die in der Versammlung nicht anwesend waren oder die der Entscheidung nicht zugestimmt haben, verbindlich sind.

7 Die Einfuhr von Rindersamen nach Frankreich ist durch die Verordnung des Landwirtschaftsministers vom 17. April 1969 über die Genehmigung für den Betrieb der Stationen für künstliche Besamung (DORF vom 30.4.1969, S. 4349) geregelt, die durch eine weitere Verordnung vom 24. Januar 1989 (DORF vom 31.1.1989, S. 1469) geändert worden ist. Nach Artikel 2 der letztgenannten Verordnung kann jeder Staatsangehörige eines Mitgliedstaats Samen frei einführen, sofern dieser aus vom Landwirtschaftsministerium ausgewählten Produktionsstationen stammt und Bullen entnommen ist, die die nach französischem und nach Gemeinschaftsrecht bestehenden tierzüchterischen und gesundheitlichen Voraussetzungen erfüllen. Schließlich sieht Artikel 2 vor, daß ein privater Wirtschaftsteilnehmer, der Samen aus einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft einführt, diesen Samen an eine zugelassene Besamungs- oder Produktionsstation zu liefern hat. Er kann in der gewählten Station ein Depot für eingeführten Samen einrichten.

8 Im Gemeinschaftsrecht bestimmen die Richtlinie 77/504 in Artikel 2 zweiter Gedankenstrich und die Richtlinie 87/328 in Artikel 2 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich, daß die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, daß der innergemeinschaftliche Handel mit Samen und befruchteten Eizellen von reinrassigen Zuchtrindern nicht aus tierzüchterischen Gründen verboten, beschränkt oder behindert wird. Nach Artikel 3 der erstgenannten Richtlinie sollte der Rat vor dem 1. Juli 1980 die gemeinschaftlichen Vorschriften für die Zulassung reinrassiger Zuchtrinder zur Zucht einschließlich der Verwendung ihres Samens festlegen, was durch die Richtlinie 87/328 geschehen ist.

9 Nach Artikel 4 der letztgenannten Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, daß der für den gemeinschaftlichen Handel bestimmte Samen in einem amtlich anerkannten Zentrum für künstliche Besamung gewonnen, behandelt und aufbewahrt wird. Nach der vierten und der siebten Begründungserwägung dieser Richtlinie reicht die Vorschrift, daß der Samen aus amtlich anerkannten Zentren für künstliche Besamung der anderen Mitgliedstaaten stammen muss, aus, um eine Verschlechterung der genetischen Eigenschaften zu vermeiden.

10 Diese Regelung ist durch die Richtlinie 91/174/EWG des Rates vom 25. März 1991 über züchterische und genealogische Bedingungen für die Vermarktung reinrassiger Tiere und zur Änderung der Richtlinien 77/504/EWG und 90/425/EWG (ABI. L 85, S. 37) ergänzt worden.

11 Schließlich legt die Richtlinie 88/407/EWG des Rates vom 14. Juni 1988 zur Festlegung der tierseuchenrechtlichen Anforderungen an den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit gefrorenem Samen von Rindern und an dessen Einfuhr (ABI. L 194, S. 10) in Artikel 3 die gesundheitlichen Voraussetzungen fest, denen die zum innergemeinschaftlichen Handel zugelassenen Samenmengen entsprechen müssen. Diese Richtlinie ist durch die Richtlinie 90/425/EWG des Rates vom 26. Juni 1990 zur Regelung der veterinärrechtlichen und tierzüchterischen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel mit lebenden Tieren und Erzeugnissen im Hinblick auf den Binnenmarkt (ABI. L 224, S. 29) geändert worden.

12 Aus den Akten geht hervor, daß die Station Crespelle seit 1961 in einem Teil des Departements Mayenne Rindersamen lagert und zur Besamung verwendet. Die Genossenschaft Mayenne, die seit 1970 in diesem Gebiet ausschließliche Rechte besitzt, verklagte die Station wegen Verletzung dieser Rechte beim Tribunal de grande instance Rennes. Dieses Gericht hat die Station mit Urteil vom 25. Juni 1991 verurteilt. Nachdem dieses Urteil von der Cour d'appel Rennes bestätigt worden war, hat die Station Kassationsbeschwerde erhoben und geltend gemacht, das französische System des Betriebs von Besamungsstationen verstoße gegen einige Vorschriften des Vertrages.

(...)

Zur ersten Frage

14 Mit der ersten Frage wirft das vorlegende Gericht im Kern zwei verschiedene Probleme auf. Zunächst fragt es sich, ob die Artikel 5, 86 und 90 Absatz 1 EWG-Vertrag dahin auszulegen sind, daß

sie einem Mitgliedstaat nicht verwehren, zugelassenen Rinderbesamungsstationen in einem abgegrenzten Gebiet ausschließliche Rechte einzuräumen. Sodann möchte das Gericht wissen, ob diese Bestimmungen es ausschließen, daß, wenn Tierzüchter im Gebiet der ausschließlichen Zuständigkeit einer zugelassenen Station von dieser verlangen, daß sie ihnen aus einer Produktionsstation ihrer Wahl stammenden Samen liefert, die Station den Tierzüchtern die zusätzlichen Kosten in Rechnung stellt, die diese Wahl nach sich ziehen kann.

Zum ersten Teil der ersten Frage

15 Was die betroffenen Vertragsbestimmungen angeht, ist zunächst festzustellen, daß Artikel 5 die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen loyal zu erfüllen. Nach ständiger Rechtsprechung kann diese Vorschrift jedoch dann nicht selbständig angewendet werden, wenn die betreffende Fallgestaltung durch eine spezifische Vorschrift des EWG-Vertrags geregelt ist, wie es in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist (Urteil vom 11. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90, Compagnie commerciale de l'Ouest u. a., Slg. 1992, 1-1847, Randnr. 19). Die Frage ist folglich anhand der Artikel 90 Absatz 1 und 86 EWG-Vertrag zu prüfen.

(...)

17 Im vorliegenden Fall sind den Besamungsstationen durch die nationalen Rechtsvorschriften, wonach ihr Betrieb genehmigungspflichtig ist und jede Station ein bestimmtes Gebiet ausschließlich versorgt, ausschließliche Rechte eingeräumt worden. Diese nationalen Vorschriften schaffen dadurch, daß sie zugunsten dieser Unternehmen Monopole nebeneinander stellen, die territorial begrenzt sind, in ihrer Gesamtheit aber das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erfassen, eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

18 Die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 ist als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar. Ein Mitgliedstaat verstößt nämlich gegen die Verbote dieser beiden Bestimmungen nur dann, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt (Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, S1g. 1991, I-1979, Randnr. 29, und - zuletzt - vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 17).

19 Im vorliegenden Fall besteht der angebliche Mißbrauch in der Berechnung überhöhter Preise durch die Besamungsstationen.

20 Es ist daher zu prüfen, ob diese Praxis, die den angeblichen Mißbrauch darstellt, eine unmittelbare Folge des Gesetzes ist. Dabei ist festzustellen, daß das Gesetz den Besamungsstationen lediglich gestattet, von den Viehzüchtern, die von ihnen die Lieferung von Samen aus anderen Produktionsstationen verlangen, die Übernahme der sich aus dieser Wahl ergebenden zusätzlichen Kosten zu fordern.

21 Eine solche Vorschrift überläßt es zwar den Besamungsstationen, diese Kosten festzusetzen, sie veranlaßt sie aber nicht dazu, eine unverhältnismäßig hohe Kostenerstattung zu fordern und damit ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen.

(...)

Zum zweiten Teil der ersten Frage

23 Auf diesen Teil der Frage ist folglich zu antworten, daß die Artikel 90 Absatz 1 und 86 EWG-Vertrag es einem Mitgliedstaat nicht verwehren, zugelassenen Rinderbesamungsstationen in einem abgegrenzten Gebiet bestimmte ausschließliche Rechte einzuräumen.

24 Artikel 86 verbietet aber, daß die Stationen bei der selbständigen Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen.

25 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, liegt eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vor, wenn ein Unternehmen, das ein hoheitliches Monopol innehat, für seine

Dienstleistungen Gebühren erhebt, die außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen (Urteile vom 13. November 1975 in der Rechtssache 26/75, General Motors, Slg. 1975, 1367, Randnr. 12, und vom 11. November 1986 in der Rechtssache 226/84, British Leyland, Slg. 1986, 3263, Randnr. 27).

26 Ebenso würden die zugelassenen Stationen ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen, wenn sie die Benutzer mit Kosten belasteten, die höher sind als die zusätzlichen Kosten, die ihnen tatsächlich dadurch entstanden sind, daß sie den aus einem anderen Mitgliedstaat auf Verlangen eines Benutzers eingeführten Samen beschafft und bis zur Besamung aufbewahrt haben.

(...)

Rechtssache C-387/93 – Banchero –, Urteil v. 14. Dezember 1995 (Slg. 1995, I-4663ff.)

Leitsätze des Urteils

(...)

2 *Staatliche Handelsmonopole - Artikel 37 des Vertrages - Anwendungsbereich - Nationales System für den Vertrieb von Tabakwaren*
(EWG-Vertrag, Artikel 37)

3 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Nationales System für den Vertrieb von Tabakwaren, durch das die Modalitäten des Einzelhandels in nicht diskriminierender Weise geregelt werden - Unanwendbarkeit von Artikel 30 des Vertrages*
(EWG-Vertrag, Artikel 30)

4 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Nationales System für den Vertrieb von Tabakwaren - Betrauung eines mit ausschließlichen Rechten ausgestatteten Unternehmens mit der Erteilung der Betriebsgenehmigungen für Einzelhändler - Beherrschende Stellung - Keine mißbräuchliche Ausnutzung - Zulässigkeit*
(EWG-Vertrag, Artikel 5, 86 und 90 Absatz 1)

(...)

2 Artikel 37 des Vertrages ist für nationale Rechtsvorschriften irrelevant, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren staatlich zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist, wenn der Staat nicht so in die Führung der Tabakläden eingreift, daß die Wahl der Bezugsquellen durch die Einzelhändler kontrolliert und beeinflußt wird, entweder um den von dem staatlichen Tabakmonopol hergestellten Tabakwaren einen Absatzmarkt zu sichern oder um bestimmte Einfuhrströme aus anderen Mitgliedstaaten zu begünstigen oder abzublocken. Artikel 37 gilt nämlich nicht für nationale Bestimmungen, die nicht die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts eines öffentlichen Monopols betreffen, sondern allgemein die Herstellung und Vermarktung von Waren, unabhängig davon, ob sie unter dieses Monopol fallen.

3 Nationale Rechtsvorschriften, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren jeder Herkunft zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist, die aber dadurch den Zugang von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zum inländischen Markt nicht behindern oder nicht stärker erschweren als den Zugang einheimischer Erzeugnisse zum Vertriebsnetz, fallen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 des Vertrages, wenn sie sich nicht auf die Merkmale der Erzeugnisse beziehen, sondern nur die Modalitäten des Einzelhandels mit ihnen betreffen, und wenn die Verpflichtung, sich eines Netzes zugelassener Einzelhändler zu bedienen, unabhängig vom Ursprung der Erzeugnisse gilt und den Absatz der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise berührt als den der inländischen Erzeugnisse.

4 Die Artikel 5, 90 und 86 des Vertrages stehen nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren staatlich zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist, wenn das mit ausschließlichen Rechten ausgestattete Unternehmen, das den Einzelhändlern die Betriebsgenehmigungen erteilt, die beherrschende Stellung, die es auf dem Markt für den Ver-

trieb der fraglichen Erzeugnisse möglicherweise besitzt, nicht mißbräuchlich - insbesondere zum Nachteil der Verbraucher - ausnutzt. Die bloße Tatsache, daß ein Mitgliedstaat durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages eine beherrschende Stellung schafft, ist nämlich als solche nicht mit Artikel 86 unvereinbar. Gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote wird nur dann verstoßen, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts veranlaßt wird, seine beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen.

Die zugelassenen Einzelhändler können im übrigen nicht als Unternehmen angesehen werden, denen Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 zustehen, und es kann erst recht nicht davon ausgegangen werden, daß die fraglichen Rechtsvorschriften dadurch, daß sie zugunsten dieser Einzelhändler territorial begrenzte Monopole nebeneinanderstellen, im betreffenden Hoheitsgebiet eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages schaffen, wenn die Einzelhändler gemeinsam den Bedarf der Verbraucher befriedigen, ohne daß einige gegenüber den anderen über besondere Vorteile verfügen.

(...)

Urteil

1 Die Pretura circondariale Genua hat mit Beschluß vom 30. Juli 1993, beim Gerichtshof eingegangen am 11. August 1993, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 und 95 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Strafverfahren, das die italienischen Behörden gegen Herrn Banchero wegen unrechtmäßigen Besitzes von Tabakwaren ausländischen Ursprungs eingeleitet haben.

3 Den Verfahrensakten ist zu entnehmen, daß seit dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 724 vom 10. Dezember 1975 mit Bestimmungen über die Einfuhr und die Vermarktung von Tabakwaren und Änderungen der Vorschriften über den Schmuggel ausländischen Tabaks, durch das Artikel 341 des durch Dekret Nr. 43 des Präsidenten der Republik vom 23. Januar 1973 erlassenen Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (Zollgesetzbuch) geändert wurde, das Delikt des Schmuggels von Tabak ausländischen Ursprungs ausschließlich unter die durch dieses Dekret festgelegten strafrechtlichen Bestimmungen des italienischen Zollrechts fällt.

4 Nach Artikel 25 Absatz 2 des genannten Dekretes muß der Besitzer zollpflichtiger ausländischer Waren ihre rechtmäßige Herkunft nachweisen. Wenn er sich weigert oder nicht in der Lage ist, diesen Nachweis zu führen, oder wenn die von ihm gelieferten Beweise nicht glaubhaft sind, wird er des Schmuggels beschuldigt, sofern er sich nicht aufgrund einer anderen von ihm begangenen Straftat im Besitz der Ware befindet.

(...)

6 Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß gegen Herrn Banchero Anzeige erstattet wurde wegen des Besitzes von Zigarettenpackungen mit einem Inhalt von 2,320 kg Tabakwaren aus anderen Mitgliedstaaten, die nicht die Marke des italienischen Staates trugen, mit der die Zahlung der Zölle bestätigt wird, und deren rechtmäßige Herkunft Herr Banchero nicht nachweisen konnte. In dem Beschluß heißt es weiter, daß Herr Banchero wegen Nichtzahlung der „Grenzzusatzabgabe" verfolgt werde, die ebenso hoch sei wie die Verbrauchsteuer auf einheimische Erzeugnisse.

7 Gegen Herrn Banchero wurde außerdem wegen Nichtzahlung der Mehrwertsteuer vorgegangen; doch wurde nach den Angaben im Vorlagebeschluß dieses Verfahren eingestellt. Nach wie vor wird Herr Banchero des Schmuggels im Sinne der Artikel 282 Buchstabe f und 341 des Dekrets Nr. 43 des Präsidenten der Republik beschuldigt.

8 Vor dem nationalen Gericht bezweifelte Herr Banchero die Vereinbarkeit des italienischen Tabakwarenmonopols und einiger für die Einfuhr von Tabakwaren aus anderen Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht.

9 Durch Beschluß vom 14. März 1992 setzte der Pretore von Genua das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages Fragen nach der Auslegung der Artikel 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 und 95 des Vertrages und der Artikel 2, 4 Absatz 1 und 6 Absatz 2 der Richtlinie 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1) zur Vorabentscheidung vor.

(...)

Zur ersten Frage

25 Das vorlegende Gericht fragt nach der Vereinbarkeit eines Systems für den Vertrieb von Tabakwaren, wie es in den italienischen Rechtsvorschriften geregelt ist, mit Artikel 30 und Artikel 37 des Vertrages.

Zu Artikel 37 des Vertrages

26 Wie seinem Wortlaut zu entnehmen ist, setzt Artikel 37 Absatz 1 Untersatz 2, der eine spezielle Bestimmung für die staatlichen Handelsmonopole ist, einen Sachverhalt voraus, bei dem die staatlichen Behörden in der Lage sind, den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn mit Hilfe einer zu diesem Zweck geschaffenen Einrichtung oder eines auf andere Rechtsträger übertragenen Monopols merklich zu beeinflussen (Urteile vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 13, und vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92, Almelo u.a., Slg. 1994, I-1477, Randnr. 29).

27 Denn wie der Gerichtshof insbesondere in seinen Urteilen vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 59/75 (Manghera u.a., Slg. 1976, 91), vom 13. März 1979 in der Rechtssache 91/78 (Hansen, Slg. 1979, 935) und vom 7. Juni 1983 in der Rechtssache 78/82 (Kommission/Italien, Slg. 1983, 1955) ausgeführt hat, verlangt Artikel 37 des Vertrages nicht die völlige Abschaffung der staatlichen Handelsmonopole, sondern schreibt vor, sie in der Weise umzuformen, daß jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Sowohl aus dem Wortlaut von Artikel 37 als auch aus seiner Stellung im System des Vertrages ergibt sich, daß dieser Artikel die Einhaltung der Grundregel des freien Warenverkehrs innerhalb des gesamten Gemeinsamen Marktes insbesondere durch die Abschaffung der mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gewährleisten und auf diese Weise normale Wettbewerbsbedingungen zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten für den Fall aufrechterhalten soll, daß ein bestimmtes Erzeugnis in dem einen oder anderen dieser Staaten einem staatlichen Handelsmonopol unterliegt.

28 Zunächst ist daran zu erinnern, daß sich die Fragen des vorlegenden Gerichts nur nebenbei auf die Herstellung und die Einfuhr von Tabakwaren in Italien beziehen.

29 Ferner gilt Artikel 37 nicht für nationale Bestimmungen, die nicht die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts eines öffentlichen Monopols betreffen, sondern allgemein die Herstellung und Vermarktung von Waren, unabhängig davon, ob sie unter dieses Monopol fallen (Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78, Rewe-Zentrale, „Cassis de Dijon", Slg. 1979, 649, Randnr. 7). Speziell für ein Vertriebssystem, wie es Gegenstand der Vorlagefragen ist, könnte nur dann etwas anderes gelten, wenn sich zeigen sollte, daß die fraglichen Bestimmungen den nationalen Behörden gestatten, in die Wahl der Bezugsquellen durch die Einzelhändler einzugreifen

30 Hierzu ist festzustellen, daß nach den italienischen Rechtsvorschriften der Einzelhandel mit Tabakwaren ausschließlich denjenigen vorbehalten ist, denen die Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS) eine Konzession oder eine Genehmigung erteilt hat. Zu diesem Punkt ist den Akten nicht zu entnehmen, daß diese Rechtsvorschriften den nationalen Behörden gestatten, über die AAMS so in die Führung der Tabakläden einzugreifen, daß die Wahl der Bezugsquellen durch die Einzelhändler kontrolliert oder beeinflußt wird, entweder um den von dem Monopol hergestellten Tabakwaren einen Absatzmarkt zu sichern (vgl. zu einem gegenteiligen Fall Urteil vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88, Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747, Randnrn. 43 und 44) oder um bestimmte Einfuhrströme aus anderen Mitgliedstaaten zu begünstigen oder abzublocken. Die italienische Regierung hat im übrigen auf eine Frage des Gerichts-

hofes klargestellt, daß die Einzelhändler ihre Bezugsquellen entsprechend der Nachfrage auf dem Markt frei wählen könnten.

31 Auf den ersten Teil der ersten Frage ist daher zu antworten, daß Artikel 37 des Vertrages für nationale Rechtsvorschriften wie die italienischen irrelevant ist, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren staatlich zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist, wenn der Staat nicht in die Wahl der Bezugsquellen durch ein Einzelhändler eingreift.

Zu Artikel 30 des Vertrages

32 Gemäß Artikel 30 sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

33 Nach ständiger Rechtsprechung stellt jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Daßonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

34 Wie der Gerichtshof im Urteil vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, Randnr. 16) entschieden hat, ist die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten jedoch nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Daßonville unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

35 Im vorliegenden Fall erfüllen die streitigen Rechtsvorschriften die genannten Voraussetzungen, da sie den Einzelhandel mit Tabakwaren den zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten.

36 Diese Rechtsvorschriften beziehen sich nicht auf die Merkmale der Erzeugnisse, sondern betreffen nur die Modalitäten des Einzelhandels mit Tabakwaren, denn sie verbieten deren Verkauf an den Verbraucher außerhalb der zugelassenen Läden. Der Umstand, daß sie für bestimmte Erzeugnisse - die Tabakwaren - gelten und nicht für den Einzelhandel allgemein, kann an dieser Beurteilung nichts ändern (in diesem Sinne auch Urteile vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92, Hünermund u.a., Slg. 1993, I-6787, und vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache C-391/92, Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-1621)

37 Außerdem gilt die Verpflichtung, die allen Wirtschaftsteilnehmern auferlegt ist, ihre Erzeugnisse von den zugelassenen Einzelhändlern vertreiben zu lassen, unabhängig vom Ursprung der fraglichen Erzeugnisse und berührt den Absatz der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise als den der inländischen Erzeugnisse.

38 Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, daß in Anbetracht der Verteilung der Tabakläden über das italienische Hoheitsgebiet, ihrer Öffnungszeiten und ihrer funktionellen Mängel, wie z.B. der unzureichenden Versorgung bestimmter Läden mit Zigarettenmarken, die vom Verbraucher seltener verlangt würden, oder der gelegentlichen Unterbrechung der Versorgung aufgrund von Streiks, das System zugelassener Tabakläden entgegen Artikel 30 des Vertrages zu Beschränkungen des Handelsverkehrs führe.

39 Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, daß die Zahl der Genehmigungen zum Betrieb der Läden so gering ist, daß eine ausreichende Versorgung der Verbraucher mit einheimischen oder importierten Tabakwaren gefährdet wäre. Die italienische Regierung hat auf eine Frage des Gerichtshofes ausgeführt, daß die streitigen Rechtsvorschriften geeignet seien, eine optimale geographische Verteilung der Einzelhändler sicherzustellen, wenn man insbesondere Erwägungen der Raumordnung und dem Bestreben Rechnung trage, die Läden kundennah anzusiedeln.

40 Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, daß die Unzulänglichkeiten, die dem Einzelhandelsnetz anhaften mögen, den Verkauf von Tabakwaren aus anderen Mitgliedstaaten nicht stärker beeinträchtigen als den Verkauf der im Inland hergestellten Tabakwaren.

41 Die Kommission macht unter Bezugnahme auf die Urteile vom 21. März 1991 in den Rechtssachen C-369/88 (Delattre, Slg. 1991, I-1487) und C-60/89 (Monteil und Samanni, Slg. 1991, I-1547) geltend, eine Regelung des Tabakeinzelhandels wie die italienische sei dadurch, daß sie die Tabakverkäufe in eine bestimmte Richtung lenke, geeignet, die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Erzeugnisse zu beeinträchtigen, und könne unter diesen Umständen eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 des Vertrages darstellen. Die AAMS halte nämlich das Vertriebsnetz unter ihrer Kontrolle, und diese „zentrale Lenkung" werde überdies durch das faktische Monopol verstärkt, das die Behörde für den gesamten Tabakgroßhandel in Italien besitze.

42 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß das italienische Tabakmonopol, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen selbst ausgeführt hat, in der Weise umgestaltet worden ist, daß die AAMS die unmittelbare Führung der Tabakläden aufgibt und daß für die zugelassenen Einzelhändler der unmittelbare Zugang zu den Großhändlern gewährleistet ist. Die Kommission hat ferner vorgetragen, daß in den bei ihr eingegangenen Beschwerden von diskriminierenden Verhaltensweisen des Monopols gegenüber Herstellern aus dem Gemeinschaft keine Rede gewesen sei. Schließlich hat, wie der Gerichtshof bereits in Randnummer 30 des vorliegenden Urteils ausgeführt hat, die italienische Regierung erklärt, daß die Einzelhändler über die Versorgung ihrer Läden entsprechend der Marktlage frei entscheiden könnten. Die Kommission hat dieses Vorbringen nicht angezweifelt.

Die Tatsache, daß es die Tabakwarenhersteller der anderen Mitgliedstaaten vorgezogen haben, auf die Lager der AAMS zurückzugreifen, statt ihre eigenen Großhandelslager einzurichten, was Artikel 1 des Gesetzes Nr. 724 vom 10. Dezember 1975 gestattet, läßt nicht den Schluß zu, daß die italienischen Rechtsvorschriften die Verkäufe von Tabakwaren in eine bestimmte Richtung lenken und eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen können. Die Entscheidung dieser Wirtschaftsteilnehmer kann nämlich aus individuellen Erwägungen gerechtfertigt sein, insbesondere aus solchen der Kosteneinsparung beim Großhandelsvertrieb von Tabakwaren.

43 Nach alledem fallen nationale Rechtsvorschriften wie die italienischen, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren jeder Herkunft zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist, die aber dadurch den Zugang von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zum inländischen Markt nicht behindern oder nicht stärker erschweren als den Zugang einheimischer Erzeugnisse zum Vertriebsnetz, nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 des Vertrages.

Zur dritten Frage

45 Das nationale Gericht legt dem Gerichtshof die Frage vor, ob die Artikel 5, 90 und 86 des Vertrages nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die den Einzelhandel mit Tabakwaren staatlich zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten. Das Gericht möchte insbesondere wissen, ob ein so ausgestaltetes Vertriebssystem, mit dessen Kontrolle ein Unternehmen betraut ist, das ein Verkaufsmonopol für diese Erzeugnisse besitzt, nicht zur Entstehung eines Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b führt, der es den Unternehmen verbietet, die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher einzuschränken.

46 Zu den Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 des Vertrages loyal zu erfüllen haben, gehört tatsächlich diejenige des Artikels 90 Absatz 1, wonach die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 7, nunmehr Artikel 6 EG-Vertrag, und 85 bis 94 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen.

47 Zunächst ist festzustellen, daß die AAMS, anders als der Wortlaut der Frage des vorlegenden Gerichts vermuten lassen könnte, keine ausschließlichen Rechte für den Vertrieb aller Tabakwaren unabhängig von ihrer Herkunft besitzt.

48 Artikel 1 des Gesetzes Nr. 724 vom 10. Dezember 1975, durch den das italienische Tabakmonopol umgeformt wurde, erlaubt nämlich die Aufnahme von Tabakwaren aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, die einen bedeutenden Marktanteil darstellen, in Großhandelslager, die nicht

der AAMS gehören. Diese Bestimmung ermächtigt die Hersteller dieser Tabakwaren somit, ihre eigenen Großhandelslager zu errichten und dadurch unmittelbar den Vertrieb ihrer Erzeugnisse bei den Einzelhändlern sicherzustellen.

49 Überdies stellt sich, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, die Tätigkeit der AAMS auf der Einzelhandelsstufe, die im wesentlichen in der Genehmigung der Eröffnung von Tabakläden und der Kontrolle ihrer Zahl und Verteilung über das italienische Hoheitsgebiet besteht, als Ausübung einer hoheitlichen Befugnis und nicht als eine wirtschaftliche Tätigkeit im eigentlichen Sinne dar. Im übrigen wurden die unmittelbar vom Monopol durchgeführten staatlichen Tabakläden unstreitig im Jahr 1983 geschlossen, und die AAMS nimmt offenbar nicht an der eigentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Einzelhändler teil (siehe oben, Randnrn. 30 und 42).

50 Kommen zu der Lagerung, die die AAMS praktisch für alle Tabakwaren betreibt, die Wirkungen sowohl der ausschließlichen Rechte, die sie bei inländischen Tabakwaren im Bereich der Herstellung und des Großhandels weiterhin besitzt, als auch der ihr auf der Einzelhandelsstufe übertragenen hoheitlichen Befugnis hinzu, so kann sich daraus für diese Unternehmen zwar eine beherrschende Stellung auf dem Markt für den Vertrieb von Tabakwaren ergeben.

51 Doch ist jedenfalls daran zu erinnern, daß die bloße Tatsache der Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages als solche nicht mit Artikel 86 unvereinbar ist. Ein Mitgliedstaat verstößt nämlich nur dann gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts veranlaßt wird, seine beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen (vgl. Urteile vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 17, und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Slg. 1994, I-5077, Randnr. 18).

52 Wie in Randnummer 43 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, kann der Umstand, daß es die Tabakwarenhersteller der anderen Mitgliedstaaten vorgezogen haben, auf die Lager der AAMS zurückzugreifen, statt ihre eigenen Lager einzurichten, mit individuellen Erwägungen dieser Wirtschaftsteilnehmer zu erklären sein. Dieser Umstand läßt nicht den Schluß zu, daß die italienischen Rechtsvorschriften, die gerade deshalb geändert wurden, um die Öffnung des Großhandels mit Tabakwaren aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zu erlauben, die AAMS veranlassen, die Verkäufe von Tabakwaren in eine bestimmte Richtung zu lenken und dadurch die beherrschende Stellung, über die sie auf dem Vertriebsmarkt verfügt, mißbräuchlich auszunutzen.

53 Den Akten ist auch nicht zu entnehmen, daß das durch diese Rechtsvorschriften geschaffene Vertriebssystem für den Einzelhandel mit Tabakwaren dadurch, daß es der AAMS die Erteilung der Genehmigungen für den Betrieb der Läden vorbehält, zu einer für die Interessen der Verbraucher schädlichen Situation im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b des Vertrages führt. Jedenfalls kann insbesondere im Hinblick auf die bereits in Randnummer 39 des vorliegenden Urteils genannten Gesichtspunkte nicht behauptet werden, daß dieses System offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage der Verbraucher zu befriedigen (vgl. a contrario Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 31).

54 Hinsichtlich der Einzelhändler ist darauf hinzuweisen, daß diese Wirtschaftsteilnehmer selbst über kein ausschließliches oder besonderes Vertriebsrecht am Ort ihrer Niederlassung verfügen. Die streitigen Rechtsvorschriften regeln nämlich lediglich ihren Zugang zum Einzelhandelsmarkt für Tabakwaren. Die zugelassenen Einzelhändler befriedigen somit gemeinsam den Bedarf der Verbraucher an Tabak und Zigaretten, wobei kein Laden über einen besonderen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verfügt. Sie können daher nicht als Unternehmen angesehen werden, denen Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages zustehen.

55 Erst recht kann nicht davon ausgegangen werden, daß die italienischen Rechtsvorschriften dadurch, daß sie zugunsten der zugelassenen Einzelhändler territorial begrenzte Monopole nebeneinanderstellen, im italienischen Hoheitsgebiet eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages schaffen (vgl. hierzu Urteil Centre d'insémination de la Crespelle, a.a.O., Randnr. 17).

56 Folglich stehen die Artikel 5, 90 und 86 nationalen Rechtsvorschriften wie den italienischen nicht entgegen, nach denen der Einzelhandel mit Tabakwaren staatlich zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten ist.

(...)

Rechtssache C-159/94 – EDF/GDF –, Urteil v. 23. Oktober 1997 (Slg. 1997, I-5815ff.)

Leitsätze des Urteils

Staatliche Handelsmonopole - Ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität und Gas - Unzulässigkeit - Rechtfertigung - Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages - Anwendbarkeit - Verleihung ausschließlicher Rechte in Frankreich
(EG-Vertrag, Artikel 37, 90 und 169)

Es verstößt gegen Artikel 37 des Vertrages, wenn ein Mitgliedstaat sich ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität und Gas vorbehält und sie öffentlichen Einrichtungen verleiht, da die ausschließlichen Einfuhrrechte geeignet sind, die Absatzbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verkäufer anderer Mitgliedstaaten unmittelbar zu beeinträchtigen, und die ausschließlichen Ausfuhrrechte die Versorgungsbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verbraucher anderer Mitgliedstaaten beeinträchtigen, wobei beide damit die Exporteure bzw. Importeure in anderen Mitgliedstaaten diskriminieren.

Aus Artikel 90 Absatz 1 und Absatz 2 des Vertrages folgt jedoch, daß ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 90 Absatz 2 berufen kann, um einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, insbesondere gegen Artikel 37 des Vertrages verstoßende ausschließliche Rechte zu übertragen, soweit die Erfüllung der diesem übertragenen besonderen Aufgaben nur durch die Einräumung solcher Rechte gesichert werden kann und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Die Vorschriften des Vertrages sind daher bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, daß das Überleben des Unternehmens bedroht ist.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Französische Republik hinreichend nachgewiesen hat, daß die fraglichen ausschließlichen Rechte erforderlich sind, um ihrem Inhaber die Erfüllung der besonderen Aufgabe zu ermöglichen, mit der er betraut ist. Dem Mitgliedstaat, der sich auf Artikel 90 Absatz 2 beruft, obliegt der Nachweis, daß dessen Tatbestand erfüllt ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht soweit, daß die Französische Republik, die eingehend dargelegt hat, aus welchen Gründen in seinen Augen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen es ein Unternehmen betraut hat, zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen gefährdet wäre, darüber hinaus noch positiv belegen müßte, daß keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaubte, die Erfüllung dieser Aufgaben zu solchen Bedingungen sicherzustellen.

Soweit sich die Kommission, der es obliegt, den Nachweis für das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung zu führen und dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte für die entsprechende Prüfung zu liefern, sich im wesentlichen auf rechtliche Erwägungen dazu beschränkt, daß die vom Mitgliedstaat vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für die Beibehaltung der ausschließlichen Rechte zurückzuweisen seien, kann der Gerichtshof nur die Begründetheit des rechtlichen Vorbringens der Kommission überprüfen. Es ist nicht seine Aufgabe, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität und Gas in seinem Gebiet, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen.

Es stellt sich weiter die Frage, ob die fraglichen ausschließlichen Rechte die Entwicklung des Handels in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Es obliegt der Kommission, im Rahmen des Nachweises der behaupteten Vertragsverletzung unter der Kontrolle des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist, und aufzuzeigen, wie in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftspolitik eine Entwicklung des unmittelbaren Austausches zwischen Erzeugern und Verbrauchern neben dem Austausch zwischen den großen Netzen namentlich ohne ein Zugangsrecht der Erzeuger und Verbraucher zu den Fortleitungs- und Abgabenetzen möglich wäre.

(...)

Urteil:

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 14. Juni 1994 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 169 EG-Vertrag Klage auf Feststellung erhoben, daß die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag verstoßen hat, daß sie ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Gas und Elektrizität geschaffen hat.

2 In Frankreich bestimmt Artikel 1 des Gesetzes Nr. 46-628 vom 8. April 1946 über die Verstaatlichung von Elektrizität und Gas (JORF vom 9. April 1946; nachfolgend: Verstaatlichungsgesetz) folgendes:

Ab Verkündung dieses Gesetzes sind
1. die Erzeugung, die Fortleitung, die Abgabe, die Einfuhr und die Ausfuhr von Elektrizität;
2. die Erzeugung, die Fortleitung, die Abgabe, die Einfuhr und die Ausfuhr von Brenngas verstaatlicht.

3 Nach den Artikel 2 und 3 des Verstaatlichungsgesetzes werden die verstaatlichten Elektrizitäts- und Gasunternehmen von öffentlichen Einrichtungen gewerblichen Charakters geführt, nämlich der Électricité de France (EDF), Service National und der Gaz de France (GDF); Service National.

4 Aus dem Verstaatlichungsgesetz ebenso wie aus den Akten ergibt sich, daß die Verstaatlichung des Elektrizitäts- und des Gassektors nicht dazu führte, daß die EDF und die GDF für sämtliche in Artikel 1 des Verstaatlichungsgesetzes aufgeführten Funktionen die einzigen Betreiber gewesen wären. Anders verhält es sich jedoch bei den Ein- und Ausfuhren.

5 Auf dem Elektrizitätssektor gilt das gleiche für die Fortleitung, die die EDF aufgrund einer am 27. November 1958 für 75 Jahre mit dem französischen Staat geschlossenen Konzessionsvereinbarung ausschließlich leistet. Nach Artikel 8 des Verstaatlichungsgesetzes sind jedoch bestimmte Unternehmen oder Einrichtungen der Elektrizitätserzeugung von der Verstaatlichung ausgenommen. So wurden 1993 von einer Gesamtelektrizitätserzeugung in Frankreich von 450,6 TWh (Terawattstunden) 26,8 TWh von Betrieben erzeugt, die nicht von der EFG oder unter ihrer Aufsicht betrieben wurden. Ebenso wurden gemäß Artikel 23 des Verstaatlichungsgesetzes die Versorgungsdienste der Gemeinden, die zur Zeit der Verstaatlichung bestanden, aufrechterhalten; nach den Akten stellen sie ungefähr 6 % der in Frankreich verbrauchten Energie bereit.

6 Auf dem Gassektor ist die Fortleitung im Hochdrucknetz, das für die Belieferung der Verteiler und der direkt belieferten Industrieunternehmen verwendet wird, Gegenstand staatlicher, für 30 Jahre erteilter Konzessionen. Hauptkonzessionsunternehmer ist die GDF, aber es gibt auch zwei andere Konzessionsnehmer, von denen der eine 12 Departements versorgt und der andere ein eigenes Netzt betreibt. Die Versorgung der Endverbraucher über Niederdrucknetze erfolgt aufgrund von Konzessionen, die die Gemeinden im allgemeinen für 30 Jahre erteilen. Nach den Akten ist die GDF der Hauptkonzessionsnehmer; nur 4 % der Versorgung werden von Regiebetrieben sichergestellt. Die GDF erzeugt kein Gas.

7 Die Kommission gelangte zu der Auffassung, die ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität und Gas, die das Verstaatlichungsgesetz dem französischen Staat vorbehalten und öffentlichen Einrichtungen anvertraut hat, seien mit den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag unvereinbar. Gemäß Artikel 169 EG-Vertrag hat sie deshalb mit Schreiben vom 9. August 1991 die

französische Regierung aufgefordert, sich binnen zwei Monaten zu der ihr vorgeworfenen Vertragsverletzung zu äußern.

(...)

Artikel 37 EG-Vertrag

31 Nach Artikel 37 Absatz 1 formen die Mitgliedstaaten ihre staatlichen Handelsmonopole schrittweise derart um, daß am Ende der Übergangszeit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Das gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflußt. Es gilt auch für die von einem Staat auf andere Rechtsträger übertragenen Monopole.

32 Diese Bestimmung verlangt daher zwar nicht die Abschaffung dieser Monopole, schreibt aber bindend ihre Umformung derart vor, daß am Ende der Übergangszeit die vollständige Beseitigung der erwähnten Diskriminierungen gewährleistet ist (Urteil vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 59/75, Manghera, Slg. 1976, 91, Randnr. 5).

33 Wie der Gerichtshof bereits im Urteil Manghera (Randnr. 12) und im Urteil vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88 (Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747, Randnr. 44) festgestellt hat, bewirken ausschließliche Einfuhrrechte eine von Artikel 37 Absatz 1 verbotene Diskriminierung der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Exporteure. Solche Rechte sind nämlich geeignet, die Absatzbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verkäufer anderer Mitgliedstaaten unmittelbar zu beeinträchtigen.

34 Entsprechend bewirken ausschließliche Ausfuhrrechte eine Diskriminierung der Importeure in anderen Mitgliedstaaten, da diese Ausschließlichkeit die Versorgungsbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verbraucher anderer Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

35 Die französische Regierung gesteht zu, daß die verfügbare nationale Erzeugung sowohl von Elektrizität wie von Gas in erster Linie für die Verbraucher in Frankreich reserviert ist. Das zwingt zu dem Schluß, daß die ausschließlichen Ausfuhrrechte der EDF und der GDF das Ziel, jedenfalls aber die Wirkung haben, die Ausfuhrströme spezifisch zu beschränken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnen- und den Außenhandel eines Mitgliedstaats zu schaffen, so daß der französische Binnenmarkt einen besonderen Vorteil erlangt (siehe zu Artikel 34 EG-Vertrag insbesondere Urteil vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-47/90, Delhaize, Slg. 1992, I-3669, Randnr. 12).

36 Was die ausschließlichen Einfuhrrechte anbelangt, hält die französische Regierung entgegen, auf dem Elektrizitätssektor in der Gemeinschaft herrschten sehr homogene Handelsbedingungen; weder die Endverbraucher noch die Verteiler könnten ihren Lieferanten irgendwo frei wählen, so daß die EDF in keiner besseren Lage sei als die Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten und ihr Einfuhrmonopol die Wettbewerbsbedingungen in Frankreich gegenüber denjenigen in den anderen Mitgliedstaaten nicht zu deren Nachteil ändere.

37 Dasselbe gelte für den Gassektor, da die Vertriebsbedingungen in allen Mitgliedstaaten tatsächlich vergleichbar seien, selbst wenn in einigen kein gesetzliches Einfuhrmonopol bestehe.

38 Dieser Einwand beruht auf einem Vergleich zwischen der Lage im Monopolstaat und in den anderen Mitgliedstaaten; ihm ist nicht zu folgen.

39 Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil Manghera (Randnrn. 9 und 10) festgestellt hat, würde das Ziel des Artikels 37 Absatz 1 EG-Vertrag verfehlt, wenn in einem Mitgliedstaat mit einem Handelsmonopol der freie Verkehr mit aus den anderen Mitgliedstaaten kommenden Waren von der dem Monopol unterliegenden Art nicht gesichert wäre.

40 Ausschließliche Einfuhrrechte in einem Mitgliedstaat nehmen nun aber den Wirtschaftsteilnehmern der anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ihre Erzeugnisse den Verbrauchern ihrer Wahl in dem betroffenen Mitgliedstaat anzubieten, und zwar unabhängig von den Bedingungen in ihrem eigenen oder in anderen Mitgliedstaaten.

(...)

Die Rechtfertigungen nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag

43 Die Kommission hat vorgebracht, Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag könne staatliche Maßnahmen, die mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr unvereinbar seien, nicht rechtfertigen. Das ist zunächst zu erörtern.

Die Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen, die mit den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr unvereinbar sind

44 Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag verbietet den Mitgliedstaaten ganz allgemein, in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem EG-Vertrag, insbesondere den Artikeln 6 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Diese Bestimmung setzt damit voraus, daß die Mitgliedstaaten bestimmten Unternehmen ausschließliche Rechte gewähren und Monopole übertragen können.

45 Nach Artikel 90 Absatz 2 gelten für die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, wobei die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

46 In seinem Urteil vom 6. Juli 1982 in den Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnr. 12) hat der Gerichtshof festgestellt, daß Artikel 90 nur die Unternehmen betreffe, für deren Verhalten die Staaten aufgrund des Einflusses, den sie auf dieses Verhalten ausüben könnten, besondere Verantwortung trügen; er unterstreiche, daß für diese Unternehmen vorbehaltlich der in Absatz 2 getroffenen näheren Bestimmungen sämtliche Vorschriften des EG-Vertrags gölten, und verpflichte die Mitgliedstaaten zur Einhaltung dieser Vorschriften in ihren Beziehungen zu diesen Unternehmen.

47 Im Lichte dieser Erwägungen soll Artikel 90 Absatz 1 verhindern, daß die Mitgliedstaaten aus ihren Beziehungen zu diesen Unternehmen Nutzen in dem Sinne ziehen, daß sie die Verbote der anderen Vorschriften des EG-Vertrags, deren Adressaten sie unmittelbar sind, wie der Artikel 30, 34 und 37, umgehen, indem sie diese Unternehmen zu Verhaltensweisen verpflichten oder veranlassen, die als Verhaltensweisen der Mitgliedstaaten diesen Vorschriften widersprächen.

48 In diesem Zusammenhang legt Artikel 90 Absatz 2 fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ausnahmsweise von den Vorschriften des EG-Vertrags befreit sind.

49 Zusammengenommen folgt aus Artikel 90 Absatz 1 und Absatz 2 in ihrer eben dargelegten Bedeutung, daß ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 90 Absatz 2 berufen kann, um einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, insbesondere gegen Artikel 37 EG-Vertrag verstoßende ausschließliche Rechte zu übertragen, soweit die Erfüllung der diesem übertragenen besonderen Aufgabe nur durch die Einräumung solcher Rechte gesichert werden kann und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

50 Damit ist das Hilfsvorbringen der Kommission zu prüfen, der Tatbestand des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

Der Begriff der „besonderen Aufgabe" in Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag

51 Die Kommission bestreitet nicht, daß die EDF und die GDF Unternehmen sind, die mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind.

52 Aus dem Urteil Corbeau (Randnr. 16) folgt jedoch, daß diese Bestimmung zu gegen den EG-Vertrag verstoßenden Maßnahmen nur insoweit ermächtigt, als diese erforderlich seien, damit das betroffene Unternehmen seine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe un-

ter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllen könne, daß also ohne diese Maßnahmen das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens bedroht sei.

53 Als Bestimmung, die Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags erlaubt, ist Artikel 90 Absatz 2 eng auszulegen. Die von der Kommission vorgeschlagene enge Auslegung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung trifft jedoch nicht zu.

54 Bereits der Wortlaut des Artikels 90 Absatz 2 zeigt, daß Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags zulässig sind, wenn diese für die Erfüllung der einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, übertragenen besonderen Aufgabe erforderlich sind.

55 Weiter hat der Gerichtshof im Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 12) festgestellt, daß Artikel 90 Absatz 2 dadurch, daß er unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften des EG-Vertrags zuläßt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des gemeinsamen Marktes in Einklang bringen soll.

56 Unter Berücksichtigung dieses Interesses der Mitgliedstaaten kann es diesen nicht verboten sein, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, mit denen sie bestimmte Unternehmen betrauen, die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese vermittels von Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen zu suchen, die sie den fraglichen Unternehmen auferlegen.

57 Weiter hat der Gerichtshof im Urteil Almelo (Randnr. 48) mit Betreff auf ein regionales Stromversorgungsunternehmen ausgeführt, daß die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer, lokalen Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher mit Strom im gesamten Konzessionsgebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen, die für alle Kunden gelten, eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 ist.

58 Entsprechend hat die Kommission in ihrer Entscheidung 91/50/EWG vom 16. Januar 1991 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/32.732- IJsselcentrale u.a.; ABl. L 28, S. 32) bereits anerkannt, daß ein Unternehmen, dessen wichtigste Aufgabe es ist, für eine verläßliche und einwandfrei funktionierende, flächendekkende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise Sorge zu tragen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 erbringt.

59 Die Vorschriften des EG-Vertrags sind daher gemäß Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, daß das Überleben des Unternehmens bedroht ist.

Die Umschreibung der besonderen Aufgaben der EDF und GDF

(...)

65 Zwar kann ein Unternehmen nur dann mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sein, wenn die Betrauung durch hoheitlichen Akt erfolgt (siehe Urteile vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73, BRT, Slg. 1974, 313, Randnr. 20, und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Randnr. 55).

66 Erforderlich ist jedoch nicht, daß es sich um eine Rechtsvorschrift handelt. Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, daß ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden kann (siehe Urteil Almelo, Randnr. 47). Erst recht muß dies gelten, wenn solche Konzessionen erteilt wurden, um die Verpflichtungen zu konkretisieren, die Unternehmen auferlegt sind, welche durch Gesetz mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

67 Das ist bei der EDF und der GDF der Fall. Nach Artikel 36 des Verstaatlichungsgesetzes haben diese als öffentliche Einrichtungen, denen die verstaatlichten Elektrizitäts- oder Gaskonzessionen übertragen sind, die Bedingungen der jeweils geltenden Pflichtenhefte zu beachten. Der Staat, die Gemeinden und gegebenenfalls Dritte behalten umgekehrt alle Rechte aus diesen Pflichtenheften und anderen Vereinbarungen. Im übrigen werden nach Artikel 37 des Verstaatlichungsgesetzes durch Verordnung Standardpflichtenhefte erstellt.

68 Weiter können Verpflichtungen eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen nur dann Teil der besonderen Aufgabe sein, mit der es betraut ist, wenn sie mit dem Ziel der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen.

69 So verhält es sich bei Umwelt- und Raumordnungsverpflichtungen von Unternehmen, die mit der Versorgung des Landes mit Elektrizität und Gas betraut sind, nicht, soweit es sich nicht um Verpflichtungen handelt, die für diese Unternehmen und ihre Tätigkeit spezifisch sind.

70 Die französische Regierung hat in ihrer Klagebeantwortung keine konkrete derartige Verpflichtung der EDF oder der GDF angeführt, sondern nur ohne weitere Klarstellung ausgeführt, daß die Beiträge dieser beiden Einrichtungen zur staatlichen Umwelt- und Raumordnungspolitik über die schlichte Beachtung der allgemeinen Regelung hinausgingen.

71 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe Urteil Almelo, Randnr. 49) können solche Verpflichtungen und Beschränkungen jedoch bei der Erörterung berücksichtigt werden, inwieweit rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags erforderlich sind, um den mit einer Aufgabe im öffentlichen Interesse betrauten Unternehmen dessen Erfüllung zu erlauben.

72 Was die von der französischen Regierung angeführten Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen betrifft, hat die Kommission in ihrer Erwiderung eingeräumt, daß das Pflichtenheft im Anhang zu der oben in Randnummer 5 erwähnten Vereinbarung über die Konzessionierung der EDF mit dem allgemeinen Elektrizitätsversorgungsnetz, die am 27. November 1958 zwischen dem Staat und der EDF geschlossen wurde, ausdrücklich die Verpflichtung, alle Kunden zu beliefern (Artikel 10), die ständige Versorgung sicherzustellen (Artikel 11) und die Beachtung der Gleichbehandlung der Kunden (Artikel 24) aufführt.

73 Die Kommission bestreitet jedoch, daß sich auch die von der französischen Regierung angeführte Verpflichtung, die wettbewerbsfähigsten Tarife und die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu suchen, aus diesem Pflichtenheft ergebe.

74 Für die GDF bemerkt die Kommission, die französische Regierung habe sich ganz allgemein auf geltende Konzessionen und Pflichtenhefte berufen, ohne genaue Bestimmungen anzuziehen.

75 Was die angebliche Verpflichtung der EDF betrifft, die wettbewerbsfähigsten Tarife und die geringsten Kosten zu suchen, so sieht Artikel 17 des Pflichtenhefts im Anhang zur Konzessionsvereinbarung der EDF Höchsttarife vor, die nach in Artikel 24 definierten Regionen und Lieferungsumständen gestaffelt sind.

76 Nach Artikel 20 des Pflichtenhefts hat der Konzessionsnehmer das Recht, die Höchsttarife zu ändern, um sie der Entwicklung der Gestehungspreise anzupassen, die sich aus Änderungen der Produktionsstruktur oder des Energieverbrauchs ergeben, soweit insbesondere die Gesamteinnahmen aus dem geänderten Tarif für das gesamte Land die Einnahmen nicht übersteigen, die der ungeänderte Tarif erbracht hätte, und soweit zwischen zwei Anpassungen mindestens ein Jahr liegt.

77 Nach Artikel 22 des Pflichtenhefts können die Höchsttarife auf Verlangen des Staates oder des Konzessionsnehmers geändert werden. Änderungen sind insbesondere möglich, wenn eine Änderung der wirtschaftlichen oder technischen Umstände, die vom Willen des Konzessionsnehmers unabhängig ist und nicht durch Klauseln zur Änderung des Tarifs ausgeglichen wird, die eine Berücksichtigung der Inflation erlauben, zwischen den Ausgaben und den Einnahmen des Konzessionsnehmers in der einen oder anderen Richtung ein Ungleichgewicht schafft, das für

die laufende Konzession erheblich und von Dauer ist, und wenn die Schaffung neuer Produktions-, Beförderungs- oder Verteilungsmittel die Betriebsbedingungen der Konzession erheblich und dauerhaft verbessert.

(...)

80 In der Tat legen diese Bestimmungen verbindlich nur fest, unter welchen Bedingungen Anpassungen oder Änderungen der Höchsttarife möglich sind. Im übrigen verbieten sie zu häufige und solche Anpassungen, die dazu führen, daß der Konzessionsnehmer höhere Gesamteinnahmen erzielt, was zu einer Erhöhung der Gesamtkosten der Verbraucherseite führen würde. Im übrigen sind Erhöhungen der Tarife nur zulässig, um ein erhebliches, dauerhaftes Ungleichgewicht in den Betriebsbedingungen der Konzession zu bekämpfen.

81 Jedoch deutet nichts darauf hin, daß die geltenden Höchsttarife notwendig die niedrigstmöglichen Tarife sind. Somit sind weder die eingeschränkten Möglichkeiten zur Anpassung der Tarife noch diejenigen zu ihrer Erhöhung geeignet, das Ziel der wettbewerbsfähigsten Tarife zu den geringsten Kosten sicher zu erreichen.

82 Zudem sieht Artikel 22 des Pflichtenhefts im Falle einer erheblichen, dauerhaften Verbesserung der Betriebsbedingungen der Konzession nur die schlichte Möglichkeit einer Senkung der Höchsttarife vor.

83 Das Vorbringen der französischen Regierung erlaubt somit nicht den Schluß, daß die EDF verpflichtet sei, die wettbewerbsfähigen Tarife und die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu suchen.

84 Im Falle der GDF hat die französische Regierung in der Tat, wie die Kommission ausführt, in ihrer Klagebeantwortung die Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen nur aufgezählt, ohne genaue Rechtsquellen anzugeben.

85 Die französische Regierung hat jedoch auch angegeben, daß die Aufgaben der GDF und der EDF sich ihrer Art nach entsprächen, daß sie sich unmittelbar aus dem Verstaatlichungsgesetz ergäben und daß die Verpflichtungen eines öffentlichen Versorgungsunternehmens sich im Falle der GDF wie im Falle der EDF in den Konzessionen und den Pflichtenheften fänden, wie sie namentlich in Artikel 36 des Verstaatlichungsgesetzes vorgesehen seien.

86 Im übrigen hat die französische Regierung bereits im vorprozessualen Verfahren hervorgehoben, daß das Verstaatlichungsgesetz die GDF wie die EDF zu einem öffentlichen Versorgungsunternehmen gemacht habe, das bestimmten besonderen Verpflichtungen unterliege. In ihrer Entgegnung auf das Aufforderungsschreiben hat sie auf die Verpflichtungen zur Lieferung, zur Gleichbehandlung, zur Ständigkeit, zur Anpassung der Betriebsbedingungen sowie zum Verkauf zu den günstigsten Kosten hingewiesen. In der Beantwortung der mit Gründen versehenen Stellungnahme hat sie ausgeführt, daß diese Verpflichtungen Gegenstand von Vorschriften in den Pflichtenheften seien, die für öffentliche Versorgungsunternehmen auf dem Gebiet des Verkehrs und der Verteilung gölten.

87 Unter diesen Umständen kann sich die französische Regierung auf die vom vorliegenden Verfahren angezogenen Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen berufen, auch wenn sie den genauen Wortlaut der Bestimmungen der Pflichtenhefte erst in der Gegenerwiderung angeführt und die einschlägigen Vorschriften erst mit dieser vorgelegt hat.

88 Vorgelegt wurden das Pflichtenheft über die Konzession der Fernbeförderung von Gas im Netz für die Lieferung von Brenngas, das mit Dekret des Conseil d'État gebilligt worden und mit den erforderlichen Anpassungen allen Konzessionsvereinbarungen beigefügt war, sowie das Standardpflichtenheft für Konzessionen, mit denen die Gemeinden der GDF die öffentliche Gasversorgung übertrugen, das ebenfalls mit Dekret auf der Grundlage des Artikels 37 des Verstaatlichungsgesetzes gebilligt worden und den mit den Gemeinden geschlossenen Konzessionsvereinbarungen beigefügt war. Nach diesen Vorschriften war die GDF zur Ständigkeit (Artikel 19 beider Pflichtenhefte), zur Lieferung (Artikel 17 des Pflichtenhefts für die Versorgung) und zu einer Gleichbehandlung der Kunden (Artikel 21 des Pflichtenhefts für die Versorgung) verpflichtet.

89 Somit ist die Erforderlichkeit der Beibehaltung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF zu erörtern, allerdings nur hinsichtlich derjenigen Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen, deren Bestehen die französische Regierung nachgewiesen hat, nämlich der Verpflichtung zur Lieferung, zur Versorgung und zur Gleichbehandlung der Kunden.

Die Erforderlichkeit ausschließlicher Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF

(...)

94 Da es sich bei Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag um eine Ausnahme von den Grundvorschriften des EG-Vertrags handelt, obliegt dem Mitgliedstaat, der sich auf diese Bestimmung beruft, der Nachweis, daß ihr Tatbestand erfüllt ist.

95 Der Gerichtshof hat jedoch oben in den Randnummern 53 bis 59 festgestellt, daß der Tatbestand des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag entgegen der Auffassung der Kommission nicht erst dann erfüllt ist, wenn das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, wenn ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen ergeben.

96 Im übrigen ergibt sich aus dem Urteil Corbeau (Randnrn. 14 bis 16), daß der Tatbestand des Artikels 90 Absatz 2 nämlich dann erfüllt ist, wenn die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

97 Im Falle einer Aufhebung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte würden sich bestimmte Verbraucher offenkundig auf ausländischen Märkten versorgen und bestimmte Erzeuger oder Exporteure dort verkaufen, wenn die dortigen Preise niedriger beziehungsweise höher als die Preise der EDF und der GDF wären. Diese Möglichkeit wäre sogar ein wesentliches Ziel der Marktöffnung.

98 Angesichts der Besonderheiten von Elektrizität und Gas sowie der Modalitäten ihrer Erzeugung, Fortleitung und Abgabe hätte eine solche Marktöffnung ebenso ofenkundig wesentliche Änderungen der Verwaltung dieser Wirtschaftszweige zur Folge, was namentlich die Erfüllung der Lieferverpflichtungen, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden betrifft.

99 Die Kommission hat diese Offenkundigkeit im übrigen nicht bestritten. Sie hat sich statt dessen darauf beschränkt, allgemein bestimmte mögliche Alternativen zu den streitigen Rechten aufzuzählen, etwa Subventionen oder einen Ausgleich der mit den Verpflichtungen verbundenen Kosten.

100 Dieser Vortrag der Kommission berücksichtigt jedoch nicht die Besonderheiten der nationalen Elektrizitäts- (insbesondere die Bedeutung der Kernkraft) und Gasversorgung (insbesondere das Fehlen nationaler Erdgasquellen), die die französische Regierung anführt. Die Kommission hat auch nicht konkret geprüft, ob die von ihr vorgeschlagenen Mittel es der EDF und der GDF erlaubten, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen sie betraut sind, unter Beachtung aller Verpflichtungen und Beschränkungen zu erfüllen, die ihnen auferlegt sind und deren Legitimität und Legalität die Kommission nicht bestreitet.

101 Zwar obliegt dem Mitgliedstaat, der sich auf Artikel 90 Absatz 2 beruft, der Nachweis, daß dessen Tatbestand erfüllt ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht so weit, daß dieser Mitgliedstaat nicht nur eingehend darlegen müßte, aus welchen Gründen in seinen Augen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen gefährdet wäre, sondern darüber hinaus noch positiv belegen müßte, daß keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaubte, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen.

102 Vielmehr obliegt im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Artikel 169 EG-Vertrag der Kommission der Nachweis für das Vorliegen einer solchen Verletzung. Außerdem muß sie dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren dieser das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann (siehe Urteil vom 25. Mai 1982 in der Rechtssache 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, 1791, Randnr. 6).

103 Hier ist von Belang, daß das vorprozessuale Verfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag dem Mitgliedstaat erlauben soll, freiwillig seinen Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag nachzukommen oder gegebenenfalls seine Auffassung zu rechtfertigen (siehe hierzu Urteil vom 18. März 1986 in der Rechtssache 85/85, Kommission/Belgien, Slg. 1986, 1149, Randnr. 11). Eben das hat die französische Regierung getan, als sie bereits in ihrer Entgegnung auf das Aufforderungsschreiben der Kommission eine Reihe von Gesichtspunkten anführte, die die Beibehaltung der streitigen ausschließlichen Rechte namentlich unter dem Gesichtspunkt des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag rechtfertigen konnten.

104 Die mit Gründen versehene Stellungnahme muß eine detaillierte und zusammenhängende Darlegung der Gründe enthalten, aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, daß der betreffende Mitgliedstaat gegen eine ihm nach dem EG-Vertrag obliegende Verpflichtung verstoßen hat (siehe namentlich Urteil vom 17. September 1996 in der Rechtssache C-289/94, Kommission/Italien, Slg. 1996, I-4405, Randnr. 16). Im vorliegenden Fall waren die von der Kommission angeführten Gründe im wesentlichen rechtliche Erwägungen dazu, daß die von der französischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht einschlägig seien.

105 Zweck der späteren Klage der Kommission ist es, nach Maßgabe des vorprozessualen Verfahrens die Klagegründe darzulegen, über die zu entscheiden der Gerichtshof aufgerufen ist, sowie zumindest zusammenfassend die rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte darzustellen, auf denen diese Klagegründe beruhen (siehe insbesondere Urteil Kommission/Griechenland, Randnr. 28). Im vorliegenden Fall hat sich die Kommission im wesentlichen auf ein rein rechtliches Vorbringen beschränkt.

106 Im Rahmen eines solchen Rechtsstreits kann der Gerichtshof nur die Begründetheit des rechtlichen Vorbringens der Kommission überprüfen. Es ist sicherlich nicht Aufgabe des Gerichtshofes, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen in der Erwiderung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität und Gas in seinem Gebiet, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen.

107 Aus diesen Gründen, insbesondere aber, weil der Gerichtshof die Rechtsauffassung, auf der die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klage der Kommission beruhen, verworfen hat, ist der Gerichtshof im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht in der Lage, zu beurteilen, ob die Französische Republik mit der Beibehaltung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF tatsächlich die Grenzen dessen überschritten hat, was erforderlich ist, um diesen Einrichtungen die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interessen zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

108 Die ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF sind von der Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags aufgrund von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag jedoch nur befreit, wenn die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Die Beeinträchtigung der Entwicklung des innergemeinschaftlichen Handels

109 In ihrer Klagebeantwortung hat die französische Regierung ausgeführt, ohne daß die Kommission dem widersprochen hätte, daß der französische Elektrizitätssektor sich trotz der genannten Rechte vollständig in den europäischen Markt integriert und insbesondere im Rahmen der Union für die Koordinierung der Erzeugung und des Transportes elektrischer Energie (UCPTE) seit deren Gründung im Jahre 1951 an der Entwicklung des Energieaustauschs zwischen den großen Netzen teilgenommen habe. Dieser Austausch zwischen großen Netzen entspreche beinahe 10 % des Gesamtverbrauchs der Zwölfergemeinschaft; nur er sei gemeinschaftsrechtlich im Rahmen der Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (ABl. L 313, S. 30) geregelt.

110 Bei Gas seien 1992 mehr als 90 % des französischen Verbrauchs durch Einfuhren gedeckt worden, von denen 14 % aus den Niederlanden stammten. Nicht die ausschließlichen Einfuhrrechte der GDF seien es, die weitere Lieferungen aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft verhinderten, sondern die Knappheit der Quellen und die Haltung der Ausfuhrländer.

111 Die Kommission hat in ihrer Klageschrift nur auf dieses Tatbestandsmerkmal des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag hingewiesen und ohne weitere Klarstellung in ihrer Erwiderung ausgeführt, daß die Aufhebung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte zur Folge hätte, die Entwicklung des Handels im Interesse der Gemeinschaft zu erlauben und zu fördern.

112 Diese Behauptungen genügen jedoch nicht für den Nachweis, daß der innergemeinschaftliche Handel mit Elektrizität und Gas wegen der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF sich in einem Ausmaß entwickelt hat und weiterhin entwickelt, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

113 Angesichts der Ausführungen der französischen Regierung oblag es nämlich der Kommission, im Rahmen des Nachweises der behaupteten Vertragsverletzung unter der Kontrolle des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist. Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag beauftragt die Kommission ausdrücklich, auf die Anwendung dieses Artikels zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten.

114 Eine solche Definition war im vorliegenden Fall besonders erforderlich, weil die einzigen unmittelbar auf den Handel mit Elektrizität und Gas anwendbaren Gemeinschaftshandlungen, nämlich die Richtlinie 90/547/EWG und die Richtlinie 91/296/EWG des Rates vom 31. Mai 1991 über den Transit von Erdgas über große Netze (ABl. L 147, S. 37) in ihrer sechsten beziehungsweise achten Begründungserwägung ausdrücklich feststellen, daß zwischen den großen Hochspannungsnetzen und den großen Hochdruck-Gasleitungsnetzen der europäischen Länder ein Austausch von elektrischer Energie beziehungsweise von Erdgas besteht, dessen Umfang von Jahr zu Jahr zunimmt.

115 Die Kommission hat ausdrücklich ausgeführt, daß ihre Klage einzig und allein die ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte und keine anderen Rechte namentlich mit Bezug auf Fortleitung und Abgabe betrifft. Sie mußte daher namentlich aufzeigen, wie in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftspolitik eine Entwicklung des unmittelbaren Austauschs zwischen Erzeugern und Verbrauchern neben dem Austausch zwischen den großen Netzen ohne ein Zugangsrecht der Erzeuger und Verbraucher zu den Fortleitungs- und Abgabenetzen möglich wäre.

(...)

Rechtssache C-244/94 – Fédération française des sociétés d'assurance –, Urteil v. 16. November 1995 (Slg. 1995, I-4013ff.)

Leitsätze des Urteils

Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Einrichtung, die ein System der freiwilligen Zusatzrentenversicherung verwaltet - Funktionieren nach dem Kapitalisierungsprinzip - Einbeziehung
(EG-Vertrag, Artikel 85 und 86)

Eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem verwaltet, das insbesondere hinsichtlich der Beitrittsvoraussetzungen, der Beiträge und der Leistungen aufgrund einer Verordnung nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet, ist ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. EG-Vertrag. Denn obgleich eine derartige Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig ist und das von ihr verwaltete System bestimmte begrenzte und mit dem Solidarcharakter der Pflichtsysteme der sozialen Sicherheit nicht vergleichbare Elemente der Solidarität aufweist, übt sie im Wettbewerb mit Lebensversicherungsgesellschaften eine wirtschaftliche Tätigkeit aus.

(...)

Urteil

1 Der französische Conseil d'État hat mit Entscheidung vom 24. Juni 1994, beim Gerichtshof eingegangen am 9. September 1994, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung der Artikel 85 ff. EG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich im Zusammenhang mit einer Klage, mit der die Fédération française des sociétés d'assurance, die Société Paternelle-Vie, die Union des assurances de Paris-Vie und die Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs die Nichtigerklärung des auf der Grundlage des Artikels 1122-7 des Code rural erlassenen Dekrets Nr. 90-1051 vom 26. November 1990 über das System einer freiwilligen Zusatzrentenversicherung für die Selbständigen landwirtschaftlicher Berufe (DORF vom 27. November 1990, S. 14581, im folgenden: Dekret Nr. 90-1051) wegen Überschreitung von Befugnissen begehren.

3 Das Dekret Nr. 90-1051 regelt im einzelnen die Organisation und Funktionsweise des Zusatzrentenversicherungssystems für die Selbständigen landwirtschaftlicher Berufe, das durch freiwillige, von den steuerpflichtigen Einkünften aus Erwerbstätigkeit abziehbare Beiträge finanziert wird. Dieses Versicherungssystem wurde eingeführt mit Gesetz Nr. 88-1202 vom 30. Dezember 1988 über die Anpassung der landwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit an die wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen (DORF vom 31. Dezember 1988, S. 16741).

4 Nach Artikel 1 Absatz 2 des Dekrets Nr. 90-1051 wird das neue Zusatzversicherungssystem von der Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole (im folgenden: Cnavma) mit Unterstützung der Gegenseitigkeitskassen der Landwirtschaft-Sozialversicherung für ein Departement oder für mehrere Departements (Caisses départementales ou pluridépartementales de mutualité sociale agricole, im folgenden: MSA-Kassen) verwaltet.

5 In dem Ausgangsverfahren beim Conseil d'État machen die Klägerinnen geltend, der Cnavma werde ein Monopol bei der mit Unterstützung der MSA-Kassen wahrgenommenen Verwaltung des fraglichen Versicherungssystems eingeräumt. Dadurch sowie durch die steuerliche Abzugsfähigkeit der an sie entrichteten Beiträge werde sie in die Lage versetzt, konkurrierende Versicherungsunternehmen von dem Markt für Lebensversicherungen, Kapitalanlagen und Sparverträge zur Altersvorsorge zu verdrängen. Das Dekret Nr. 90-1051 laufe daher den Artikeln 85 ff. EG-Vertrag zuwider.

(...)

7 Nach Auffassung der französischen Regierung handelt es sich bei der Cnavma, die am 1. Januar 1994 mit den beiden anderen zentralen Gegenseitigkeitskassen der Landwirtschaft für Familien- und Fürsorgeleistungen zu einer einzigen Körperschaft, der Caisse centrale de la mutualité sociale agricole (im folgenden: CCMSA), zusammengeschlossen worden sei, nicht um ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. EG-Vertrag. Sie verweist hierfür auf die Wesensmerkmale des als „Coreva" bezeichneten Zusatzrentenversicherungssystems für die Selbständigen landwirtschaftlicher Berufe und der es verwaltenden Einrichtung.

(...)

16 Im Lichte dieser Erwägungen ist zu beurteilen, ob eine Einrichtung, wie sie im Ausgangsverfahren in Frage steht, unter den Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 ff. EG-Vertrag fällt.

17 Zunächst ist die Mitgliedschaft im Coreva-Versicherungssystem freiwillig; das System funktioniert nach dem Kapitalisierungsprinzip; die von ihm gewährten Leistungen richten sich ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge und den Erträgen der von der Einrichtung vorgenommenen Investitionen. Die CCMSA übt somit im Wettbewerb mit Lebensversicherungsunternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Wie von der Kommission zu Recht ausgeführt, wird sich ein Erwerbstätiger aus dem Bereich der Landwirtschaft, der seine Grundversicherung ergänzen möchte, bei der Wahl zwischen der CCMSA und einem Versicherungsunternehmen für die ihm günstigere Finanzanlage entscheiden.

18 Die in dem Versicherungssystem enthaltenen Elemente der Solidarität und die übrigen Merkmale, auf die die französische Regierung verwiesen hat, stehen dieser Bewertung nicht entgegen.

19 Der Solidaritätsgrundsatz kommt im vorliegenden Fall zunächst darin zum Ausdruck, daß die Beiträge vom Versicherungsrisiko unabhängig sind, daß im Fall des vorzeitigen Versterbens des Versicherten die Mittel der geleisteten Beitragszahlungen im Versicherungssystem verbleiben, daß im Krankheitsfall eine Freistellung von der Beitragszahlung möglich ist und daß die Beitragszahlung schließlich aus Gründen, die mit der Ertragslage des Betriebs zusammenhängen, vorübergehend ausgesetzt werden kann. Entsprechende Bestimmungen gibt es aber auch bereits in bestimmten Gruppen-Lebensversicherungsverträgen oder sie können in sie aufgenommen werden. Da das Versicherungssystem auf Freiwilligkeit beruht, gilt der Grundsatz der Solidarität jedenfalls nur äußerst begrenzt. Unter diesen Umständen läßt er den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit, die die das Versicherungssystem verwaltende Einrichtung ausübt, nicht entfallen.

20 Weiterhin sind zwar die Verfolgung eines sozialen Zwecks, die Anforderungen der Solidarität und die übrigen von der französischen Regierung beschriebenen Regelungen, die vor allem die Rechte und Pflichten des Verwaltungsträgers und der Versicherten, die Rechtsstellung des Trägers und die für seine Investitionen geltenden Beschränkungen betreffen, geeignet, die Konkurrenzfähigkeit der Leistungen des Coreva-Versicherungssystems gegenüber derjenigen vergleichbarer Leistungen von Lebensversicherungsunternehmen zu mindern. Der Einstufung der Tätigkeit der CCMSA als einer wirtschaftlichen stehen derartige Zwänge aber nicht entgegen. Offenbleiben kann hier, ob sie etwa die ausschließliche Befugnis dieser Einrichtung zum Angebot von Rentenversicherungen rechtfertigen könnten, deren Beiträge von den steuerpflichtigen Einkünften aus Erwerbstätigkeit abgezogen werden können.

21 Schließlich entfällt der wirtschaftliche Charakter der Tätigkeit der CCMSA auch nicht allein deshalb, weil sie keine Gewinnerzielungsabsicht hat; aufgrund der in Randnummer 17 genannten Merkmale kann diese Tätigkeit nämlich zu Verhaltensweisen führen, die die Wettbewerbsregeln unterbinden sollen.

(...)

Rechtssache C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp – , Urteil v. 25. Juni 1998 (Slg. 1988, I-4075ff.)

Leitsätze des Urteils

(...)

2 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Nationale Regelung, nach der einige zur Verwertung bestimmte Abfälle einem nationalen Unternehmen überlassen werden müssen, dem das Monopol für die Verbrennung gefährlicher Abfälle zusteht - Verpflichtung, die zum Ausbau der beherrschenden Stellung des nationalen Unternehmens führt - Unzulässigkeit*
(EG-Vertrag, Artikel 86 und 90)

(...)

2 Eine Regelung wie der niederländische Mehrjahresplan zur Beseitigung gefährlicher Abfälle vom Juni 1993, durch die ein Mitgliedstaat die Unternehmen verpflichtet, ihre zur Verwertung bestimmten Abfälle wie Ölfilter - sofern deren Verwertung in einem anderen Mitgliedstaat nicht hochwertiger ist als die Verwertung durch ein inländisches Unternehmen, dem der Mitgliedstaat das ausschließliche Recht eingeräumt hat, gefährliche Abfälle zu verbrennen - diesem inländischen Unternehmen zu überlassen, verstößt gegen Artikel 90 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 86, wenn sie - ohne objektiven Grund und ohne daß es zur Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich wäre - eine Begünstigung des inländischen Unternehmens und den Ausbau seiner beherrschenden Stellung zur Folge hat.

(...)

Urteil

1 Der niederländische Raad van State hat mit Urteil vom 23. April 1996, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Juni 1996, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag vier Fragen nach Auslegung der Artikel 34, 86, 90 und 130t EG-Vertrag, der Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15. Juli 1975 über Abfälle (ABl. L 194, S. 47) in der Fassung der Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18. März 1991 (ABl. L 78, S. 32; im folgenden: Richtlinie) und der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 30, S. 1, berichtigt im ABl. 1995, L 18, S. 38; im folgenden: Verordnung) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV (im folgenden: Firma Dusseldorp), der Factron Technik GmbH (im folgenden: Firma Factron) und der Dusseldorp Lichtenvoorde BV (im folgenden: Firma Dusseldorp Lichtenvoorde) einerseits und dem Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (niederländischer Minister für Wohnungswesen, Raumordnung und Umweltfragen; im folgenden: Minister) andererseits wegen der Ausfuhr zur Verwertung bestimmter Abfälle nach Deutschland.

Die Gemeinschaftsregelung

Die Richtlinie

3 In Artikel 1 der Richtlinie werden die Verfahren zur Beseitigung von Abfällen und die Verfahren zur Verwertung von Abfällen definiert, wobei auf die Anhänge II A und II B verwiesen wird, die eine genaue Liste der jeweiligen Verfahren enthalten.

4 In den Artikeln 3, 4 und 5 der Richtlinie werden folgende Ziele festgelegt: zunächst die Verhütung, die Verringerung, die Verwertung und die Nutzung von Abfällen, dann der Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt beim Umgang sowohl mit den zur Beseitigung als auch mit den zur Verwertung bestimmten Abfällen und schließlich die Errichtung eines integrierten Netzes von Abfallbeseitigungsanlagen auf Gemeinschaftsebene und, wenn möglich, auf nationaler Ebene.

5 Artikel 5 der Richtlinie lautet daher:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen - in Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten, wenn sich dies als notwendig oder zweckmäßig erweist - Maßnahmen, um ein integriertes und angemessenes Netz von Beseitigungsanlagen zu errichten, die den derzeit modernsten, keine übermäßig hohen Kosten verursachenden Technologien Rechnung tragen. Dieses Netz muß es der Gemeinschaft insgesamt erlauben, die Entsorgungsautarkie zu erreichen, und es jedem einzelnen Mitgliedstaat ermöglichen, diese Autarkie anzustreben, wobei die geographischen Gegebenheiten oder der Bedarf an besonderen Anlagen für bestimmte Abfallarten berücksichtigt werden.

(2) Dieses Netz muß es darüber hinaus gestatten, daß die Abfälle in einer der am nächsten gelegenen geeigneten Entsorgungsanlagen unter Einsatz von Methoden und Technologien beseitigt werden, die am geeignetsten sind, um ein hohes Niveau des Gesundheits- und Umweltschutzes zu gewährleisten."

6 Durch Artikel *7* der Richtlinie werden die Mitgliedstaaten sodann verpflichtet, zur Umsetzung der Ziele der Artikel 3, 4 und 5 Abfallbewirtschaftungspläne zu erstellen, und es wird ihnen gestattet, Maßnahmen zu ergreifen, um das Verbringen von Abfällen zu unterbinden, das diesen Plänen nicht entspricht.

Die Verordnung

7 Die Verordnung betrifft u. a. die Verbringung von Abfällen zwischen Mitgliedstaaten.

8 Titel II der Verordnung, der mit „Verbringung von Abfällen zwischen Mitgliedstaaten" überschrieben ist, enthält zwei gesonderte Abschnitte, von denen der eine (Abschnitt A) das Verfahren bei der Verbringung von zur Beseitigung bestimmten Abfällen und der andere (Abschnitt B) das Verfahren bei der Verbringung von zur Verwertung bestimmten Abfällen behandelt. Das für die zweite Kategorie von Abfällen vorgesehene Verfahren ist weniger streng als das für die erste Kategorie geltende.

9 Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a Ziffer i, der zu dem die Verbringung von zur Beseitigung bestimmten Abfällen betreffenden Abschnitt A gehört, lautet:

„Um das Prinzip der Nähe, den Vorrang für die Verwertung und den Grundsatz der Entsorgungsautarkie auf gemeinschaftlicher und einzelstaatlicher Ebene gemäß der Richtlinie 75/442/EWG zur Anwendung zu bringen, können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Vertrag Maßnahmen ergreifen, um die Verbringung von Abfällen allgemein oder teilweise zu verbieten oder um gegen jede Verbringung Einwand zu erheben. Diese Maßnahmen werden unverzüglich der Kommission mitgeteilt, die die anderen Mitgliedstaaten unterrichtet."

10 In dem die Verbringung von zur Verwertung bestimmten Abfällen betreffenden Abschnitt B werden die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Nähe dagegen nicht erwähnt.

11 In dem zu Abschnitt B gehörenden Artikel 7 heißt es in Absatz 2 und in Absatz 4 Buchstabe a:

„(2) Die zuständige[n] Behörde[n] am Bestimmungsort und am Versandort und die für die Durchfuhr zuständige Behörde können innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach der Absendung der Empfangsbestätigung Einwände gegen die Verbringung erheben. Derartige Einwände sind auf Absatz 4 zu stützen. Einwände sind der notifizierenden Person und den übrigen betroffenen zuständigen Behörden innerhalb der 30tägigen Frist schriftlich mitzuteilen.

(4) a) Die zuständigen Behörden am Versandort und am Bestimmungsort können gegen die geplante Verbringung mit Gründen zu versehende Einwände erheben, und zwar

- gemäß der Richtlinie 75/442/EWG, insbesondere ... Artikel 7; oder
- wenn die Verbringung nicht gemäß den einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Schutz der Umwelt, zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder zum Schutz der Gesundheit erfolgt ..."

Die nationale Regelung

12 Der niederländische Mehrjahresplan zur Beseitigung gefährlicher Abfälle vom Juni 1993 (im folgenden: Mehrjahresplan) sieht in Paragraph 6.5 folgendes vor:

„Ist im Ausland eine hochwertigere Verwertungstechnik vorhanden und/oder reicht die in den Niederlanden vorhandene Kapazität nicht aus, um bestimmte Abfälle zu verwerten, so wird die Ausfuhr genehmigt, es sei denn, daß dies die Verwirklichung einer zumindest gleichwertigen Beseitigung in den Niederlanden beeinträchtigt. Dann ist bis zu deren Verwirklichung eine Lagerung vorzunehmen."

13 In Abschnittsplan 19 von Teil II des Mehrjahresplans heißt es in bezug auf Ölfilter, daß Ausfuhren nicht genehmigt werden, wenn im Ausland keine hochwertigere Verwertung dieser Filter erfolgt als in den Niederlanden.

14 Abschnittsplan 10 von Teil II des Mehrjahresplans, der zu verbrennende Abfälle betrifft, wird aus dem Grundsatz der Entsorgungsautarkie abgeleitet, daß die Ausfuhr zu verbrennender gefährlicher Abfälle u. a. deshalb soweit wie möglich einzuschränken ist, weil in anderen Ländern für die Verbrennung weniger strenge Emissionsvorschriften gelten als in den Niederlanden.

15 Das Bestreben, zu einer möglichst hochwertigen Beseitigungsweise zu gelangen, wird in diesem Abschnittsplan dadurch weiter konkretisiert, daß der AVR Chemie CV (im folgenden: AVR Chemie) eine „Abfallmanagementfunktion" übertragen wird. Die AVR Chemie wird dabei zum einzigen Endverarbeiter für die Verbrennung gefährlicher Abfälle in einem hochwertigen Drehtrommelofen bestimmt. Abfälle, die in einem solchen Ofen verbrannt werden müssen, dürfen allein durch die AVR Chemie ausgeführt werden; um zu verhindern, daß es zu unerwünschten Preissteigerungen kommt, ist die Genehmigung für die AVR Chemie an bestimmte Bedingungen geknüpft.

16 Die AVR Chemie ist eine Kommanditgesellschaft, deren Gesellschafter der niederländische Staat, die Gemeinde Rotterdam und acht Industrieunternehmen, darunter die Akzo Nobel Nederland, sind. Der niederländische Staat und die Gemeinde Rotterdam halten zusammen 55 % der Anteile an der AVR Chemie.

17 Der Leiter der Abteilung Abfälle des Umweltministeriums ist zugleich der Vertreter des niederländischen Staates im Aufsichtsrat der AVR Chemie. Durch diese Abteilung wird die niederlän-

dische Exportpolitik bei Abfällen festgelegt, und sie entscheidet konkret darüber, ob eine Ausfuhr genehmigt oder untersagt wird.

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

18 Die Firma Dusseldorp beantragte 1994 die Genehmigung für die Ausfuhr von zwei Partien Ölfiltern und verwandten Abfällen im Umfang von 2 000 Tonnen und von 60 Tonnen nach Deutschland zur Verwertung durch die Firma Factron.

19 Durch zwei Beschlüsse vom 22. August 1994 erhob der Minister gemäß dem Mehrjahresplan in Verbindung mit Artikel 7 Absätze 2 und 4 Buchstabe a der Verordnung Einwände gegen diese Ausfuhr.

20 Am 13. September 1994 legten die Firmen Dusseldorp, Factron und Dusseldorp Lichtenvoorde gegen diese beiden Beschlüsse Beschwerde ein.

21 Nachdem zwei Beamte des niederländischen Umweltministeriums die Anlagen der Firma Factron besichtigt hatten, erklärte der Minister das Vorbringen der betreffenden Firmen durch einen neuen Beschluß vom 8. Dezember 1994 für unbegründet, da die Verarbeitung durch die Firma Factron nicht hochwertiger sei als die Verarbeitung durch das niederländische Abfallverwertungs- und -managementunternehmen AVR Chemie.

22 Mit Klageschrift vom 18. Januar 1995 erhoben die Firmen Dusseldorp, Factron und Dusseldorp Lichtenvoorde beim niederländischen Raad van Staae Klage auf Nichtigerklärung des Beschlusses des Ministers vom 8. Dezember 1994, der ihrer Ansicht nach gegen die Gemeinschaftsregelung verstößt.

(...)

Zur vierten Frage

53 Die vierte Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob ausschließliche Rechte, wie sie der AVR Chemie im Rahmen der gemäß dem Mehrjahresplan angewandten Politik eingeräumt wurden, mit den Wettbewerbsregeln in den Artikeln 90 und 86 des Vertrages vereinbar sind. Wie der Generalanwalt in Nummer 97 seiner Schlussanträge ausführt, sind zu den ausschließlichen Rechten, von denen das vorlegende Gericht spricht, sowohl die allgemeine ausschließliche Befugnis zur Abfallverbrennung als auch alle anderen ausschließlichen Rechte zu zählen, die sich aus der streitigen Bestimmung ergeben. Diese betrifft das Verbot der Ausfuhr von Ölfiltern, sofern die Verwertung im Ausland nicht hochwertiger ist als in den Niederlanden.

54 Das vorlegende Gericht möchte somit im wesentlichen wissen, ob Artikel 90 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 86 einer Regelung wie dem Mehrjahresplan entgegensteht, durch die ein Mitgliedstaat die Unternehmen verpflichtet, ihre zur Verwertung bestimmten Abfälle wie Ölfilter einem inländischen Unternehmen, dem er das ausschließliche Recht eingeräumt hat, gefährliche Abfälle zu verbrennen, zu überlassen, sofern die Verwertung ihrer Abfälle in einem anderen Mitgliedstaat nicht hochwertiger ist als die Verwertung durch dieses Unternehmen.

(...)

58 Nach den Akten wurde die AVR Chemie zum einzigen Endverarbeiter für die Verbrennung gefährlicher Abfälle bestimmt. Somit ist davon auszugehen, daß dieses Unternehmen über ein ausschließliches Recht im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages verfügt.

(...)

60 Durch die Übertragung ausschließlicher Rechte für die Verbrennung gefährlicher Abfälle im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats wird dem begünstigten Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eingeräumt (in diesem Sinne auch Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 31).

61 Auch wenn die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung als solche nicht mit Artikel 86 des Vertrages unvereinbar ist, verstößt ein Mitgliedstaat gegen das in Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 aufgestellte Verbot, wenn er im Bereich der Gesetzgebung oder Verwaltung eine Maßnahme trifft, die ein Unternehmen, dem er ausschließliche Rechte eingeräumt hat, zum

Mißbrauch seiner beherrschenden Stellung veranlaßt (in diesem Sinne auch Urteil vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 20).

62 Hierzu ist den Akten zu entnehmen, daß die niederländische Regierung, gestützt auf den Mehrjahresplan, der Klägerin des Ausgangsverfahrens die Ausfuhr untersagte und ihr damit die Verpflichtung auferlegte, ihre Ölfilter - zur Verwertung bestimmte Abfälle - dem inländischen Unternehmen, dem das ausschließliche Recht zur Verbrennung gefährlicher Abfälle zusteht, zu überlassen, obwohl die in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Qualität der Verwertung mit der des inländischen Unternehmens vergleichbar war.

63 Eine solche Verpflichtung bewirkt eine Begünstigung des inländischen Unternehmens, da sie ihm die Verwertung von Abfällen ermöglicht, die durch ein drittes Unternehmen verwertet werden sollten. Sie führt folglich zu einer gegen Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 86 verstoßenden Beschränkung der Absatzmärkte.

64 Es ist jedoch zu prüfen, ob diese Verpflichtung durch eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages gerechtfertigt sein könnte.

65 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann diese Bestimmung zur Rechtfertigung einer gegen Artikel 86 des Vertrages verstoßenden Maßnahme zugunsten eines Unternehmens, dem ein Staat ausschließliche Rechte eingeräumt hat, herangezogen werden, wenn die Maßnahme erforderlich ist, um dem Unternehmen die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe zu ermöglichen, und wenn sie die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einer dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Weise beeinträchtigt (in diesem Sinne auch Urteile vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14, und vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-159/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Randnr. 49).

66 Insoweit macht die niederländische Regierung geltend, die streitige Regelung solle die Kosten des mit der Verbrennung gefährlicher Abfälle betrauten Unternehmens senken und damit dessen wirtschaftliche Existenzfähigkeit ermöglichen.

67 Selbst wenn die diesem Unternehmen übertragene Aufgabe im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen sollte, müßte die niederländische Regierung, wie der Generalanwalt in Nummer 108 seiner Schlußanträge ausführt, in einer das vorlegende Gericht überzeugenden Weise darlegen, daß dieses Ziel nicht ebenso mit anderen Mitteln erreicht werden kann. Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages könnte somit nur Anwendung finden, wenn nachgewiesen würde, daß das fragliche Unternehmen die ihm übertragene Aufgabe ohne die streitige Maßnahme nicht erfüllen könnte.

(...)

Rechtssache C-266/96 – Corsica Ferries –, Urteil v. 18. Juni 1998 (Slg. 1998, I-3949ff.)

Leitsätze des Urteils

(...)

3 *Freier Warenverkehr - Mengenmäßige Beschränkungen - Maßnahmen gleicher Wirkung - Nationale Regelung, nach der die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen in Anspruch nehmen müssen - Zulässigkeit - Voraussetzungen*
(EG-Vertrag, Artikel 30)

4 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Verpflichtungen der Mitgliedstaaten - Nationale Regelung, die für in diesem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung des Fest- und Losmachens begründet - Vereinbarkeit - Voraussetzungen*
(EG-Vertrag, Artikel 5, 85, 86 und 90)

5 *Verkehr - Seeverkehr - Dienstleistungsfreiheit - Nationale Regelung, nach der die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen in Anspruch nehmen müssen - Zulässigkeit - Voraussetzungen*
(EG-Vertrag, Artikel 56 und 59; Verordnung Nr. 4055/86 des Rates)

(...)

3 Artikel 30 des Vertrages steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, nach der die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen, deren Schiffe die Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats anlaufen, gegen Zahlung eines Entgelts, das über die tatsächlichen Kosten der erbrachten Leistung hinausgeht, die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen, die Inhaber ausschließlicher Konzessionen sind, in Anspruch nehmen müssen, wenn eine solche Regelung nicht nach dem Ursprung der beförderten Waren unterscheidet und nicht den Warenhandel mit den anderen Mitgliedstaaten regeln soll und die beschränkenden Wirkungen, die sie auf den freien Warenverkehr haben könnte, zu ungewiß und zu indirekt sind, als daß die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.

4 Die Artikel 5, 85, 86 und 90 Absatz 1 des Vertrages stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen,

- die für in diesem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung des Fest- und Losmachens begründet,
- die zur Inanspruchnahme dieser Leistung gegen ein Entgelt verpflichtet, das über die tatsächlichen Kosten der Leistung hinaus die Kosten umfaßt, die die Bereitstellung eines allgemeinen Festmacherdienstes mit sich bringt, und
- die für die einzelnen Häfen unterschiedliche Tarife vorsieht, um den Besonderheiten dieser Häfen Rechnung zu tragen, sofern die Festmachergruppen erstens tatsächlich von dem Mitgliedstaat mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages betraut worden sind und die weiteren in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen für ihre Anwendung vorliegen und zweitens keine Absprache im Sinne des Artikels 85 des Vertrages vorliegt.

5 Die Verordnung Nr. 4055/86 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern und Artikel 59 des Vertrages stehen der Regelung eines Mitgliedstaats, nach der die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen gegen Entgelt die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen, die Inhaber einer ausschließlichen Konzession sind, in Anspruch nehmen müssen, wenn ihre Schiffe die Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats anlaufen, nicht entgegen, wenn eine solche Regelung erstens keine diesen Bestimmungen zuwiderlaufende offene oder verdeckte Diskriminierung enthält und wenn zweitens, selbst wenn sie eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs hinsichtlich der Leistung des Festmachens oder des freien Dienstleistungsverkehrs in bezug auf die Seeschiffahrt darstellen würde, im ersten Fall die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages vorliegen und im zweiten Fall die Regelung durch Erwägungen der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Artikels 56 des Vertrages gerechtfertigt wäre.

(...)

Urteil

1 Das Tribunale Genua hat mit Beschluß vom 5. Juli 1996, beim Gerichtshof eingegangen am 2. August 1996, dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag mehrere Fragen nach der Auslegung der Artikel 3, 5, 30, 59, 85, 86 und 90 Absatz 1 EG-Vertrag sowie der Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern (ABl. L 378, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Corsica Ferries France SA (Corsica Ferries) und dem Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl (Festmachergruppe von Genua), dem Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl (Festmachergruppe von La Spezia) und dem Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Ministerium für Verkehr und Schiffahrt).

3 Die Corsica Ferries ist eine Gesellschaft französischen Rechts, die seit dem 1. Januar 1994 als Seeschiffahrtsunternehmen mit Fährschiffen einen Linienverkehr zwischen Korsika und verschiedenen italienischen Häfen, darunter Genua und La Spezia, betreibt. Sie setzt hierzu von der Tourship

Ltd. mit Sitz in Jersey auf Zeit gecharterte, in Panama registrierte und unter panamaischer Flagge fahrende Schiffe ein. Sowohl an der Corsica Ferries als auch an der Tourship Ltd. ist die Tourship SA, eine in Luxemburg niedergelassene Gesellschaft luxemburgischen Rechts, mehrheitlich beteiligt. Von 1994 bis 1996 zahlte die Corsica Ferries an die Festmachergruppe von Genua und an die Festmachergruppe von La Spezia bestimmte Beträge für die Festmachmanöver (Festmachen und Losmachen der Schiffe), die sich beim Anlaufen der von ihr betriebenen Schiffe in diesen Häfen ergaben.

4 Die Corsica Ferries leistete ihre Zahlungen immer unter ausdrücklichem Vorbehalt, wobei sie angab, die Verpflichtung, auf die Dienste der genannten Gruppen zurückzugreifen, stelle eine Beschränkung des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs dar, und die ihr in Rechnung gestellten Beträge ergäben sich aus einem Tarif, der in keinem Verhältnis zu den Kosten der tatsächlich erbrachten Leistungen stehe und der unter Verletzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln festgelegt worden sei.

5 Am 2. Juli 1996 leitete die Corsica Ferries beim Tribunale Genua ein Mahnverfahren nach Artikel 633 der italienischen Zivilprozeßordnung ein, in dem sie von der Festmachergruppe von Genua die Erstattung von 669.838.425 LIT, von der Festmachergruppe von La Spezia die Erstattung von 188.472.802 LIT und vom Ministerium für Verkehr und Schiffahrt als Gesamtschuldner die Erstattung von 858.311.227 LIT begehrte, jeweils zuzüglich Zinsen. Die von ihr geleisteten Zahlungen seien ohne rechtlichen Grund erfolgt. Zur Begründung macht sie zweierlei geltend.

6 Erstens stünden die für die Festmachmanöver in den betreffenden Häfen angewandten Tarife in keinem Verhältnis zu den von den Festmachern für die Schiffe tatsächlich erbrachten Leistungen und seien außerdem von Hafen zu Hafen unterschiedlich, so daß sowohl ein Verstoß gegen den im Sektor der Seeschiffahrt durch die Verordnung Nr. 4055/86 gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehr als auch gegen den durch Artikel 30 EG-Vertrag gewährleisteten freien Warenverkehr vorliege.

7 Zweitens seien diese Zahlungen unter Verstoß gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln festgesetzt worden. Dieser Verstoß ergebe sich nicht nur daraus, daß die Tarife auf gegen Artikel 85 EG-Vertrag verstoßende Vereinbarungen zwischen den Festmachergruppen zurückgingen, sondern auch daraus, daß die Festmachergruppen von Genua und von La Spezia unter Verstoß gegen Artikel 86 EG-Vertrag ihre beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mißbräuchlich ausnutzten, indem sie unangemessene Tarife anwendeten und die Schiffahrtsunternehmen daran hinderten, für die Festmachmanöver auf ihr eigenes qualifiziertes Personal zurückzugreifen, und indem sie für die einzelnen Häfen für gleiche Leistungen, die für die gleichen Schiffe erbracht würden, unterschiedliche Tarife festsetzten.

(...)

9 Nach den im Ausgangsverfahren anwendbaren Rechtsvorschriften sind die Dienstleistungen des Festmachens im Codice della navigazione (Seerechtsgesetzbuch), im Regolamento per la navigazione marittima (Durchführungsverordnung zum Seerechtsgesetzbuch; nachstehend: Durchführungsverordnung) und für jeden einzelnen Hafen in den von der örtlich zuständigen Seerechtsbehörde erlassenen Bestimmungen geregelt.

10 Gemäß den Artikeln 62 und 63 des Seerechtsgesetzbuchs regelt und überwacht der Hafendirektor die Ein- und Ausfahrt, die Bewegungen, das Ankern und das Festmachen der Schiffe im Hafen, ordnet die Fest- und Losmachmanöver an, befiehlt erforderlichenfalls die Durchführung der angeordneten Manöver von Amts wegen auf Kosten des Schiffes und ordnet schließlich im äußersten Notfall das Kappen der Taue an.

11 Nach Artikel 116 des Seerechtsgesetzbuchs gehören die Festmacher zur Gruppe der Hafendienstleistungen verrichtenden Personen. Die sie im einzelnen betreffenden Vorschriften befinden sich in Kapitel VI (Artikel 208 bis 214) der Durchführungsverordnung. Gemäß Artikel 209 der Durchführungsverordnung regelt der Hafendirektor die Dienstleistung des Festmachens; er stellt die Angemessenheit der Dienstleistung im Hinblick auf die Erfordernisse des Hafens sicher und kann u.a. in den Häfen, in denen ein solches Erfordernis besteht, die Festmacher in Gruppen organisieren. Artikel 212 der Durchführungsverordnung sieht schließlich vor, daß in jedem Hafen die Tarife für die Festmachmanöver vom Direktor des Seeamtsbezirks festgelegt werden.

12 Die für den Hafen von Genua geltende spezifische Regelung ist das Dekret Nr. 759 des Präsidenten des Consorzio autonomo del porto di Genova (unabhängiger Hafenverband Genua), durch das die Festmachergruppe von Genua errichtet wurde, sowie der Erlaß über die maritimen Dienstleistungen und die Hafenpolizei vom 1. März 1972, dessen Artikel 13 bestimmt:

„Die Inanspruchnahme der Leistungen der Festmacher für die Fest- und Losmachmanöver der Schiffe ist freigestellt ...

Sofern das Schiff keine Leistungen von Festmachern anfordert, ist das Festmachen ausschließlich von der Schiffsbesatzung durchzuführen."

13 Nach den Ausführungen des nationalen Gerichts macht der zweite Absatz dieser Bestimmung die Inanspruchnahme der Dienste der Festmachergruppe von Genua faktisch obligatorisch.

14 Für den Hafen von La Spezia ist die spezifische Regelung in dem Dekret Nr. 20 des Direktors des Seeamtsbezirks La Spezia vom 16. Juli 1968 enthalten. Durch Artikel 1 dieses Dekrets wird eine Festmachergruppe errichtet. Artikel 2 bestimmt, daß diese Gruppe

„die Dienstleistungen des Fest- und Losmachens erbringt und für die Gewährleistung der Sicherheit im Hafen sorgt. Diese Dienstleistung ist verbindlich für Schiffe von mehr als 500 BRT. Schiffe mit geringerer Bruttoregistertonnenzahl können das betreffende Manöver von der Schiffsbesatzung durchführen lassen, sofern sie den Verkehr nicht behindern und weder die Sicherheit im Hafen noch die Sicherheit der Besatzung gefährden. Es ist ausdrücklich verboten, zur Durchführung der Dienstleistungen des Festmachens Personen heranzuziehen, die nicht der genannten Gruppe angehören."

15 Was die Festlegung der Tarife für die Festmachmanöver angeht, weicht die Darstellung im Vorlagebeschluß, der im Rahmen eines summarischen, nichtstreitigen Verfahrens ergangen ist und somit nur die sachlichen Darstellungen und rechtlichen Ausführungen der Corsica Ferries enthält, von der Darstellung der Festmachergruppen von Genua und von La Spezia, der italienischen Regierung und der Kommission ab. Trotz der der Corsica Ferries vom Gerichtshof gestellten schriftlichen Fragen zu diesem Punkt konnten einige Aspekte nicht geklärt werden, und die Parteien bleiben zu bestimmten Punkten bei einer unterschiedlichen Auslegung.

16 Nach dem Vorlagebeschluß gibt es keine gesetzliche Regelung darüber, welche Kriterien die Hafendirektoren bei der Festsetzung der Tarife für die Dienstleistungen des Festmachens zugrunde zu legen haben. Diese Tarife würden in manchen Fällen auf der Grundlage von zwischen Unternehmen des Sektors getroffenen Vereinbarungen festgelegt und anschließend durch einen Akt der Verwaltung für anwendbar erklärt.

17 Die Festmachergruppen von Genua und la Spezia, die italienische Regierung und die Kommission hingegen machten geltend, es sei das Gesetz Nr. 160/89 vom 5. Mai 1989 (GURI Nr. 139 vom 16. Juni 1989) zugrunde zu legen, das in Artikel 9 Absatz 7 bestimme, daß der Minister für die Handelsmarine nach Konsultation der auf nationaler Ebene repräsentativsten gewerkschaftlichen Organisationen des Sektors, der anderen Sozialpartner und der betroffenen Unternehmen nationale Harmonisierungsvorschriften hinsichtlich der Tarife für Hafendienstleistungen und -manöver festsetze. Die so vorgesehene Neuordnung der Tarife sei insbesondere durch den Erlaß Nr. 8/1994 des Ministers für die Handelsmarine vom 19. September 1994 geregelt worden, in dem die Kriterien niedergelegt seien, die die Hafenbehörden bei der Festsetzung der Tarife zu beachten hätten.

18 Nach dem Vorbringen der genannten Parteien werden die Tarife aufgrund einer Formel berechnet, durch die die mit der Erbringung der Dienstleistung des Festmachens verbundenen Kosten anteilig auf die verschiedenen Gruppen der Hafenbenutzer verteilt werden sollen. Im Hinblick auf die Anwendung der Tarife würden die Benutzer nach der Bruttotonnage der Schiffe in verschiedene Gruppen eingeteilt; sie könnten für bestimmte Arten von Schiffen, wie Fahrzeugfähren, oder im Zusammenhang mit häufigem Anlegen Ermäßigungen erhalten. Die Höhe des für zwei Jahre geltenden Tarifs werde auf der Grundlage des voraussichtlichen Gesamtumsatzes jeder Festmachergruppe berechnet, der wiederum vom Verkehrsaufkommen in dem betreffenden Hafen abhänge. Vor Erlaß der Entscheidung der Hafenbehörde, mit der der Tarif für jeden einzelnen Hafen festgesetzt werde, könnten die Betroffenen, sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite, ihren Standpunkt geltend machen.

19 Die Tarife für die Häfen Genua und La Spezia wurden durch Dekrete vom 20. Oktober 1994 bzw. vom 27. September 1994 veröffentlicht.

(...)

Zur ersten Frage

29 Die erste Frage des nationalen Gerichts geht im wesentlichen dahin, ob Artikel 30 EG-Vertrag einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Seeschiffahrtsunternehmen, deren Schiffe die Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats anlaufen, gegen Zahlung eines Entgelts, das über die tatsächlichen Kosten der erbrachten Leistung hinausgeht, die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen, die Inhaber ausschließlicher Konzessionen sind, in Anspruch nehmen müssen. Das nationale Gericht hat Zweifel, ob die im Ausgangsrechtsstreit streitige Regelung, obwohl sie nicht unmittelbar die Waren betreffe, insoweit gegen Artikel 30 EG-Vertrag verstoße, als sie die Beförderung verteuere und somit die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten behindere.

30 Die im Ausgangsverfahren streitige Regelung findet unterschiedslos auf alle italienischen und ausländischen Schiffe Anwendung, die einen der betreffenden Häfen anlaufen. Sie schreibt vor, daß die Dienstleistungen der örtlichen Festmacher, die für das Los- und Festmachen über eine ausschließliche Konzession verfügen, gegen Entgelt in Anspruch genommen werden müssen. Was die möglichen Auswirkungen dieser Verpflichtung auf den freien Warenverkehr angeht, handelt es sich erstens im vorliegenden Fall im wesentlichen um eine Dienstleistung der Seeschiffahrt, die sowohl Personen als auch Waren betrifft. Selbst wenn es nur um die Beförderung von Waren ginge, ergibt sich zweitens aus den Akten des Vorlageverfahrens, daß bei einem Schiff der Preis der Festmacherleistungen weniger als 5 % der Hafenkosten ausmacht, die insgesamt 12 % bis 14 % der Beförderungskosten betragen, die wiederum in die Kosten der beförderten Waren zu 5 % bis 10 % eingehen. Die Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Festmachens würde für die beförderten Waren zusätzliche Kosten von etwa 0,5 % bedeuten.

31 Eine Regelung wie die des Ausgangsverfahrens unterscheidet folglich nicht nach dem Ursprung der beförderten Waren und soll nicht den Warenhandel mit den anderen Mitgliedstaaten regeln; die beschränkenden Wirkungen, die sie auf den freien Warenverkehr haben könnte, sind zu ungewiß und zu indirekt, als daß die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern (Urteile vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-379/92, Peralta, Slg. 1994, I-3453, Randnr. 24, und vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, I-2883, Randnr. 41).

(...)

Zur dritten Frage

33 Die dritte Frage, die vor der zweiten Frage zu untersuchen ist, um die in den Akten enthaltenen Angaben zum tatsächlichen und rechtlichen Rahmen optimal zu nutzen, geht im wesentlichen dahin, ob die Artikel 3, 5, 85, 86 und 90 EG-Vertrag der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die für in diesem Staat niedergelassene Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung des Fest- und Losmachens begründet, die zur Inanspruchnahme dieser Leistung gegen ein Entgelt verpflichtet, das über die tatsächlichen Kosten der Leistungen hinausgeht, und die für die einzelnen Häfen unterschiedliche Tarife für gleiche Leistungen vorsieht.

34 Die Wettbewerbsregeln des Vertrages finden auf den Verkehrssektor Anwendung (vgl. Urteile vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5801, Randnr. 12, und vom 9. Juni 1994 in der Rechtssache C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Slg. 1994, I-2517, Randnr. 12).

35 Die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag betreffen an sich nur das Verhalten von Unternehmen, nicht aber durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten (Urteil Centro Servizi Spediporto, Randnr. 20, und die dort zitierte Rechtsprechung).

Zu den Artikeln 86 und 90 EG-Vertrag

36 Das nationale Gericht hat Zweifel, ob die Festmachergruppe von Genua und von La Spezia nicht die beherrschende Stellung mißbrauchen, die sie auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes aufgrund der ihnen von den italienischen Behörden eingeräumten ausschließlichen Rechte innehaben.

37 Der hier geltend gemachte Mißbrauch umfasse drei Aspekte. Er könne in der Einräumung ausschließlicher Rechte an die örtlichen Festmachergruppen bestehen, die die Schiffahrtsunternehmen darin hindere, bei den Festmachmanövern auf ihr eigenes Personal zurückzugreifen, in der unverhältnismäßigen Höhe des Entgelts der Dienstleistung, das in keinem Zusammenhang mit den tatsächlichen Kosten der tatsächlich erbrachten Leistung stehe, und in der Festlegung unterschiedlicher Tarife für gleiche Leistungen in den verschiedenen Häfen.

38 Bezüglich der Abgrenzung des relevanten Marktes geht aus dem Vorlagebeschluß hervor, daß es sich hierbei um den Markt der Durchführung von Festmachmanövern in den Häfen von Genua und La Spezia für Rechnung Dritter handelt. Angesichts des Umfangs des Verkehrs in diesen Häfen und ihrer Bedeutung für den innergemeinschaftlichen Handel kann dieser Markt als ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden (Urteile vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 15, und vom 12. Februar 1998 in der Rechtssache C-163/96, Raso u.a., Slg. 1998, I-533, Randnr. 26).

39 Was das Bestehen ausschließlicher Rechte angeht, so kann nach ständiger Rechtsprechung ein Unternehmen, das für ein wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattet ist, als ein Unternehmen angesehen werden, das eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages besitzt (Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 28, vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 31, und Urteil Merci convenzionali porto di Genova, Randnr. 14, und Raso u.a.,, Randn. 25).

40 Die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages ist zwar als solche noch nicht mit Artikel 86 unvereinbar, doch verstößt ein Mitgliedstaat gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht (Urteile Höfner und Elser, Randnr. 29, ERT, Randnr. 37, Merci convenzionali porto di Genova, Randnr. 17, und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Slg. 1994, I-5077, Randnr. 18, und Raso u.a., Randnr. 27).

41 Hieraus folgt, daß ein Mitgliedstaat ohne Verstoß gegen Artikel 86 EG-Vertrag örtlichen Festmachergruppen ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung des Fest- und Losmachens einräumen kann, wenn diese Gruppen ihre beherrschende Stellung nicht mißbräuchlich ausnutzen oder nicht gezwungen sind, einen solchen Mißbrauch zu begehen.

(...)

44 Es ist also zu prüfen, ob die in Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag vorgesehene Ausnahme von der Geltung der Wettbewerbsregeln hier anwendbar ist. Hierzu ist zu untersuchen, ob die Dienstleistung des Festmachens als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, und, falls ja, ob erstens die Erfüllung dieser besonderen Aufgabe nur durch Dienstleistungen gesichert werden kann, für die ein die tatsächlichen Kosten der Dienstleistungen übersteigendes Entgelt zu entrichten ist und deren Tarife für die einzelnen Häfen unterschiedlich sind, und ob zweitens die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (vgl. in diesem Sinne das Urteil vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 32).

45 Aus den Akten des Ausgangsverfahrens ergibt sich, daß an den Festmachmanövern ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das im Vergleich zu anderen Tätigkeiten des Wirtschafts-

lebens besondere Merkmale aufweist und aufgrund dessen diese Tätigkeiten deshalb in den Anwendungsbereich des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag fallen können. Die Festmacher sind nämlich verpflichtet, jederzeit für alle Hafenbenutzer einen allgemeinen Festmacherdienst bereitzustellen, und zwar aus Gründen der Sicherheit in den Hafengewässern. Jedenfalls durfte es die Italienische Republik aus Gründen der öffentlichen Sicherheit für erforderlich halten, örtlichen Festmachergruppen das ausschließliche Recht einzuräumen, den allgemeinen Festmacherdienst sicherzustellen.

46 Unter diesen Voraussetzungen verstößt es nicht gegen die Artikel 86 und 90 Absatz 1 EG-Vertrag, in den Preis der Dienstleistung einen Bestandteil aufzunehmen, durch den die Kosten der Bereitstellung des allgemeinen Festmacherdienstes gedeckt werden sollen, soweit dieser Bestandteil den zusätzlichen Kosten entspricht, die sich aus den besonderen Merkmalen dieser Dienstleistung ergeben, und für diese Dienstleistung aufgrund der besonderen Situation jedes Hafens unterschiedliche Tarife vorzusehen.

47 Sofern die Festmachergruppen tatsächlich von dem Mitgliedstaat mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag betraut worden sind und die weiteren in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahme von der Geltung der Vertragsregeln vorliegen, verstößt folglich eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche nicht gegen Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag.

Zu Artikel 85 EG-Vertrag

48 Das nationale Gericht hat auch Zweifel, ob das bei der Festsetzung der Tarife für die Dienstleistungen des Festmachens angewandte Verfahren mit Artikel 85 EG-Vertrag vereinbar ist.

49 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, liegt eine Verletzung der Artikel 5 und 85 vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel 85 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (Urteil Centro Servizi Spediporto, Randnr. 21, und die dort zitierte Rechtsprechung).

50 Zum einen enthalten die Akten des Vorlageverfahrens nichts, was auf das Vorliegen einer Absprache im Sinne des Artikels 85 EG-Vertrag schließen ließe.

51 Zwar sind nämlich die Festmachergruppen tatsächlich Unternehmen im Sinne der genannten Bestimmung, doch führt eine Vereinbarung zwischen diesen Gruppen auf nationaler Ebene, sollte sie vorliegen, nicht zur Festlegung eines gemeinsamen Preises für alle Häfen, da der Tarif anhand einer mathematischen Formel berechnet wird, auf die verschiedene mit den Besonderheiten der einzelnen Häfen zusammenhängende Berichtigungsfaktoren angewandt werden. Im übrigen ist es, selbst wenn nachgewiesen würde, daß die Häfen innerhalb eines einzigen geographischen Marktes miteinander im Wettbewerb stehen, wovon der Vorlagebeschluß ausgeht, kaum möglich, die einschränkenden Wirkungen einer möglichen Vereinbarung festzustellen, da in jedem der betroffenen Häfen ausschließliche Rechte eingeräumt werden und es somit keinen potentiellen Wettbewerber für die örtliche Festmachergruppe gibt. Aus den Akten des Ausgangsverfahrens ist somit nicht ersichtlich, daß eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegt, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.

52 Zum anderen ergibt sich aus den Akten des Ausgangsverfahrens auch nicht, daß die italienischen Behörden ihre Befugnisse im Bereich der Tariffestsetzung den Festmachergruppen von Genua und von La Spezia übertragen hätten. In den beiden betroffenen Häfen wurden die Tarife für die Dienstleistung des Festmachens nämlich gemäß Artikel 212 der Durchführungsverordnung von der örtlichen Seeamtsbehörde nach einer allgemeinen Formel festgesetzt, die auf nationaler Ebene von den Verwaltungsbehörden festgelegt worden war, und zwar nach Anhörung nicht nur der betroffenen Festmachergruppen, sondern auch der Vertreter der Benutzer und der Schiffahrtsagenten der Häfen Genua und La Spezia. Die Beteiligung der Festmacher an dem Verwaltungsverfahren zur Erstellung der Tarife kann nicht als eine Absprache zwischen Wirtschaftsteilnehmern angesehen werden, die die Behörden vorgeschrieben oder gefördert oder deren Wirkungen sie verstärkt hätten.

53 Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige verstößt somit nicht gegen Artikel 85 EG-Vertrag.

(...)

Zur zweiten Frage

55 Die zweite Frage des nationalen Gerichts geht im wesentlichen dahin, ob die Verordnung Nr. 4055/86 in Verbindung mit Artikel 59 EG-Vertrag der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, nach der die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen gegen Entgelt die Dienstleistungen der örtlichen Festmachergruppen, die Inhaber einer ausschließlichen Konzession sind, in Anspruch nehmen müssen, wenn ihre Schiffe die Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats anlaufen.

56 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Artikel 59 EG-Vertrag nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für solche anderer Mitgliedstaaten gelten -, die geeignet sind, die Tätigkeit von Dienstleistungserbringern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, zu unterbinden oder zu behindern (Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12, und vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95, SETTG, Slg. 1997, I-3091, Randnr. 16).

57 In dieser Hinsicht scheint die beanstandete Regelung, wie der Generalanwalt in Nummer 35 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, keine Artikel 59 EG-Vertrag und Artikel 9 der Verordnung Nr. 4055/86 zuwiderlaufende offene oder verdeckte Diskriminierung zu enthalten.

58 Im Hafen von Genua gilt die Verpflichtung zur Inanspruchnahme der Leistungen des Festmachens, die von der Festmachergruppe von Genua erbracht werden, unterschiedslos für alle Seeschiffahrtsunternehmen. Im Hafen von La Spezia müssen alle Betreiber von Schiffen mit mehr als 500 BRT die Leistungen der Festmachergruppen von La Spezia in Anspruch nehmen. Ein Unternehmen, wie die Corsica Ferries, das Fahrzeugfähren betreibt, ist also genauso verpflichtet, die Dienstleistungen des Festmachers in Anspruch zu nehmen, wie die italienischen Seeschiffahrtsunternehmen, die Schiffe gleicher Größe betreiben.

59 Zur Frage einer möglichen Beschränkung der freien Erbringung der Dienstleistung des Festmachens genügt die Verweisung auf die Ausführungen zur Anwendung der in Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahme von den Vertragsregeln, um zu der Schlußfolgerung zu gelangen, daß eine solche Beschränkung, selbst wenn sie vorliegen sollte, nicht gegen Artikel 59 EG-Vertrag verstößt, sofern die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 vorliegen.

60 Was die Frage einer möglichen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in bezug auf die Seeschiffahrt betrifft, so ist die Dienstleistung des Festmachens eine nautische Leistung, die für die Aufrechterhaltung der Sicherheit in den Hafengewässern wesentlich ist und die die Merkmale eines öffentlichen Versorgungsdienstes (Allgemeinheit, Beständigkeit, Erfüllung von im öffentlichen Interesse liegenden Erfordernissen, Regelung und Aufsicht durch die Verwaltung) aufweist. Unter dem Vorbehalt, daß der über die tatsächlichen Kosten der Leistung hinausgehende Teil des Entgelts tatsächlich den zusätzlichen Kosten entspricht, die die Bereitstellung eines allgemeinen Festmacherdienstes mit sich bringt, könnte die Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines örtlichen Festmacherdienstes, selbst wenn sie eine Behinderung oder Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Seeschiffahrt darstellen könnte, nach Artikel 56 EG-Vertrag aus den von den Festmachergruppen geltend gemachten Erwägungen der öffentlichen Sicherheit, auf deren Grundlage die nationale Regelung über das Festmachen erlassen wurde, gerechtfertigt werden.

(...)

Rechtssache C-360/96 – BFI Holding BV –, Urteil v. 10. November 1998 (Slg. 1998, I-6821ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Rechtsangleichung - Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - Richtlinie 92/50 - Öffentliche Auftraggeber - Einrichtung des öffentlichen Rechts - Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art - Begriff - Existenz von Privatunternehmen, die die betreffenden Aufgaben erfüllen können - Unbeachtlich*
(Richtlinie 92/50 des Rates, Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2)

2 *Rechtsangleichung - Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - Richtlinie 92/50 - Ausnahme nach Artikel 6 der Richtlinie - Voraussetzung - Beachtung der Vertragsvorschriften (EG-Vertrag, Artikel 85 ff., Richtlinie 92/50 des Rates, Artikel 6)*

3 *Rechtsangleichung - Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - Richtlinie 92/50 - Öffentliche Auftraggeber - Einrichtung des öffentlichen Rechts - Beurteilung unabhängig vom Anteil der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art und deren Modalitäten*
(Richtlinie 92/50 des Rates, Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2)

(...)

1 Artikel 1 Buchstabe Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, der bestimmt, daß als „Einrichtung des öffentlichen Rechts ... jede Einrichtung [gilt], die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind" ist dahin auszulegen, daß der Richtliniengeber zwischen den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, einerseits und den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die gewerblicher Art sind, andererseits unterschieden hat.

Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art schließt Aufgaben nicht aus, die von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden könnten. Das Vorliegen von Wettbewerb schließt es nämlich, für sich genommen, nicht aus, daß eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten läßt.

Jedoch ist das Vorliegen von Wettbewerb für die Beantwortung der Frage, ob eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art ist, nicht völlig unerheblich. Solche Aufgaben werden nämlich allgemein auf andere Art als durch das Angebot von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt. Im allgemeinen handelt es sich dabei um solche Aufgaben, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.

Das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen ist eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Sie kann möglicherweise durch das Angebot von Dienstleistungen der Müllabfuhr, das zur Gänze oder zum Teil private Unternehmer den Bürgern machen, nicht in dem Maß erfüllt werden, das aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes für erforderlich gehalten wird. Daher gehört sie zu denjenigen Aufgaben, die ein Staat von Behörden wahrnehmen lassen kann oder auf die er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.

2 Die Bezugnahme auf Artikel 6 der Richtlinie 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, wonach die Richtlinie „nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen [gilt], die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b ist", setzt voraus, daß die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, aufgrund deren der Einrichtung ein ausschließliches Recht eingeräumt wurde, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Der Schutz von Unternehmen, die mit Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Wettbewerb stehen, ist so durch die Artikel 85 ff. EG-Vertrag gewährleistet.

3 Die Eigenschaft einer Stelle als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe

öffentlicher Dienstleistungsaufträge hängt nicht davon ab, welchen Anteil die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art an der Tätigkeit der betreffenden Stelle ausmacht. Es ist ebenfalls unerheblich, ob von einer separaten juristischen Person, die zu derselben Gruppe oder demselben Konzern gehört, gewerbliche Tätigkeiten ausgeübt werden.

(...)

Urteil

1 Der Gerechtshof Arnheim hat mit Urteil vom 29. Oktober 1996, beim Gerichtshof eingegangen am 5. November 1996, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag sieben Fragen nach der Auslegung der Artikel 1 Buchstabe b und 6 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Gemeente Arnheim und der Gemeente Rheden (nachstehend: die Gemeinden) und der BFI Holding BV (nachstehend: BFI), die geltend macht, die Vergabe eines Auftrags zur Sammlung von Abfällen müsse nach dem in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren erfolgen.

Die anwendbaren Gemeinschaftsvorschriften

3 Artikel 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt u.a.:

„Im Sinne dieser Richtlinie

b) gelten als *‚öffentliche Auftraggeber'* (im folgenden ‚Auftraggeber' genannt) der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als *‚Einrichtung des öffentlichen Rechts'* gilt jede Einrichtung,

- die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
- die Rechtspersönlichkeit besitzt und
- die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Die Verzeichnisse der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien solcher Einrichtungen, die die in Unterabsatz 2 dieses Buchstabens genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang I der Richtlinie 71/305/EWG enthalten. Diese Verzeichnisse sind so vollständig wie möglich und können nach dem Verfahren gemäß Artikel 30b der Richtlinie 71/305/EWG revidiert werden; ..."

4 Artikel 6 der Richtlinie 92/50 sieht vor:
„Diese Richtlinie gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat."

Die niederländischen Rechtsvorschriften

5 Die Richtlinie 92/50 wurde durch ein Rahmengesetz vom 31. März 1993 (Stbl. 12) über die Vergabe öffentlicher Lieferungsaufträge, Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Artikel 13 der Verordnung über öffentliche Aufträge vom 4. Juni 1993 (Stbl. 305) in der durch Verordnung vom 30. Mai 1994 geänderten Fassung (Stbl. 379) in das niederländische Recht umgesetzt.

6 Die Artikel 10.10 und 10.11 der Wet milieubeheer (Umweltschutzgesetz) legen den Gemeinden die Verpflichtung auf, dafür zu sorgen, daß Hausmüll auf jedem auf ihrem Gebiet gelegenen Grundstück, wo solcher Abfall regelmäßig anfallen kann, mindestens einmal pro Woche abgeholt wird, und eine Stelle zu bestimmen, die diese Müllabfuhr übernimmt.

7 Gemäß Artikel 2 der Afvalstoffenverordening (Verordnung über Abfälle) der Gemeinde Rheden in der am 21. Dezember 1993 geänderten Fassung ist die für das Abholen zuständige Einrichtung der „Dienst Openbare Werken en Woningzaken, Afdeling Wegen en Reinging (Stadtwerke und Wohnungsangelegenheiten, Abteilung Wege und Stadtreinigung) oder der an dessen Stelle tretende selbständige Dienst". Artikel 2 der Abfallverordnung der Gemeinde Arnheim in der Fassung vom 4. Juli 1994 bestimmt zum Müllabfuhrdienst den Dienst Milieu en Openbare Werken (Umwelt und öffentliche Arbeiten). Dort heißt es außerdem: „Ab 1. Juli 1994 übernimmt die NV ARA, der neue unabhängige kommunale Reinigungsdienst, die Müllabfuhr".

Der Ausgangsrechtsstreit

8 Im Jahre 1993 beschlossen die Gemeinden, die kommunalen Müllabfuhrdienste zusammenzulegen und sie einer neuen juristischen Person zu übertragen. Mit Beschlüssen vom 6. bzw. 28. Juni 1994 gründeten sie die Aktiengesellschaft ARA und übertrugen ihr eine Reihe von im Gesetz über die Abfallbeseitigung vorgesehene Aufgaben, im Fall der Gemeinde Arnheim auch Aufgaben der Stadtreinigung.

9 Die ARA wurde am 1. Juli 1994 gegründet. Artikel 2 ihrer Satzung bestimmt:

„1. Gesellschaftszweck ist

a) die Vornahme aller Handlungen auf wirtschaftlichem Gebiet, die darauf gerichtet sind, Abfälle - wie z. B. Hausmüll, Industriemüll und die verschiedenen Sorten dieses Mülls - auf effiziente, wirksame und umweltverträgliche Weise abzuholen (und wenn möglich wiederzuverwerten), sowie die Ausübung von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Reinigung von Straßen und Kanälen, der Ungezieferbekämpfung und der Desinfektion;

b) die (Mit-)Gründung von, die Zusammenarbeit mit, die Beteiligung an, die (Mit-) Leitung von und die Beaufsichtigung von sowie die Übernahme und Finanzierung von anderen Unternehmen, deren Tätigkeit irgendeinen Bezug zu den unter a) beschriebenen Tätigkeiten haben;

c) die Vornahme aller Handlungen auf wirtschaftlichem Gebiet, die mit den oben genannten Tätigkeiten zusammenhängen oder ihnen förderlich sein können (sofern dadurch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt werden).

2. Die Gesellschaft führt diese Tätigkeiten in sozial annehmbarer Weise durch."

10 Artikel 6 der Satzung bestimmt, daß Aktionäre nur juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Gesellschaften sein dürfen, deren Anteile zu mindestens 90 % von diesen juristischen Personen gehalten werden, und ferner die Gesellschaft selbst. Gemäß Artikel 13 Absatz 2 ernennen die Gemeinden fünf der mindestens sieben und höchstens neun Mitglieder des Aufsichtsrats.

11 In der Präambel der zwischen den Gemeinden und der ARA geschlossenen Rahmenvereinbarungen ist u.a. vorgesehen, daß die Gemeinden diese Aufgaben ausschließlich der ARA übertragen möchten und sie ihr deshalb entsprechende Konzessionen erteilt hätten.

12 Zum Entgelt der ARA bestimmt Artikel 8 der Rahmenvereinbarung zwischen der Gemeinde Rheden und der ARA u.a.:

„8.1. Die Gemeinde Rheden zahlt der ARA für die von ihr geleisteten Dienste noch zu bestimmende Vergütungen.

8.2. Die in Absatz 1 genannten Vergütungen werden durch Hinzufügung eines entsprechenden Absatzes zu den Spezifikationen und Qualitätsnormen für die verschiedenen Tätigkeiten, die in den Teilverträgen enthalten sind, bestimmt.

8.3. Die effektiven Vergütungen für die erbrachten Dienstleistungen werden festgelegt:

a. entweder aufgrund der zuvor je Maßnahme, je Ergebnis oder je Leistungseinheit vereinbarten Einheitspreise;

b. oder aufgrund eines zuvor für eine bestimmte Aufgabe vereinbarten Festpreises;

c. oder aufgrund der Inrechnungstellung der tatsächlich entstandenen Kosten.

..."

13 Artikel 9 dieser Rahmenvereinbarung enthält folgende Bestimmungen:

„9.1. Vorschüsse auf die oben genannten Vergütungen werden zu Fälligkeitsterminen bezahlt, die noch festzulegen sind, oder für Gruppen von Maßnahmen, Ergebnissen oder Leistungseinheiten. Diese Vorschüsse werden von den endgültigen Zahlungen abgezogen.

9.2. Wenn die ARA für die Gemeinde Rheden Handlungen in Rechnung stellt und/oder Inkassogeschäfte durchführt oder andere Zahlungen von Dritten im Namen der Gemeinde Rheden erhält, sind diese Einkünfte der Gemeinde nach den noch zu vereinbarenden Modalitäten zu übertragen. Was das Zahlungsrisiko dieser Beträge angeht, ist ebenfalls noch eine genauere Regelung zu treffen."

14 Artikel 7 der zwischen der Gemeinde Rheden und der ARA geschlossenen Dienstleistungsvereinbarung über das Abholen von Haushaltsabfällen sieht vor, daß die von der Gemeinde an die ARA für das Abholen und die Beförderung der Abfälle zu zahlende Vergütung sowie die hinsichtlich dieser Vergütung anzuwendende Berechnungsmethode im Durchführungsplan beschrieben werden.

15 Die gleichen Vergütungsmodalitäten wurden zwischen der Gemeinde Arnheim und der ARA vereinbart.

16 Während die ARA zunächst alle Aktivitäten des Abholens von Haushaltsabfällen, der Stadtreinigung und des Abholens industrieller Abfälle wahrnahm, wurden diese später auf sie und die Aktiengesellschaft Aracom aufgeteilt. Während die ARA weiterhin das Abholen von Haushaltsabfällen besorgt, wurde der Aracom das Abholen gewerblicher Abfälle übertragen. Außerdem wurde eine Holdinggesellschaft, die ARA Holding NV, gegründet, die das gesamte Kapital dieser beiden Gesellschaften hält.

17 Die BFI ist ein Privatunternehmen, das u.a. auf dem Gebiet der Abfuhr und der Behandlung von Haushaltsabfällen und gewerblichen Abfällen tätig ist.

18 Am 2. November 1994 erhob die BFI Klage bei der Arrondissementsrechtbank Arnheim auf Feststellung, daß die Richtlinie 92/50 auf die Vergabe des der ARA erteilten Auftrags anwendbar sei, so daß die Gemeinden das in dieser Richtlinie vorgesehen Vergabeverfahren hätten anwenden müssen. Die Arrondissementsrechtbank Arnheim gab der Klage der BFI mit Urteil vom 18. Mai 1995 statt. Sie stellte fest, die betreffende Tätigkeit sei nicht aufgrund eines ausschließlichen Rechts einer Einrichtung übertragen worden; die gemäß veröffentlichter Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ein solches innehabe, so daß die Ausnahme des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 nicht anwendbar sei.

19 Die Gemeinden legten gegen diese Entscheidung Berufung beim Gerechtshof Arnheim ein.

20 In seinem Zwischenurteil vom 25. Juni 1996 wies der Gerechtshof Arnheim die Auslegung der Arrondissementsrechtbank zurück, der Auftrag sei nicht im Sinne des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 an eine Einrichtung vergeben worden, die nach veröffentlichten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften über ein ausschließliches Recht verfügt.

21 Er stellte fest, nach dem Umweltschutzgesetz seien die Gemeinden verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Hausmüll abgeholt werde. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hätten sie durch die Beschlüsse vom 6. bzw. 28. Juni 1994 die ARA als einzigen Müllabfuhrdienst bestimmt. Sie hätten außerdem ausdrücklich ihre Abfallverordnungen geändert; diese räumten der ARA ein ausschließliches Recht ein, da sie es anderen Müllabfuhrdiensten verböten, Hauhaltsabfälle ohne vorherige Genehmigung des Gemeindevorstands abzuholen.

22 Der Gerechtshof Arnheim war also der Auffassung, die ARA falle unter die in Artikel 6 der Richtlinie 92/50 vorgesehene Ausnahme, wenn sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 anzusehen sei.

(...)

Zur ersten Frage

31 Mit seiner ersten Frage begehrt das nationale Gericht Auskunft über das Verhältnis zwischen den Ausdrücken „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" und „nicht gewerblicher Art". Es fragt insbesondere, ob der letztere Ausdruck den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben auf solche reduzieren soll, die nicht gewerblicher Art sind, oder ob er im Gegenteil bedeutet, daß alle im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art sind.

32 Aus dem Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 in ihren verschiedenen Sprachfassungen ergibt sich hierzu, daß das Kriterium der „nicht gewerblichen Art" den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne dieser Bestimmung präzisieren soll.

(...)

34 Außerdem kann nur die Auslegung des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 dahin, daß durch ihn innerhalb der Gruppe der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben eine Untergruppe derjenigen Aufgaben geschaffen wurde, die nicht gewerblicher Art sind, seine praktische Wirksamkeit sicherstellen.

35 Wäre der Richtliniengeber nämlich der Auffassung gewesen, alle im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben seien nicht gewerblicher Art, so hätte er dies nicht eigens festgehalten, da von diesem Standpunkt aus der zweite Teil der Definition überflüssig wäre.

(...)

Zur dritten Frage

38 Die dritte Frage des nationalen Gerichts geht dahin, ob der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, Aufgaben ausschließt, die auch von Privatunternehmen erfüllt werden.

39 Nach dem Vorbringen der BFI kann es sich nicht um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handeln, wenn Privatunternehmen dieselben Aufgaben erfüllen könnten, also ein Wettbewerb hinsichtlich dieser Aufgaben möglich ist. Im vorliegenden Fall übertrage mehr als die Hälfte der niederländischen Gemeinden die Müllabfuhr privaten Unternehmen. Es handele sich also um einen gewerblichen Markt; die Marktteilnehmer seien keine Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50.

40 Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 92/50 stellt nur auf die Aufgaben ab, die die Einrichtung zu erfüllen hat, nicht aber darauf, ob diese Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden können.

41 Weiter soll die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in der Gemeinschaft die Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten.

42 Folglich besteht der Zweck der Richtlinie 92/50 darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen (vgl. in diesem Sinne Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u.a., Randnr. 33).

43 Das Vorliegen von Wettbewerb schließt es jedoch, für sich genommen, nicht aus, daß eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten läßt. So könnte eine solche Stelle z. B. finanzielle Einbußen hinnehmen, um eine bestimmte Einkaufspolitik der Einrichtung zu verfolgen, mit der sie eng verbunden ist.

44 Da Aufgaben, die in keinem Fall von Privatunternehmen erfüllt werden könnten, kaum vorstellbar sind, würde zudem der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 möglicherweise seines Inhalts entleert, wenn er zur Voraussetzung hätte, daß kein Privatunternehmen die Aufgaben erfüllen könnte.

45 Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß sich die Auftraggeber durch Anwendung des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 dem Wettbewerb mit Privatunternehmen entziehen könnten, die sich für fähig halten, die gleichen im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wie die betreffende Einrichtung zu erfüllen. Der Schutz von Unternehmen, die mit Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Wettbewerb stehen, ist schon durch die Artikel 85 ff. EG-Vertrag gewährleistet, da Artikel 6 der Richtlinie 92/50 voraussetzt, daß die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, aufgrund deren der Einrichtung ein ausschließliches Recht eingeräumt wurde, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.

46 So hat der Gerichtshof im Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u.a. in Randnummer 24 festgestellt, daß eine Staatsdruckerei im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt, ohne die Frage zu prüfen, ob Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen könnten.

47 Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 kann demgemäß auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten, und das Fehlen von Wettbewerb ist keine notwendige Voraussetzung des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts".

48 Jedoch ist das Vorliegen von Wettbewerb für die Beantwortung der Frage, ob eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art ist, nicht völlig unerheblich.

49 Das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, daß die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, kann darauf hinweisen, daß es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt.

50 Solche Aufgaben werden nämlich im allgemeinen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt, wie das in Anhang I der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) in der Fassung der Richtlinie 93/37 enthaltene Verzeichnis zeigt, auf das Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 Bezug nimmt. Dieses Verzeichnis ist zwar nicht abschließend, soll aber so vollständig wie möglich sein.

51 Aus diesem Verzeichnis ergibt sich, daß es sich im allgemeinen um Aufgaben handelt, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.

52 Das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen ist unbestreitbar eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Sie kann möglicherweise durch das Angebot von Dienstleistungen der Müllabfuhr, das zur Gänze oder zum Teil private Unternehmer den Bürgern machen, nicht in dem Maß erfüllt werden, das aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes für erforderlich gehalten wird. Daher gehört sie zu denjenigen Aufgaben, die ein Staat von Behörden wahrnehmen lassen kann oder auf die er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.

(...)

Zur vierten, zur fünften und zur siebten Frage

54 Die vierte, die fünfte und die siebte Frage des nationalen Gerichts gehen dahin, ob das Tatbestandsmerkmal, daß eine Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, voraussetzt, daß die Tätigkeit dieser Einrichtung in erheblichem Maße die Erfüllung solcher Aufgaben zum Gegenstand hat.

55 Wie der Gerichtshof im Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u.a. in Randnummer 25 festgestellt hat, kommt es nicht darauf an, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben noch andere Tätigkeiten ausüben darf. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben tatsächlich nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.

56 Da die Eigenschaft einer Stelle als Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht davon abhängt, welchen Anteil die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art an der Tätigkeit der betreffenden Stelle ausmacht, ist es erst recht unerheblich, ob von einer separaten juristischen Person, die zu derselben Gruppe oder demselben Konzern gehört, gewerbliche Tätigkeiten ausgeübt werden.

57 Umgekehrt genügt der Umstand, daß ein Unternehmen, das zu einer Gruppe oder zu einem Konzern gehört, eine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist, nicht, um alle Konzernunternehmen als öffentliche Auftraggeber anzusehen (vgl. in diesem Sinne Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u.a., Randnr. 39).

(...)

Verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 – Pavel Pavlov –, Urteil v. 12. September 2000 (Slg. 2000, I-6451ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Sachlicher Geltungsbereich - Kollektivvereinbarungen, mit denen sozialpolitische Ziele erreicht werden sollen - Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, ein Zusatzrentensystem einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft in einem Fonds vorzuschreiben - Einbeziehung - Vereinbarung der Angehörigen eines freien Berufes, die nicht unter dieselbe Regelung fällt wie ein Tarifvertrag zwischen Sozialpartnern (EG-Vertrag, Artikel 85 Absatz 1 [jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG] und Artikel 118 und 118b [die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden]; Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik, Artikel 1 und 4)*

2 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Selbständige Fachärzte - Einbeziehung - Entrichtung von Beiträgen zu einem einzigen Berufsrentenfonds - Unternehmerisches Handeln der Ärzte (EG-Vertrag, Artikel 85, 86 und 90 [jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG])*

3 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Berufsverband mit öffentlich-rechtlicher Rechtsform - Einbeziehung - Fachärzteverband (EG-Vertrag, Artikel 85 [jetzt Artikel 81 EG])*

4 *Wettbewerb - Kartelle - Einrichtung eines Berufsrentenfonds durch die Angehörigen eines freien Berufes - Zulässigkeit - Staatliche Entscheidung, mit der die Pflichtmitgliedschaft im Fonds vorgeschrieben wird - Zulässigkeit (EG-Vertrag, Artikel 5 und 85, 86 und 90 [jetzt Artikel 10 EG und 81 EG])*

5 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Rentenfonds - Einbeziehung - Fehlende Gewinnerzielungsabsicht - Solidaritätsgesichtspunkte - Sozialer Zweck - Unbeachtlich (EG-Vertrag, Artikel 85 ff. [jetzt Artikel 81 EG ff.])*

6 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Rentenfonds, der mit bestimmten Versicherungsleistungen in einem Berufszweig betraut ist - Beherrschende Stellung - Missbrauch - Beurteilungskriterien - Ausschluss (EG-Vertrag, Artikel 86 und 90 [jetzt Artikel 82 EG und 86 EG])*

7 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Rentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems für die Angehörigen eines freien Berufes betraut ist (EG-Vertrag, Artikel 86 und 90 [jetzt Artikel 82 EG und 86 EG])*

1 Im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossene Verträge fallen zwar aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG), dieser Ausschluss vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag kann jedoch nicht auf eine Vereinbarung erstreckt werden, die allen Angehörigen eines Berufes ein bestimmtes Rentenniveau garantieren und daher eine ihrer Arbeitsbedingungen, nämlich ihre Bezüge, verbessern soll, aber nicht im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern geschlossen wurde.

Der Vertrag enthält in dieser Hinsicht keine den Artikeln 118 und 118b EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) oder den Artikeln 1 und 4 des Abkommens zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik entsprechende Bestimmung, nach der die Angehörigen freier Berufe aufgerufen wären, Kollek-

tivvereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu schließen, und die vorsähe, dass solche Vereinbarungen auf Antrag der Angehörigen dieser Berufe vom Staat für sie alle für verbindlich erklärt würden. (vgl. Randnrn. 67-69)

2 Die selbständigen Fachärzte, die als selbständige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf einem Markt, nämlich dem der fachärztlichen Dienstleistungen, erbringen, von ihren Patienten ein Entgelt für diese Dienstleistungen erhalten und die mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken übernehmen, üben eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind daher Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG); an diesem Ergebnis können auch die Komplexität und der technische Charakter ihrer Dienstleistungen sowie der Umstand, dass ihre Berufsausübung Regeln unterliegt, nichts ändern.

Ferner handeln solche Ärzte als Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag und nicht als Endverbraucher, wenn sie in ihrem nationalen Verband entscheiden, gemeinsam zu einem einzigen Berufsrentenfonds beizutragen. (vgl. Randnrn. 76-77, 82)

3 Der Umstand, dass ein Berufsverband eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist, steht der Anwendung von Artikel *85* EG-Vertrag (jetzt Artikel *81* EG), der seinem Wortlaut nach für Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen gilt, nicht entgegen. Daher ist der rechtliche Rahmen, in dem ein Beschluss einer Vereinigung gefasst wird, für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, insbesondere des Artikels 85 EG-Vertrag, ebenso wenig erheblich wie die rechtliche Einordnung dieses Rahmens durch die nationale Rechtsordnung.

Ein Fachärzteverband kann nicht deshalb vom Anwendungsbereich des Artikels *85* EG-Vertrag ausgenommen sein, weil er im Wesentlichen die Aufgabe hat, im Rahmen „von Verhandlungen mit den Behörden über die Kosten des Gesundheitswesens für die Interessen dieser Ärzte„ insbesondere im Bereich ihrer Einkommen, zu denen die Zusatzrenten gehören, einzutreten. (vgl. Randnrn. 85-86)

4 Die Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Berufsrentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds vorzuschreiben, verstößt nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG). Denn die Entscheidung, diesen Fonds einzurichten, schränkt den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht spürbar ein, weil die Kosten des Zusatzrentensystems nur marginalen und mittelbaren Einfluss auf die Endkosten der von den Angehörigen dieses Berufes angebotenen Dienstleistungen haben. Außerdem fügt sich der beim Staat gestellte Antrag, die Pflichtmitgliedschaftvorzuschreiben, in den Rahmen eines unter die Ausübung der Regelungsbefugnis im Sozialbereich fallenden Systems ein, wie es auch in mehreren nationalen Rechtssystemen besteht. Ein solches System soll den Aufbau von zum zweiten Pfeiler des nationalen Rentensystems gehörenden Zusatzrenten fördern und enthält eine Reihe von Schutzvorkehrungen. Daher stehen die Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) und 85 EG-Vertrag nicht der Entscheidung des Staates entgegen, die Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds vorzuschreiben. (vgl. Randnrn. 95, 97-101, Tenor 1)

5 Ein von einer Standesvertretung eines freien Berufes eingerichteter, mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauter Rentenfonds, der die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmt und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet und in dem die Pflichtmitgliedschaft vom Staat für alle Angehörigen des betreffenden Berufes vorgeschrieben worden ist, ist ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG).

Weder das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht eines solchen Fonds noch das Vorliegen von Solidaritätsgesichtspunkten in seiner Funktionsweise genügt, um ihm die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags zu nehmen. Zwänge wie die Verfolgung eines sozialen Zweckes, die genannten Solidaritätsgesichtspunkte und Beschränkungen oder Kontrollen in Bezug auf Investitionen des Fonds hindern nicht daran, die von einem solchen Fonds ausgeübte Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen. (vgl. Randnrn. 117-119, Tenor 2)

6 Ein Rentenfonds, der ein gesetzliches Monopol für bestimmte Versicherungsleistungen in einem Berufszweig eines Mitgliedstaats und daher auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen

Marktes hat, besitzt damit eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG).

Allerdings ist allein die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch einen Mitgliedstaat, indem er ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG) gewährt, als solche noch nicht mit Artikel 86 EG-Vertrag unvereinbar. Der Mitgliedstaat verstößt nur dann gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht.

Ein solcher gegen Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßender Missbrauch liegt u. a. dann vor, wenn der Mitgliedstaat einem Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten gewährt und eine Situation schafft, in der dieses Unternehmen offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach entsprechenden Leistungen zu befriedigen. (vgl. Randnrn. 126-127)

7 Die Artikel 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG und 86 EG) verwehren es dem Staat nicht, einem Rentenfonds das ausschließliche Recht zur Verwaltung eines Zusatzrentensystems für die Angehörigen eines freien Berufes zu gewähren. (vgl. Randnrn. 130, Tenor 3)

(...)

Urteil

1 Das Kantongerecht Nijmegen hat mit fünf Beschlüssen vom 8. Mai 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 15. Mai 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in fünf Rechtsstreitigkeiten zwischen den Fachärzten Pavlov, Van der Schaaf, Kooyman, Weber und Slappendel und jeweils der Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Stiftung Rentenfonds Fachärzte; nachfolgend: Fachärzte-Fonds) über die Weigerung der Kläger der Ausgangsverfahren, ihre Beiträge an den Fachärzte-Fonds zu leisten, die u. a. damit begründet wurde, dass die Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds, aufgrund deren die genannten Beiträge erhoben würden, gegen die Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag verstoße.

Das niederländische Recht

3 Das niederländische Rentensystem ruht auf drei Pfeilern.

4 Der erste besteht aus einer gesetzlichen Grundrente, die vom Staat nach der Algemene Ouderdomswet (Gesetz zur Einführung eines allgemeinen Altersrentensystems) und der Algemene Nabestaandenwet (Gesetz über die Allgemeine Hinterbliebenenversicherung) gewährt wird. Dieses allgemeinverbindliche gesetzliche System begründet für die gesamte Bevölkerung einen Anspruch auf eine Rente in beschränkter Höhe, die unabhängig von dem zuvor tatsächlich bezogenen Lohn ist und auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet wird.

5 Den zweiten Pfeiler bilden die im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger gewährten Zusatzrenten, die in den meisten Fällen die Grundrente ergänzen. Diese Zusatzrenten werden im Allgemeinen im Rahmen von kollektiven Systemen, die für einen Wirtschaftssektor, einen Beruf oder die Arbeitnehmer eines Unternehmens gelten, durch Rentenfonds verwaltet, in denen die Pflichtmitgliedschaft u. a., wie in den Ausgangsverfahren, durch die Wet van 29 Juni 1972: betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (niederländisches Gesetz vom 29. Juni 1972 über die Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem; nachfolgend: WVD) vorgeschrieben worden ist.

6 Der dritte Pfeiler wird durch individuelle, Rentenversicherungs- oder Lebensversicherungsverträge gebildet, die auf freiwilliger Grundlage geschlossen werden können.

7 Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b WVD ist ein Angehöriger eines Berufsstands eine natürliche Person, die in einem bestimmten Berufsstand den diesem Berufsstand entsprechenden Beruf ausübt.

8 Gemäß Artikel 2 Absatz 1 WVD kann der Minister für soziale und Arbeitsmarktfragen auf Antrag eines oder mehrerer nach seiner Auffassung für den betreffenden Berufsstand hinreichend repräsentativer Berufsverbände die Pflichtmitgliedschaft in einem von den Angehörigen des Berufsstands errichteten Berufsrentensystem für alle oder für bestimmte Gruppen von Angehörigen dieses Berufsstands vorschreiben. Der Antrag eines Berufsverbands an den Minister muss zuvor veröffentlicht worden sein; betroffene Dritte werden dazu gehört. Vor seiner Entscheidung kann der Minister den Sociaal-Economische Raad (Wirtschafts- und Sozialrat) und die Verzekeringskamer (Versicherungskammer) hören.

9 Nach Artikel 2 Absatz 2 WVD kann ein Berufsrentensystem nach einem der folgenden drei Modelle errichtet werden:
a) durch die Einrichtung eines Berufsrentenfonds, der als alleiniges ausführendes Organ dieses Systems fungiert;
b) durch eine Verpflichtung für die Angehörigen des Berufsstands, das Berufsrentensystem durch individuelle Versicherungsverträge umzusetzen, die sie nach ihrer Wahl mit dem unter a genannten Berufsrentenfonds abschließen, soweit dies nach dem Berufsrentensystem möglich ist, oder mit einem Versicherer, der die erforderliche Lizenz besitzt;
c) durch ein Rentensystem, bei dem ein Teil dem Modell unter a und der andere dem Modell unter b entspricht.

10 Nach Artikel 2 Absatz 3 WVD muss ein Berufsverband, um beantragen zu können, dass die Pflichtmitgliedschaft in dem von ihm errichteten Berufsrentensystem vorgeschrieben wird, eine juristische Person gründen, die auftritt
a) als Rentenfonds, der das Rentensystem umsetzt, oder
b) als Aufsichtsorgan, das dafür sorgt, dass die Angehörigen des Berufsstands ihrer Pflicht, sich nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der WVD selbst zu versichern, nachkommen, oder
c) teils als Rentenfonds, teils als Aufsichtsorgan.

11 Nach Artikel 2 Absatz 4 WVD bringt die Pflichtmitgliedschaft für diejenigen, für die sie gilt, die Verpflichtung mit sich, die in der Satzung und den Ordnungen der juristischen Person für sie getroffenen Bestimmungen zu beachten.

12 Artikel 2 Absatz 6 WVD verleiht dem zuständigen Minister die Befugnis, die Pflichtmitgliedschaft aufzuheben. Nach Artikel 2 Absatz 7 entfällt die Pflichtmitgliedschaft bei einer Änderung der Finanzgrundlage oder der Satzung und der Ordnungen der juristischen Person, wenn nicht der Minister erklärt, dass er keine Einwände gegen die Änderungen erhebe. Vor seiner Entscheidung kann er den Wirtschafts- und Sozialrat und die Versicherungskammer hören.

13 Artikel 5 Absatz 1 WVD sieht vor, dass der Minister dem Antrag, die Pflichtmitgliedschaft vorzuschreiben, nicht entspricht, wenn bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllt sind. So müssen die Angehörigen des Berufsstands von der Absicht des Berufsverbands, einen solchen Antrag zu stellen, informiert worden sein, das System muss über eine gesunde Finanzgrundlage verfügen, die durch eine mit Gründen versehene versicherungsmathematische Berechnung nachgewiesen ist, und die Satzung und die Ordnungen des Rentenfonds müssen den Vorschriften der WVD entsprechen und die Wahrung der Interessen der Versicherten sowie anderer Betroffener hinreichend gewährleisten.

14 Nach Artikel 8 Absatz 1 WVD enthalten die Satzung und die Ordnung der juristischen Person Bestimmungen u.a. über die Definition des Berufes, für den das Rentensystem gilt, über die Verwaltung der juristischen Person, über die Rechte und Pflichten der Versicherten sowie über die Behandlung von Personen, die moralische Vorbehalte gegen jegliche Art von Versicherung haben.

15 Gemäß Artikel 8 Absatz 2 WVD sind weitere bestimmte Gegenstände in der Satzung und in den Ordnungen der juristischen Person zu regeln, wenn sie als Rentenfonds auftritt, der das Rentensystem verwaltet. Diese betreffen u. a. die Verteilung der Einnahmen und die Anlagen des Fonds.

16 Artikel 8 Absatz 3 WVD ermächtigt den zuständigen Minister, Richtlinien zu den in den Absätzen 1 und 2 genannten Gegenständen zu erlassen. Er erließ solche Richtlinien für die Behandlung von Personen, die moralische Vorbehalte gegen Versicherungen haben. Diese Personen können von der Mitgliedschaft in einem Berufsrentensystem freigestellt werden, wenn sie nachweisen können, dass sie auch sonst in keiner Form versichert sind.

17 Die Artikel 9 und 10 WVD bestimmen, wie ein Berufsrentenfonds das Beitragsaufkommen zu verwalten hat. Nach Artikel 9 muss er grundsätzlich die mit den Rentenverpflichtungen verbundenen Risiken über Verträge, mit Versicherungsunternehmen weitergeben oder rückversichern. Er kann jedoch nach Artikel 10 WVD ausnahmsweise das Beitragsaufkommen selbst und auf eigenes Risiko verwalten und anlegen, wenn er bei der Aufsichtsstelle einen- Managementplan und eine versicherungsmathematische. Berechnung einreicht, in der erläutert wird, wie das finanzielle und versicherungstechnische Risiko gehandhabt werden soll. Außerdem muss dieser Plan von der Versicherungskammer genehmigt werden.

18 Nach Artikel 121 WVD muss die Bilanz eines Fonds, der sich selbst verwaltet, zudem ausweisen, dass seine Aktiva zur Deckung der von ihm eingegangenen Rentenverpflichtungen ausreichen. Gemäß Artikel 9 Absätze 2 und 3 und Artikel 10 Absatz 2 WVD hat der Berufsrentenfonds bei der Versicherungskammer in regelmäßigen Abständen Berichte einzureichen, die seine Finanzlage vollständig wiedergeben und belegen, dass er die Rechtsvorschriften einhält. Die Versicherungskammer stützt sich bei der Ausübung ihrer Aufsichtsfunktion über den Fonds auf diese Berichte.

19 Nach Artikel 26 WVD kann der Minister für soziale und Arbeitsmarktfragen in besonderen Einzelfällen Freistellungen von einzelnen Bestimmungen der WVD gewähren. Er kann u. a. von der Pflichtmitgliedschaft befristet oder unbefristet, unbedingt oder unter bestimmten Bedingungen freistellen.

(...)

23 Nach der Begründung des zur WVD gewordenen Gesetzentwurfs soll es das mit dem Gesetz bezweckte - „kollektive System" ermöglichen, „das Ruhestandseinkommen dem steigenden allgemeinen Einkommensniveau anzupassen", „die jüngeren Angehörigen eines Berufsstands durch ein System versicherungstechnischer Durchschnittsprämien oder Varianten davon zu den höheren Lasten der Versorgung der älteren Angehörigen des Berufsstands heranzuziehen" und „für die Jahre vor dem Inkrafttreten des Systems Rentenansprüche vorzusehen". Diese Ziele könnten durch ein auf Gegenseitigkeit beruhendes System nur dann verwirklicht werden, „wenn grundsätzlich alle Angehörigen des betreffenden Berufsstands davon erfasst werden."

(...)

Die Satzung und die Rentenordnung des Fachärzte-Fonds

25 Der durch die Landelijke Specialisten Vereniging der Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Nationale Vereinigung der Fachärzte der Königlich Niederländischen Gesellschaft zur Förderung der Heilkunst; nachfolgend: LSV) vertretene Berufsstand der Fachärzte errichtete 1973 ein Berufsrentensystem, das durch eine Satzung und, durch eine Rentenordnung geregelt wird.

26 Der Fachärzte-Fonds wurde satzungsgemäß als Stiftung gegründet. Er ist eine juristische Person im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 Buchstabe *c* WVD, die teils als eigenständiger Versicherer auftritt und teils als Aufsichtsorgan, das dafür sorgt, dass die Fachärzte sich individuell versichern.

27 Mit nach Artikel 2 Absatz 1 WVD ergangener Ministerialverordnung vom 18. Juni *1973 (Nederlandse Staatscourant 1973,* S. 121) wurde die Pflichtmitgliedschaft in dem System auf Antrag der LSV vorgeschrieben. Ab dem 31. Januar 1997 ersetzte der Orde van Medische Specialisten (Fachärztekammer; nachfolgend: OMS) die LSV als berufsständische Vertretung. Etwa 8 000 der 15 000 selbständigen oder angestellten Fachärzte in den Niederlanden sind Mitglieder des OMS.

28 Nach Artikel 1 Absatz 1 der Rentenordnung des Fachärzte-Fonds ist dem System jeder Facharzt angeschlossen, der im Verzeichnis der gemäß der Geschäftsordnung der Koninklijke Nederläridsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst anerkannten Fachärzte eingetragen ist, in den Niederlanden seinen Wohnsitz hat, dort als Facharzt praktiziert und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

29 Gemäß Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung können bestimmte Gruppen von Fachärzten die Freistellung von der Pflichtmitgliedschaft beantragen. Dies gilt für einen Facharzt, der

- in einem Kalenderjahr seinen Beruf voraussichtlich ausschließlich in einem Beschäftigungsverhältnis ausübt und deshalb in seiner Eigenschaft als Facharzt einem der folgenden Systeme angeschlossen ist:
  a) einem Rentensystem, das nach einem anderen Gesetz als der Pensioen- en spaarfondsenwet (Spar- und Rentenkassengesetz), der Wet houdende vaststelling van een regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Gesetz über die Festlegung einer Regelung betreffend die Pflichtmitgliedschaft in eine Betriebsrentenfonds; nachfolgend: BPW) oder der WVD oder durch eine allgemeine Verwaltungsanordnung errichtet wurde;
  b) einem Rentensystem; in dem die Pflichtmitgliedschaft gemäß der BPW vorgeschrieben wurde;
  c) einem anderen Rentensystem als dem im vorliegenden Fall fraglichen, in dem die Pflichtmitgliedschaft gemäß der WVD vorgeschrieben wurde;
  d) einem vom Arbeitgeber vor dem 6. Mai 1972 errichteten Rentensystem, das mindestens gleichwertig mit dem vorgenannten Rentensystem ist;
- mit seiner selbständig ausgeübten Berufstätigkeit Einkünfte unterhalb eines bestimmten Betrages erzielt.

(...)

32 Nach Artikel 44 der Rentenordnung kann die Verwaltung des Fachärzte-Fonds unter der Voraussetzung, dass dadurch nicht die Rechte anderer beeinträchtigt werden, in bestimmten Sonderfällen zugunsten einzelner Versicherter von der Rentenordnung abweichen.

(...)

Die Rechtsstreitigkeiten der Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen

42 Die Kläger der Ausgangsverfahren sind fünf in einem Krankenhaus in Nijmegen tätige Fachärzte. Sie bestreiten nicht ihre Verpflichtung, sich dem Fachärzte-Fonds bis Ende 1995 anzuschließen.

43 Danach sind sie ihrer Ansicht nachgemäß Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung des Fachärzte-Fonds von der Mitgliedschaft im Fonds freizustellen. Seit dem 1. Januar 1996 übten sie ihren Beruf als Angestellte aus und seien deshalb im Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappeliike Belangen (Betriebsrentenfonds für die Gesundheit, psychische und soziale Belange) pflichtversichert. Folglich stellten sie ihre Beitragszahlungen an den Fachärzte-Fonds ein.

44 Der Fachärzte-Fonds, der bestreitet, dass sie als Angestellte aufgrund eines Arbeitsvertrags tätig sind, richtete Zahlungsbescheide über die rückständigen Beiträge an sie.

45 Die Kläger der Ausgangsverfahren legten beim Kantongerecht Niimegen Widersprüche gegen diese Bescheide ein. Dieses entschied mit Zwischenurteilen vom 13. Februar 1998, dass die Kläger der Ausgangsverfahren in Anbetracht der Art ihrer Vertragsbeziehungen mit dem Krankenhaus die in Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung des Fachärzte-Fonds vorgesehene Freistellung nicht beanspruchen könnten.

(...)

Zur zweiten Frage

57 Mit seiner zweiten Frage, die zuerst zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 5 und 85 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG und 81 EG) der Entscheidung des Staates entgegenstehen, auf Antrag einer Standesvertretung eines freien Berufes die Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsrentenfonds vorzuschreiben.

58 Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu prüfen, ob die Entscheidung einer Standesvertretung eines freien Berufes, für die Angehörigen dieses Berufes einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Rentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen des betreffenden Berufes in diesem Fonds vorzuschreiben, gegen Artikel 85 EG-Vertrag verstößt.

(...)

60 Der Gerichtshof hat im Urteil Brentjens' und im Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-219/97 (Drijvende Bokken, Slg. 1999, I-6121) entschieden, dass der von den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen eines bestimmten Wirtschaftszweigs im Rahmen eines Tarifvertrags gefasste Beschluss, in diesem Wirtschaftszweig einen einzigen Rentenfonds einzurichten, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs vorzuschreiben, nicht unter Artikel 85 EG-Vertrag fällt.

(...)

67 In den Urteilen Albany (Randnr. 64), Brentjens´ (Randnr. 61) und Drijvende Bokken (Randnr. 51) hat der Gerichtshof entschieden, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fallen.

68 Dieser Ausschluss vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag kann nicht auf eine Vereinbarung wie die in den Ausgangsverfahren streitige erstreckt werden, die zwar allen Angehörigen eines Berufes ein bestimmtes Rentenniveau garantieren und daher eine ihrer Arbeitsbedingungen, nämlich ihre Bezüge, verbessern soll, aber nicht im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern geschlossen wurde.

69 Der Vertrag enthält keine den Artikeln 118 und 118b EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) oder den Artikeln 1 und 4 des Abkommens über die Sozialpolitik (ABl. 1992, C 191, S. 91) entsprechende Bestimmung, nach der die Angehörigen freier Berufe aufgerufen wären, Kollektivvereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu schließen, und die vorsähe, dass solche Vereinbarungen auf Antrag der Angehörigen dieser Berufe vom Staat für sie alle für verbindlich erklärt würden.

70 Vor diesem Hintergrund ist Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag dahin auszulegen, dass die Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Rentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen des betreffenden Berufes in diesem Fonds vorzuschreiben, aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgenommen ist.

71 Daher ist zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind, und zwar erstens, ob die Standesvertretung, um die es in den Ausgangsverfahren geht, die LSV, eine Unternehmensvereinigung ist.

72 Dazu ist festzustellen, dass die LSV zu dem Zeitpunkt, als sie beim Staat beantragte, die Pflichtmitgliedschaft im Fachärzte-Fonds vorzuschreiben, allein aus selbständigen Fachärzten bestand.

73 Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob diese Fachärzte Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag sind.

(...)

76 In den Ausgangsverfahren erbringen die der LSV angeschlossenen Fachärzte als selbständige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf einem Markt, nämlich dem der fachärztlichen Dienstleistungen. Sie erhalten von ihren Patienten ein Entgelt für die erbrachten Dienstleistungen und übernehmen die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken.

77 Die der LSV angeschlossenen selbständigen Fachärzte üben somit eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind daher Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag; an diesem Ergebnis können auch die Komplexität und der technische Charakter ihrer Dienstleistungen sowie der Umstand, dass ihre Berufsausübung Regeln unterliegt, nichts ändern (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 1998, Kommission/Italien, Randnrn. 37 und 38).

78 Die Kommission macht jedoch geltend, dass die Fachärzte nicht als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft aufträten, wenn sie Beiträge zu ihrem eigenen Zusatzrentensystem leisteten. Ein Facharzt, der eine Zusatzrente für sich selbst aufbaue, handle als End-

verbraucher, und die Entscheidung, die er in diesem Rahmen treffe, habe nichts mit dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln zu tun. Eine solche Entscheidung könne mit einer Anlageentscheidung auf den Finanzmärkten oder mit einer Kaufentscheidung über eine Ferienwohnung gleichgestellt werden.

79 Dazu ist zu sagen, dass der Umstand, dass ein selbständiger Facharzt Beiträge zu einem Berufszusatzrentensystem entrichtet, eng an die Ausübung seiner Berufstätigkeit geknüpft ist. Die Mitgliedschaft eines Facharztes in einem solchen System wird durch die Berufsausübung begründet. Das hier fragliche Berufszusatzrentensystem, das für alle Fachärzte gilt, ermöglicht ihnen, einen Teil ihrer Einkünfte aus der Berufstätigkeit aufzuwenden, um sich und unter bestimmten Voraussetzungen ihren hinterbliebenen Ehegatten und Kindern ein bestimmtes Einkommensniveau nach Beendigung ihrer Berufstätigkeit zu sichern.

80 Die Beitragszahlung eines selbständigen Facharztes an dieses Berufszusatzrentensystem ist umso mehr an die Ausübung seiner Berufstätigkeit geknüpft, als dieses System durch einen gesteigerten Grad an Solidarität unter allen Ärzten gekennzeichnet ist, was sich u. a. darin äußert, dass die Beiträge nicht vom jeweiligen Risiko abhängen, dass alle Fachärzte ohne vorherige ärztliche Untersuchung aufgenommen werden müssen, dass die Beitragszahlungen für den weiteren Rentenaufbau bei Invalidität übernommen werden, dass Versicherten, die den Beruf bereits vor Inkrafttreten der Regelung ausgeübt haben, rückwirkende Rentenansprüche verliehen werden und dass die Renten indexgebunden sind, um ihren Wert zu erhalten.

81 Vor diesem Hintergrund handeln die Fachärzte nicht als Endverbraucher, wenn sie zu ihrem eigenen Zusatzrentensystem beitragen.

(...)

83 Deshalb ist zu prüfen, ob die LSV als eine Unternehmensvereinigung im Sinne dieser Bestimmungen zu gelten hat.

84 Der Fachärzte-Fonds macht geltend, dass es im Verhältnis zu anderen Berufsverbänden, wie der niederländischen Rechtsanwaltskammer, die juristische Personen des öffentlichen Rechts seien und als solche Regelungsbefugnisse besäßen, diskriminierend sei, die LSV als Unternehmensvereinigung einzustufen.

85 Hierzu genügt der Hinweis, dass es der Anwendung von Artikel 85 EG-Vertrag nicht entgegensteht, dass ein Berufsverband eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist. Nach ihrem Wortlaut gilt diese Bestimmung für Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Daher ist der rechtliche Rahmen, in dem ein Beschluss einer Vereinigung gefasst wird, für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, insbesondere des Artikels 85 EG-Vertrag, ebenso wenig erheblich wie die rechtliche Einordnung dieses Rahmens durch die nationale Rechtsordnung (Urteile vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83, Clair, Slg. 1985, 391, Randnr. 17, und vom 18. Juni 1998, Kommission/Italien, Randnr. 40).

86 Außerdem kann die LSV entgegen dem Vorbringen des Fachärzte-Fonds auch nicht deshalb vom Anwendungsbereich des Artikels 85 EG-Vertrag ausgenommen sein, weil sie im Wesentlichen die Aufgabe hat, im Rahmen von Verhandlungen mit den Behörden über die Kosten des Gesundheitswesens für die Interessen der Fachärzte, insbesondere im Bereich ihrer Einkommen, zu denen die Zusatzrenten gehören, einzutreten.

87 Zwar ist es möglich, dass eine Entscheidung einer Einrichtung, die in einem bestimmten Bereich Regelungsbefugnisse besitzt, nicht unter Artikel 85 EG-Vertrag fällt, wenn diese Einrichtung überwiegend aus Vertretern der öffentlichen Gewalt besteht und bei der Entscheidung ein Reihe von Kriterien des Gemeinwohls beachtet (Urteile vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, I-2883, Randnrn. 23 bis 25, und vom 18. Juni 1998, Kommission/Italien, Randnrn. 41 bis 44).

88 Dies ist jedoch in den Ausgangsverfahren nicht der Fall. Denn zu dem Zeitpunkt als die LSV beschloss, den Fachärzte-Fonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds vorzuschreiben, bestand sie allein aus selbständigen Fachärzten, deren wirtschaftliche Interessen sie vertrat.

(...)

90 Daher ist zweitens zu prüfen, ob die Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Rentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen des betreffenden Berufes in diesem Fonds vorzuschreiben, eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

91 Nach ständiger Rechtsprechung müssen die Kriterien für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag auf einen konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem die Unternehmen tätig sind, der von deren Entscheidungen erfassten Erzeugnisse und Dienstleistungen sowie der Struktur des betreffenden Marktes und der auf diesem bestehenden tatsächlichen Bedingungen bestimmt werden (Urteil vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-399/93, Oude Luttikhuis u. a., Slg. 1995,I-4515, Randnr. 10).

92 Die hier in Rede stehende Entscheidung bedeutet, dass alle Angehörigen eines freien Berufes ihre Zusatzrente mit Ausnahme der Regelrente, die bei einem vorschriftsgemäß zugelassenen Versicherungsunternehmen nach Wahl versichert werden kann, zu denselben Bedingungen und bei einer einzigen Einrichtung erwerben.

93 Folglich schränkt eine solche Entscheidung, die die Kosten und Leistungen der Zusatzrenten für Fachärzte teilweise angleicht, den Wettbewerb in Bezug auf einen Kostenfaktor der fachärztlichen Dienstleistungen ein. Denn sie bewirkt, dass die genannten Ärzte nicht miteinander in Wettbewerb treten, um sich für diesen Teil ihrer Rente kostengünstiger zu versichern.

94 Allerdings sind, wieder Generalanwalt in den Nummern 138 bis 143 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die einschränkenden Wirkungen einer solchen Entscheidung auf dem Markt der fachärztlichen Dienstleistungen begrenzt.

95 Denn die streitige Entscheidung erzeugt einschränkende Wirkungen nur in Bezug auf einen einzigen Kostenfaktor der von den selbständigen Fachärzten angebotenen Dienstleistungen, nämlich das Zusatzrentensystem, das verglichen mit anderen Faktoren wie den Arzthonoraren oder den Preisen für medizinische Geräte von geringer Bedeutung ist. Die Kosten des Zusatzrentensystems haben nur marginalen und mittelbaren Einfluss auf die Endkosten der von den selbständigen Fachärzten angebotenen Dienstleistungen.

96 Zudem ermöglicht der Betrieb eines von einem einzigen Fonds verwalteten Zusatzrentensystems den selbständigen Fachärzten, die versicherten Risiken zu verteilen und dabei größenbedingte Kostenvorteile bei der Beitragsverwaltung und der Rentenzahlung sowie bei der Kapitalanlage zu realisieren.

97 Daraus folgt, dass die Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Rentenfonds einzurichten, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht spürbar einschränkt.

98 Was den von einer Standesvertretung eines freien Berufes beim Staat gestellten Antrag betrifft, die Pflichtmitgliedschaft in dem von ihr eingerichteten Berufsrentenfonds vorzuschreiben, so fügt sich ein solcher Antrag in den Rahmen eines unter die Ausübung der Regelungsbefugnis im Sozialbereich fallenden Systems ein, wie es auch in mehreren nationalen Rechtssystemen besteht. Ein solches System soll den Aufbau von zum zweiten Pfeiler gehörenden Zusatzrenten fördern und enthält eine Reihe von Schutzvorkehrungen, für deren Beachtung der Minister zu sorgen hat, so dass der Antrag der Angehörigen eines freien Berufes keinen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen kann.

99 Unter diesen Umständen verstößt die Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufes, einen mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauten Rentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen des betreffenden Berufes in diesem Fonds vorzuschreiben, nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag.

(...)

Zur ersten Frage

102 Die erste Frage des vorlegenden Gerichts, die an zweiter Stelle zu prüfen ist, geht dahin, ob ein mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauter Renten-Fonds, den eine Standesvertretung eines freien Berufes eingerichtet hat und in dem die Pflichtmitgliedschaft vom Staat für alle Angehörigen des betreffenden Berufes vorgeschrieben worden ist, ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag ist.

(...)

108 Die in Randnummer 74 ausgeführt, hat der Gerichtshof im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts entschieden, dass der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung umfasst.

109 In Randnummer 19 des Urteils Poucet und Pistre hat der Gerichtshof weiter entschieden, dass Einrichtungen, die obligatorische, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende Systeme der sozialen Sicherheit verwalten, nicht unter den Begriff des Unternehmens fallen. In dem dort geprüften Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft waren die Leistungen für alle Empfänger gleich, während sich die Beiträge nach dem Einkommen richteten; im Altersrentenversicherungssystem wurden die Renten von den erwerbstätigen Arbeitnehmern finanziert; die Rentenansprüche waren zudem gesetzlich festgelegt und richteten sich nicht nach den Beiträgen zur Rentenversicherung. Soweit die Systeme schließlich Überschüsse erwirtschafteten, trugen sie zur Finanzierung der Systeme mit strukturellen finanziellen Schwierigkeiten bei. Diese Solidarität hatte zur notwendigen Voraussetzung, dass die verschiedenen Versicherungssysteme von einem einzigen Träger verwaltet wurden und eine Pflichtmitgliedschaft bestand.

110 Dagegen hat der Gerichtshof im Urteil Fédération française des sociétés d'assurance u. a. entschieden, dass eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Altersrentenversicherungssystem verwaltet, das nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet, ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag ist. Aus der freiwilligen Mitgliedschaft, der Anwendung des Kapitalisierungsprinzips und dem Umstand, dass die Leistungen sich ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge und den Erträgen der vom Versicherungsträger vorgenommenen Investitionen richteten, ergab sich, dass diese Einrichtung eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit Lebensversicherungsunternehmen ausübte. Weder die Verfolgung eines sozialen Zwecks noch das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, noch die Anforderungen der Solidarität, noch die sonstigen Regelungen, die u. a. die Beschränkungen betrafen, denen der Versicherungsträger bei der Durchführung seiner Investitionen unterlag, nahmen der von ihm ausgeübten Tätigkeit ihren wirtschaftlichen Charakter.

111 Gestützt auf das Urteil Fédération française des sociétés d'assurance u. a. hat der Gerichtshof in den Urteilen Albany, Brentjens' und Drijvende Bokken entschieden, dass ein Rentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, das durch einen Tarifvertrag zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen eines bestimmten Wirtschaftszweigs geschaffen worden ist, und in dem die Pflichtmitgliedschaft für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs durch den Staat vorgeschrieben worden ist, ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. EG-Vertrag ist.

112 Zu diesem Ergebnis führte den Gerichtshof die Feststellung, dass die dort in Rede stehenden Betriebsrentenfonds die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmten und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiteten und dass daher anders als bei den Leistungen, die von den mit der Verwaltung von obligatorischen Systemen der sozialen Sicherheit betrauten Einrichtungen gewährt werden, auf die sich das Urteil Poucet und Pistre bezieht, die Höhe der von den betreffenden Fonds gewährten Leistungen von den Erträgen der von ihnen getätigten Anlagen abhing, bei denen sie wie ein Versicherungsunternehmen der Aufsicht der Versicherungskammer unterlagen. Außerdem ergab sich aus dem Umstand, dass die Betriebsrentenfonds unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht oder die Möglichkeit hatten, Unternehmen von der Mitgliedschaft freizustellen, dass sie eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit den Versicherungsunternehmen ausübten (siehe Urteile Albany, Randnrn. 81 bis 84, Brentjens', Randnrn. 81 bis 84, und Drijvende Bokken, Randnrn. 71 bis 74).

113 Dies ist auch bei dem in den Ausgangsverfahren fraglichen Berufsrentenfonds der Fall.

114 Denn der Fachärzte-Fonds bestimmt die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst und arbeitet nach dem Kapitalisierungsprinzip. Daher hängt die Höhe der von ihm gewährten Leistungen von den Erträgen der von ihm getätigten Anlagen ab, bei denen er wie ein Versicherungsunternehmen der Aufsicht der Versicherungskammer unterliegt.

115 Aus diesen Merkmalen, zu denen noch hinzukommt, dass die Fachärzte wählen können, ob sie ihre Regelrente beim Fachärzte-Fonds oder bei einem vorschriftsgemäß zugelassenen Versicherungsunternehmen aufbauen, und dass der Fachärzte-Fonds bestimmte Gruppen von Fachärzten im Hinblick auf die anderen Bestandteile des Rentensystems von der Mitgliedschaft freistellen kann, folgt, dass der Fachärzte-Fonds eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit den Versicherungsunternehmen ausübt.

(...)

Zur dritten Frage

120 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 86 und 90 EG-Vertrag es dem Staat verwehren, einem Rentenfonds das ausschließliche Recht zur Verwaltung eines Zusatzrentensystems für die Angehörigen eines freien Berufes zu gewähren.

121 Aus der Antwort auf die erste Frage ergibt sich, dass der Fachärzte-Fonds hinsichtlich des Aufbaus der Regelrente ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 Und 90 EG-Vertrag ist und im Wettbewerb mit Versicherungsunternehmen steht. Für diesen Teil des Zusatzrentensystems besitzt der Fachärzte-Fonds daher kein ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag.

122 Dagegen impliziert die Entscheidung des Staates, die Pflichtmitgliedschaft im Fachärzte-Fonds hinsichtlich des zweiten Teils des Rentensystems vorzuschreiben, der den Indexierungsmechanismus, die rückwirkenden Rentenansprüche, den fortlaufenden Aufbau der Rente bei Invalidität und die ergänzenden Versicherungsleistungen für Hinterbliebene umfasst, notwendigerweise, dass dem Fachärzte-Fonds das ausschließliche Recht gewährt wird, die zur Begründung der genannten Ansprüche entrichteten Beiträge zu erheben und zu verwalten. Ein solcher Fonds ist daher als ein Unternehmen, dem der Staat ausschließliche Rechte gewährt hat, im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen.

123 Daher ist zu prüfen, ob der Fachärzte-Fonds eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehat.

124 Nach Ansicht des Fachärzte-Fonds und der niederländischen Regierung nimmt der Fachärzte-Fonds keine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag ein. Der Markt für Zusatzrenten für in den Niederlanden niedergelassene selbständige Fachärzte stelle keinen gegenüber dem Gesamtmarkt für Zusatzrenten in diesem Mitgliedstaat eigenständigen Dienstleistungsmarkt dar.

125 Hierzu genügt die Feststellung, dass, wie die Kommission zu Recht bemerkt, die Gewährung des ausschließlichen Rechts für den Fachärzte-Fonds, den zweiten Teil des Berufszusatzrentensystems für in den Niederlanden niedergelassene Fachärzte zu verwalten, bewirkt, dass diese nicht die Möglichkeit haben, sich für diesen Teil ihres Rentensystems bei einem anderen Versicherer zu versichern.

126 Der Fachärzte-Fonds hat deshalb ein gesetzliches Monopol für bestimmte Versicherungsleistungen in einem Berufszweig eines Mitgliedstaats und daher auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes. Er besitzt deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag (siehe Urteile vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 14, und vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5491, Randnr. 17).

127 Allerdings ist allein die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag als solche noch nicht mit Artikel 86 EG-Vertrag unvereinbar. Ein Mitgliedstaat verstößt nur dann gegen die in diesen beiden

Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses *Unternehmen* einen solchen Missbrauch begeht (Urteil Höfner und Elser, Randnr. 29, Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925; Randnr. 37, Urteil Merci convenzionali porto di Genova, Randnrn. 16 und 17, sowie Urteile vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93; Centre d'insemination de la Crespeile, Slg. 1994, I-5077, Randnr. 18, und vom 12. Februar 1998 in der Rechtssache C-163/96, Raso u. a., Slg. 1998, I-533, Randnr. 27). Wie aus Randnummer 31 des Urteils Höfner und Elser hervorgeht, liegt ein solcher gegen Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßender Missbrauch u. a. dann vor, wenn ein Mitgliedstaat einem Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten gewährt und eine Situation schafft, in der dieses Unternehmen offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach entsprechenden Leistungen zu befriedigen.

128 Es ist aber weder aus den vom nationalen Gericht übermittelten Akten noch aus den schriftlichen oder mündlichen Erklärungen des Fachärzte-Fonds, der am Verfahren beteiligten Regierungen oder der Kommission ersichtlich, dass der Fachärzte-Fonds durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder dass die von ihm angebotenen Rentenleistungen nicht den Bedürfnissen der Fachärzte entsprechen.

129 Zu beachten ist auch, dass die Kläger der Ausgangsverfahren nicht den Wunsch zum Ausdruck gebracht haben, ihre Zusatzrente bei einem Versicherungsunternehmen aufzubauen; sie behaupten, nicht unter den Fachärzte-Fonds zu fallen, sondern unter einen anderen Berufsrentenfonds, in dem ebenfalls die Pflichtmitgliedschaft vorgeschrieben wurde.

(...)

Rechtssache C-475/99 – Ambulanz Glöckner –, Urteil v. 25. Oktober 2001 (Slg. 2001, I-8089ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Sanitätsorganisationen, die Notfall- und Krankentransportleistungen erbringen - Einbeziehung - Wettbewerbsnachteil durch Pflichten der Daseinsvorsorge - Unerheblichkeit*
(EG-Vertrag, Artikel 85, 86 und 90 [jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG])

2 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Begriff - Sanitätsorganisationen, die Notfalltransportleistungen erbringen und denen der Krankentransport vorbehalten ist - Einbeziehung*
(EG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 1 [jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG])

3 *Wettbewerb - Öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Sanitätsorganisationen, die Notfalltransportleistungen erbringen und denen der Krankentransport vorbehalten ist - Beherrschende Stellung - Missbrauch - Beurteilungskriterien*
(EG-Vertrag, Artikel 86 und 90 [jetzt Artikel 82 EG und 86 EG])

4 *Wettbewerb - Beherrschende Stellung - Sanitätsorganisationen, die Notfalltransportleistungen erbringen und denen der Krankentransport vorbehalten ist - Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten - Beurteilungskriterien*
(EG-Vertrag, Artikel 86 [jetzt Artikel 82 EG])

5 *Wettbewerb - Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Vorbehalt des Krankentransports für Sanitätsorganisationen, die bereits die Notfalltransportleistungen erbringen - Zulässigkeit - Grenze, wenn es sich um spezifische Dienstleistungen handelt, die von der fraglichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse getrennt werden kön-*

nen und deren wirtschaftliches Gleichgewicht nicht in Frage stellen - Keine Überschreitung - Grenze der Unfähigkeit zur Deckung der Nachfrage
(EG-Vertrag, Artikel 90 Absätze 1 und 2 [jetzt Artikel 86 Absätze 1 und 2 EG])

1 Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfasst der Begriff des Unternehmens jede Einheit - unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung -, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, und ist wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

Insoweit sind Einrichtungen wie Sanitätsorganisationen, die Notfall- und Krankentransportleistungen erbringen, als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags anzusehen. Zwar können Pflichten der Daseinsvorsorge die Leistungen einer Sanitätsorganisation gegenüber den Leistungen anderer Wirtschaftsteilnehmer, die keinen solchen Pflichten unterliegen, im Wettbewerb benachteiligen, doch hindert dies nicht daran, die fraglichen Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen. (vgl. Randnrn. 19, 21-22)

2 Durch eine nationale Rechtsvorschrift, nach der die zuständige Behörde die zur Durchführung von Leistungen des Krankentransports erforderliche Genehmigung versagt, wenn aufgrund ihres Gebrauchs mit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Rettungsdienstes zu rechnen ist, dessen Durchführung Sanitätsorganisationen übertragen wurde, kann diesen ein besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel *86* Absatz 1 EG) verliehen werden.

Dass die Leistungen des Krankentransports den mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen vorbehalten werden, reicht nämlich aus, um diese Maßnahme als besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen. Auf diese Weise wird einer begrenzten Zahl von Unternehmen durch Rechtsvorschrift ein Schutz verliehen, der die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen kann. (vgl. Randnrn. 23-25, 66 und Tenor)

3 Es stellt einen Missbrauch im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG) dar, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht. Geht die Erweiterung der beherrschenden Stellung des Unternehmens, dem der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt hat, auf eine staatliche Maßnahme zurück, so stellt diese Maßnahme einen Verstoß gegen Artikel 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 EG) in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag dar.

Durch den Erlass einer Rechtsvorschrift, deren Anwendung dazu führt, dass bei jedem Antrag eines unabhängigen Unternehmers auf Genehmigung zur Durchführung von nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransports zunächst Sanitätsorganisationen, die auf dem Markt für Notfalltransport ein ausschließliches Recht innehaben, befragt werden, werden diese Sanitätsorganisationen begünstigt, da ihnen dadurch gestattet wird, auch diese Leistungen ausschließlich zu erbringen. Die Anwendung dieser Vorschrift hat also eine Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher im Sinne des Artikels 86 Absatz *2* Buchstabe b EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe b EG) zur Folge, indem diesen Sanitätsorganisationen eine Hilfstätigkeit vorbehalten wird, die von einem unabhängigen Unternehmen ausgeübt werden könnte. (vgl. Randnrn. 40, 43)

4 Ein Beschluss, eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Außerdem darf diese Beeinträchtigung nicht nur geringfügig sein.

Soweit es um Dienstleistungen geht, kann dieser Einfluss darin bestehen, dass die fraglichen Tätigkeiten in einer Weise organisiert sind, dass sie eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes und eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs, eines der Ziele des EG-Vertrags, zur Folge haben. Desgleichen kann der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch eine Maßnahme beeinträchtigt werden, die ein Unternehmen daran hindert, in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung zu errichten, um dort auf dem fraglichen Markt Leistungen zu erbringen.

Insoweit ist zu prüfen, ob es angesichts der wirtschaftlichen Beschaffenheit der Märkte für Notfall- und für Krankentransport ausreichend wahrscheinlich ist, dass eine nationale Vorschrift, deren Anwendung dazu führt, dass bei jedem Antrag eines unabhängigen Unternehmers auf Genehmigung zur Durchführung von nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransports zunächst Sanitätsorganisationen, die auf dem Markt für Notfalltransport ein ausschließliches Recht innehaben, befragt werden, Unternehmer mit Sitz in einem anderen als dem betreffenden Mitgliedstaat tatsächlich daran hindert, dort Krankentransport zu betreiben oder sich dort niederzulassen. (vgl. Randnrn. 48-50, 66 und Tenor)

5 Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) in Verbindung mit Absatz 1 erlaubt es den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags 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 besonderen Aufgabe sicherzustellen.

Bei der Prüfung, ob die Beschränkung des Wettbewerbs erforderlich ist, um es dem Inhaber eines ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes davon auszugehen, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.

Zwar ist der Ausschluss des Wettbewerbs in bestimmten Fällen, wenn es sich um spezifische, von der fraglichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, nicht gerechtfertigt, sofern diese Dienstleistungen das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen, doch ist dies nicht der Fall, wenn in einem Mitgliedstaat die fraglichen Dienstleistungen Notfalltransport und Krankentransport herkömmlich von Sanitätsorganisationen durchgeführt werden. Erstens hängen diese beiden Dienstleistungen so eng zusammen, dass sich die nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransports kaum von der Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, nämlich dem Rettungsdienst, trennen lassen, mit dem sie im Übrigen gemeinsame Merkmale aufweisen. Zweitens wird es den Sanitätsorganisationen durch die Erstreckung ihrer ausschließlichen Rechte auf den Bereich des nicht durch Notfall veranlassten Krankentransports gerade ermöglicht, ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe Notfalltransport unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu erfüllen. Die Möglichkeit privater Unternehmer, sich auf lukrativere Fahrten zu konzentrieren, könnte die wirtschaftliche Durchführbarkeit des von den Sanitätsorganisationen erbrachten Dienstes gefährden und damit dessen Qualität und Zuverlässigkeit in Frage stellen.

Die Erstreckung der ausschließlichen Rechte der Sanitätsorganisationen wäre allerdings dann nicht mit ihrer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu rechtfertigen, wenn die mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage wären, die Nachfrage nach Notfalltransport und nach Krankentransport jederzeit zu decken.

Insoweit ist zu prüfen, ob die Sanitätsorganisationen, wenn sie denn eine beherrschende Stellung auf den fraglichen Märkten haben sollten, tatsächlich in der Lage sind, die Nachfrage zu decken und nicht nur ihre gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, die Leistungen des Rettungsdienstes in

allen Situationen Tag und Nacht sicherzustellen, sondern auch die Krankentransportleistungen effizient anzubieten. (vgl. Randnrn. 56-57, 59-62, 64, 66 und Tenor)

(...)

Urteil

1 Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hat mit Beschluss vom 8. Dezember 1999, beim Gerichtshof eingegangen am 15. Dezember 1999, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit, den die Firma Ambulanz Glöckner (nachstehend: Klägerin), ein privatrechtliches Unternehmen mit Sitz in Pirmasens, gegen den Landkreis Südwestpfalz (nachstehend: Beklagter) wegen Ablehnung der Verlängerung einer Genehmigung zur Beförderung von kranken Personen in Krankentransportwagen führt.

Rechtlicher Rahmen

3 In Deutschland ist die gesetzliche Regelung des Rettungsdienstes Sache der Länder. In Rheinland-Pfalz unterscheidet das Rettungsdienstgesetz in der Fassung vom 22. April 1991 (RettDG 1991) zwischen zwei Arten von Krankentransportleistungen, nämlich dem Notfalltransport- und dem Krankentransport. Beim Notfalltransport geht es um die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen. Der Krankentransport besteht in der Beförderung von kranken, verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen.

4 Träger des Rettungsdienstes sind das Land, die Landkreise und die kreisfreien Städte. Nach § 5 Absatz 1 RettDG 1991 überträgt jedoch die zuständige Behörde die Durchführung des Rettungsdienstes den ohne Gewinnerzielungsabsicht arbeitenden „anerkannten Sanitätsorganisationen" (nachstehend: Sanitätsorganisationen), soweit sie in der Lage und bereit sind, einen ständigen Rettungsdienst zu gewährleisten; die zuständige Behörde behält ein Aufsichts- und Weisungsrecht und trägt auch die Kosten. Eine Übertragung auf Dritte darf nach § 5 Absatz 3 nur erfolgen, wenn die Sanitätsorganisationen zur Sicherstellung des Rettungsdienstes nicht in der Lage oder nicht bereit sind.

5 In Rheinland-Pfalz übertrugen die zuständigen Kreise und Städte - mit Ausnahme der Stadt Trier, wo der Rettungsdienst der Berufsfeuerwehr obliegt - die Durchführung des Rettungsdienstes den vier Sanitätsorganisationen Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz e.V. (nachstehend: ASB), Deutsches Rotes Kreuz Landesverband Rheinland-Pfalz e.V. (nachstehend: DRK), Johanniter-Unfall-Hilfe und Malteser-Hilfsdienst.

6 Bis 1989 unterfiel der Bereich der Leistungen des Krankentransports, der als eine Art der Beförderung von Personen in einem Mietwagen angesehen wurde, dem Personenbeförderungsgesetz, einem in der ganzen Bundesrepublik Deutschland geltenden Bundesgesetz. Krankentransportunternehmer benötigten für die Aufnahme dieser Tätigkeit eine Genehmigung. Die Erteilung der Genehmigung setzte die Gewährleistung der Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes und den Nachweis der Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung des Unternehmers voraus. Dies bedeutet, dass es neben den Sanitätsorganisationen, die mit der flächendeckenden Sicherstellung des Rettungsdienstes rund um die Uhr beauftragt waren, unabhängige Unternehmer gab, die Krankentransport hauptsächlich tagsüber und in anderen als Notfällen übernahmen.

7 1989 wurde das Personenbeförderungsgesetz so abgeändert, dass der Bereich der Leistungen des Krankentransports nicht mehr diesem Gesetz unterfiel. Daher sind im Rettungsdienstgesetz von 1991 nicht nur der Rettungsdienst, sondern auch allgemein die Leistungen des Krankentransports geregelt. So setzt nach § 18 Absatz 1 RettDG 1991 die Erteilung der Genehmigung zur Durchführung von Leistungen des Krankentransports (im Folgenden: Krankentransportgenehmigung) wie schon nach der früheren bundesgesetzlichen Regelung voraus, dass die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet und die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers nachgewiesen sind. Weiter bestimmt § 18 Absatz 3 RettDG 1991:

„Die Genehmigung ist zu versagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihren Gebrauch das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Rettungsdienst beeinträchtigt wird. Hierbei sind im Rahmen der Festlegung des Landesrettungsdienstplanes ... insbesondere die flächendeckende Vorhaltung und Auslastung im Rettungsdienstbereich zu berücksichtigen, wobei auch die Einsatzzahlen, die Eintreffzeit und Dauer der Einsätze sowie die Entwicklung der Kosten- und Ertragslage zugrunde zu legen sind ..."

8 Das vorlegende Gericht versteht diese Regelung dahin, dass den Sanitätsorganisationen auf dem Markt für die Leistungen des Notfall- und des Krankentransports faktisch ein Monopol eingeräumt werde, denn die danach vorgesehene Prüfung, ob die von den Sanitätsorganisationen vorgehaltenen Kapazitäten ausgelastet seien, führe angesichts des Umfangs der von ihnen vorgehaltenen Rettungsmittel praktisch immer zur Ablehnung von Neuanträgen. Um die Aufgabe einer flächendeckenden Sicherstellung des Rettungsdienstes rund um die Uhr ordnungsgemäß zu erfüllen, müssten nämlich Rettungsmittel in einem für Notfälle und Katastrophen ausreichenden Umfang vorgehalten werden. Eine Auslastung sei mithin nicht denkbar, so dass es für Krankentransportgenehmigungen für unabhängige Unternehmer niemals einen Nutzen oder Bedarf geben werde, denn ihre Erteilung würde die Auslastung des Rettungsdienstes verringern und sich auf die Kosten- und Ertragslage negativ auswirken.

(...)

Ausgangsrechtsstreit

11 Der Klägerin war im Jahr 1990, also vor Inkrafttreten des Rettungsdienstgesetzes von 1991 und noch nach der alten bundesgesetzlichen Regelung, eine Krankentransportgenehmigung erteilt worden, die im Oktober 1994 ablief.

12 Im Juli 1994 beantragte sie beim Beklagten eine Verlängerung der Genehmigung. Der Beklagte befragte die beiden im Raum Pirmasens mit dem öffentlichen Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen, den ASB und das DRK, zu den Auswirkungen der beantragten Genehmigung.

13 Beide Sanitätsorganisationen äußerten sich dahin, dass ihre eigenen Rettungseinrichtungen im Raum Pirmasens nicht ausgelastet seien und defizitär arbeiteten, so dass sie beim Hinzutreten eines weiteren Anbieters gezwungen seien, entweder die Benutzungsentgelte zu erhöhen oder ihre Leistungen zu verringern. Der Beklagte lehnte es daraufhin unter Berufung auf § 18 Absatz 3 RettDG 1991 ab, die Genehmigung der Klägerin zu verlängern und führte aus, der Rettungsdienst sei im fraglichen Bereich im Jahr 1993 nur zu 26% ausgelastet gewesen.

14 Nach erfolglosem Widerspruch erhob die Klägerin Klage beim Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstrasse. Das Verwaltungsgericht verpflichtete den Beklagten mit Urteil vom 28. Januar 1998 zur Erteilung der beantragten Genehmigung. Es befand im Wesentlichen, § 18 Absatz 3 RettDG 1991 sei so zu verstehen, dass der Landesgesetzgeber die Zulassung privater Unternehmer zur Durchführung von Krankentransport außerhalb des öffentlichen Rettungsdienstes ermöglichen wolle, auch wenn dies zu Kostensteigerungen führe. Da die Klägerin über 7 Jahre lang Krankentransporte durchgeführt habe, sei deutlich geworden, dass durch ihre Tätigkeit der Rettungsdienst in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit nicht gefährdet werde.

15 Der Beklagte legte gegen dieses Urteil beim vorlegenden Gericht Berufung ein.

(...)

Zur Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG)

18 Vor der Erörterung der Vorlagefrage ist zu prüfen, ob Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag auf Sanitätsorganisationen wie die im Ausgangsrechtsstreit fraglichen, denen die zuständigen Behörden den Rettungsdienst übertragen haben, in Anbetracht ihres besonderen Schutzes gemäß § 18 Absatz 3 RettDG 1991 Anwendung findet. Diese Frage umfasst zum einen die Frage, ob die Sanitätsorganisationen Unternehmen sind, und zum anderen, ob sie besondere oder ausschließliche Rechte haben.

19 Was den ersten Punkt anbelangt, so umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (vgl. Urteil vom 12. September 2000 in den Rechts-

sachen C-180/98 bis C-184/98, Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451, Randnr. 74). Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (Urteil Pavlov u. a., Randnr. 75).

20 Im Ausgangsrechtsstreit erbringen die Sanitätsorganisationen Leistungen auf dem Markt für Notfall- und für Krankentransport. Diese Tätigkeiten wurden nicht immer und werden nicht notwendigerweise von diesen Sanitätsorganisationen oder von den Behörden erbracht. So ergibt sich aus dem Akten, dass die Klägerin selbst beide Arten von Leistungen erbrachte. Die Erbringung dieser Leistungen stellt also für die Zwecke der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

21 Zwar können Pflichten der Daseinsvorsorge die Leistungen einer Sanitätsorganisation gegenüber den Leistungen anderer Unternehmer, die keinen solchen Pflichten unterliegen, im Wettbewerb benachteiligen, doch hindert dies nicht daran, die fraglichen Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen.

(...)

23 Zum zweiten Punkt ist festzustellen, dass die zuständige Behörde die erforderliche Krankentransportgenehmigung gemäß § 18 Absatz 3 RettDG 1991 versagen kann, wenn aufgrund ihres Gebrauchs mit einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des den Sanitätsorganisationen übertragenen Rettungsdienstes zu rechnen ist.

24 Dass in diesem Fall die Leistungen des Krankentransports den mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen vorbehalten werden, reicht aus, um diese Maßnahme als besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen. Es wird nämlich einer begrenzten Zahl von Unternehmen durch Rechtsvorschrift ein Schutz verliehen, der die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen kann.

(...)

Zur Verletzung von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG)

26 Die Klägerin trägt vor, § 18 Absatz 3 RettDG 1991 sei mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe c EG-Vertrag unvereinbar, da er es den Sanitätsorganisationen, die zu jedem Antrag eines unabhängigen Unternehmers auf Marktzugang Stellung zu nehmen hätten, ermögliche, den Markt der Leistungen des Krankentransports mittels einer Abstimmung untereinander und mit den Behörden unter sich aufzuteilen.

27 Der Vorlagebeschluss enthält jedoch keinen Hinweis auf das Bestehen irgendeiner nach Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verbotenen Vereinbarung zwischen den Sanitätsorganisationen.

28 Im Übrigen ist auch nicht erwiesen, dass sich die Behörden, die die Genehmigung zur Durchführung von nicht unter den Rettungsdienst fallenden Leistungen des Krankentransports zu erteilen haben, mit den genannten Sanitätsorganisationen abstimmen. Sie befragen diese zwar, was, wie aus Randnummer 43 hervorgeht, bei der Beurteilung, ob ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag vorliegt, berücksichtigt werden kann. Jedoch wird, wie der Generalanwalt in Nummer 103 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die Entscheidung über Erteilung oder Versagung der Genehmigung nach Maßgabe der durch das Rettungsdienstgesetz 1991 vorgesehenen Voraussetzungen von den zuständigen Behörden einseitig und in alleiniger Verantwortung getroffen.

(...)

Zur Verletzung von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG)

30 Das vorlegende Gericht fragt, ob durch eine Vorschrift wie § 18 Absatz 3 RettDG 1991 eine Lage geschaffen werden könnte, in der die Sanitätsorganisationen einen gegen Artikel 86 EG-Vertrag verstoßenden Missbrauch einer beherrschenden Stellung begehen.

31 Zur Beantwortung dieser Frage wird das vorlegende Gericht zunächst zu prüfen haben, ob die fraglichen Sanitätsorganisationen tatsächlich eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes haben. Hierzu sind sowohl der Markt für die fraglichen Leistungen als auch dessen geographische Erstreckung zu definieren.

32 Die Kommission trägt hierzu vor, es lägen zwei getrennte Dienstleistungsmärkte vor, nämlich der Markt für Notfalltransport und der Markt für Krankentransport.

33 Dem ist zu folgen. Die fraglichen Dienstleistungen sind zwar ähnlich, doch sind sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks weder austauschbar noch substituierbar. Zum einen nämlich können Transportleistungen, die keine Notfalltransporte sind, Leistungen des Notfalltransports, der - Tag und Nacht - hochqualifiziertes Personal und eine besonders hoch entwickelte Ausstattung erfordert, nicht immer ersetzen; zum anderen kann der Notfalltransport, der besonders teuer ist, nicht als Substitut des sonstigen Krankentransports angesehen werden.

34 Zur geographischen Erstreckung des fraglichen Marktes wird das vorlegende Gericht zu beachten haben, dass auf dem zu berücksichtigenden Markt die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sein müssen, d. h., es muss sich um ein Gebiet handeln, in dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die fraglichen Dienstleistungen und insbesondere die Nachfrage der Verbraucher für alle Wirtschaftsteilnehmer gleich sind (Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnr. 44).

35 Hier wird das vorlegende Gericht zu prüfen haben, ob dieser Markt
- auf den fraglichen Rettungsdienstbereich, für den die Genehmigung beantragt wurde, begrenzt ist oder
- sich auf das ganze Land Rheinland-Pfalz erstreckt, wofür sich die Kommission ausspricht, da der rechtliche Rahmen, die Organisationsstrukturen und die Benutzungsentgelte überall im Land gleich seien, oder
- das Gebiet der gesamten Bundesrepublik Deutschland umfasst, wie dies die Klägerin vorträgt, da die Rechtsvorschriften für Leistungen des Krankentransports in den verschiedenen Ländern gleich seien; der Vertreter des öffentlichen Interesses bestreitet dies.

36 Sind der Markt für die Leistungen und seine geographische Erstreckung bestimmt, so wird das vorlegende Gericht gegebenenfalls weiter zu prüfen haben, ob eine Sanitätsorganisation allein oder mehrere von ihnen kollektiv eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag haben und ob diese beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes besteht; dies ist eine Würdigung von Tatsachen, die dem vorlegenden Gericht obliegt.

37 Insoweit könnte es dem vorlegenden Gericht dienlich sein, zu prüfen, ob die tatsächlichen Angaben des Generalanwalts in Nummer 121 seiner Schlussanträge zur Tätigkeit des DRK, das in einem großen Teil des Landes Rheinland-Pfalz tätig sei, zutreffen. In diesem Fall könnte der Nachweis erbracht sein, dass diese Sanitätsorganisation eine beherrschende Stellung auf den Märkten für die Leistungen des Notfall- und des Krankentransports hat.

38 Sollte das vorlegende Gericht tatsächlich feststellen, dass eine beherrschende Stellung jedenfalls im gesamten Land Rheinland-Pfalz gegeben ist, so wäre, wie der Generalanwalt in Nummer 129 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, angesichts der großen Fläche dieses Landes von fast 20 000 qkm und seiner hohen Einwohnerzahl von etwa vier Millionen, die über der einiger Mitgliedstaaten liegt, anzunehmen, dass diese Stellung einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes betrifft.

Zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung

39 Die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag ist als solche noch nicht mit Artikel 86 EG-Vertrag unvereinbar. Ein Mitgliedstaat verstößt nur dann gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen bereits durch die Ausübung der ihm übertragenen besonderen oder ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht (vgl. Urteil Pavlov u. a., Randnr. 127).

40 Nach ständiger Rechtsprechung stellt es einen Missbrauch im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag dar, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht (Urteil vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 18). Geht die Erweiterung der beherrschenden Stellung des Unternehmens, dem der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt hat, auf eine staatliche Maßnahme zurück, so stellt diese Maßnahme einen Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag dar (vgl. Urteile GB-Inno-BM, Randnr. 21, und vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache C-203/96, Dusseldorp u. a., Slg. 1998, I-4075, Randnr. 61).

41 Im Ausgangsrechtsstreit macht die Klägerin nun geltend, ihr Ausschluss vom Markt für Krankentransport beruhe auf der Anwendung von § 18 Absatz 3 RettDG 1991, der es den Sanitätsorganisationen ermögliche, in Abstimmung mit den Behörden den Zugang zu diesem Markt zu beschränken.

42 Auch die Kommission trägt vor, die Erstreckung der beherrschenden Stellung vom Markt für Notfalltransport auf den benachbarten, aber getrennten Markt für Krankentransport sei auf die Änderungen der gesetzlichen Regelungen für Krankentransporte des Bundes und des Landes Rheinland-Pfalz und namentlich den Erlass von § 18 Absatz 3 RettDG 1991 zurückzuführen. Eine solche Beschränkung des Wettbewerbs stelle einen Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag dar.

43 Durch den Erlass von § 18 Absatz 3 RettDG 1991, dessen Anwendung dazu führt, dass bei jedem Antrag eines unabhängigen Unternehmers auf Genehmigung zur Durchführung von nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransports zunächst die Sanitätsorganisationen befragt werden, hat der rheinland-pfälzische Gesetzgeber diese Sanitätsorganisationen, die auf dem Markt für Notfalltransport bereits ein ausschließliches Recht innehatten, begünstigt, indem er ihnen gestattete, auch diese Leistungen ausschließlich zu erbringen. Die Anwendung von § 18 Absatz 3 RettDG 1991 hat also eine „Einschränkung... des Absatzes... zum Schaden der Verbraucher" im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe b EG-Vertrag zur Folge, indem den Sanitätsorganisationen eine Hilfstätigkeit vorbehalten wird, die von einem unabhängigen Unternehmen ausgeübt werden könnte.

Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten

44 Für die Annahme der Unvereinbarkeit einer Maßnahme wie § 18 Absatz 3 RettDG 1991 mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag bedarf es noch des Nachweises, dass die Durchführung der Maßnahme den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

45 Der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die österreichische Regierung tragen vor, die streitige Maßnahme habe keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, da die Krankentransportgenehmigung nur für einen bestimmten Bereich erteilt werde. Überdies werde Krankentransport definitionsgemäß örtlich beschränkt durchgeführt, und ein grenzüberschreitender Krankentransport komme selten vor.

46 Die Kommission, nach deren Auffassung die Beurteilung dieser Frage Sache des vorlegenden Gerichts ist, trägt vor, grenzüberschreitende Transporte seien wegen der Nähe des Landes Rheinland-Pfalz zu Belgien, Frankreich und Luxemburg nicht auszuschließen. Hinzu komme, dass es durchaus Fälle von Transporten über größere Entfernungen geben könne, wenn kranke oder verletzte Personen wünschten, in einen anderen Staat oder in ihren Heimatstaat gebracht zu werden.

47 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes müssen Auslegung und Anwendung des Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten in den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag von dessen Zweck ausgehen, auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des Rechts der Mitgliedstaaten abzugrenzen. Unter den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen so alle Kartelle und alle Verhaltensweisen, die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann, indem insbesondere die nationalen Märke abgeschottet werden oder die Wett-

bewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird (Urteil vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78, Hugin/Kommission, Slg. 1979, 1869, Randnr. 17).

48 Ein Beschluss, eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Außerdem darf diese Beeinträchtigung nicht nur geringfügig sein (Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-306/96, Javico, Slg. 1998, I-1983, Randnr. 16).

49 Soweit es um Dienstleistungen geht, kann dieser Einfluss, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, darin bestehen, dass die fraglichen Tätigkeiten in einer Weise organisiert sind, dass sie eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes und eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs, eines der Ziele des EG-Vertrags, zur Folge haben (vgl. Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 24). Desgleichen kann der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch eine Maßnahme beeinträchtigt werden, die ein Unternehmen daran hindert, in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung zu errichten, um dort auf dem fraglichen Markt Leistungen zu erbringen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84, Pronuptia, Slg. 1986, 353, Randnr. 26).

(...)

Zur Rechtfertigung nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag

51 Falls unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen festgestellt werden sollte, dass § 18 Absatz 3 RettDG 1991 gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag verstößt, bleibt noch zu prüfen, ob diese nationale Vorschrift dadurch gerechtfertigt werden kann, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag vorliegt.

52 Der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die österreichische Regierung tragen vor, ein gewisses Maß an Schutz des Rettungsdienstes vor Wettbewerb durch unabhängige Betreiber sei auch auf dem Markt des nicht durch Notfall veranlassten Krankentransports erforderlich.

53 Der flächendeckend und rund um die Uhr sicherzustellende Notfalltransport erfordere kostspielige Investitionen in Ausstattung und qualifiziertes Personal. Es müsse verhindert werden, dass diese Kosten nicht wenigstens teilweise durch Einnahmen aus dem nicht durch Notfall veranlassten Transport gedeckt werden könnten. Doch führe nicht nur bereits die bloße Anwesenheit unabhängiger Unternehmer auf dem Markt zu einem Rückgang der Einnahmen des Rettungsdienstes, sondern es sei überdies zu erwarten, dass diese als gewinnorientierte Unternehmer ihre Leistungen vorzugsweise in dichtbesiedelten Gebieten mit kurzen Wegen erbrächten, so dass den Sanitätsorganisationen neben dem Notfalltransport nur noch der Krankentransport in abgelegenen Gebieten bleibe. Die österreichische Regierung fügt hinzu, da der öffentliche Rettungsdienst letztlich durch Steuern oder durch Krankenversicherungsbeiträge finanziert werde, bestehe ernsthaft die Gefahr, dass die unvermeidbaren Verluste des Rettungsdienstes der Gesellschaft aufgebürdet würden, während die möglichen Gewinne den unabhängigen Unternehmern zuflössen.

54 Außerdem liege es im Allgemeininteresse, dass die Preise nicht von Gebiet zu Gebiet unterschiedlich seien.

55 Unzweifelhaft sind die Sanitätsorganisationen mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, nämlich ohne Rücksicht auf besondere Situationen oder die Wirtschaftlichkeit des konkreten Einsatzes den Notfalltransport von kranken oder verletzten Personen flächendeckend zu jeder Zeit, zu einheitlichen Benutzungsentgelten und bei gleicher Qualität sicherzustellen.

56 Artikel 90 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 erlaubt es den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags 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 besonderen Aufgabe sicherzustellen (vgl. Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91, Corbeau, Slg. 1993,I-2533, Randnr. 14).

57 Daher ist zu prüfen, ob die Beschränkung des Wettbewerbs erforderlich ist, um es dem Inhaber eines ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen. Bei dieser Prüfung ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes davon auszugehen, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt (Urteil Corbeau, Randnrn. 16 und 17).

58 Im Ausgangsrechtsstreit ergibt sich aus den vom Beklagten, vom ASB, vom Vertreter des öffentlichen Interesses und von der österreichischen Regierung vorgetragenen, in Randnummer 53 dargelegten Gründen, deren Nachprüfung Sache des vorlegenden Gerichts ist, dass das durch das Rettungsdienstgesetz 1991 eingeführte System es den Sanitätsorganisationen ermöglichen kann, ihre Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen. Insbesondere ergibt sich aus den Akten, dass die Einnahmen aus dem nicht durch Notfall veranlassten Transport zur Deckung der Kosten des Notfalltransports beitragen.

59 Zwar befand der Gerichtshof in Randnummer 19 des Urteils Corbeau, dass der Ausschluss des Wettbewerbs in bestimmten Fällen, wenn es sich um spezifische, von der fraglichem Dienstleistung von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handele, nicht gerechtfertigt sei, sofern diese Dienstleistungen das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellten.

60 So verhält es sich bei den beiden im Ausgangsrechtsstreit fraglichen Dienstleistungen insbesondere aus zwei Gründen aber nicht. Erstens hängen, anders als beim Sachverhalt, der dem Urteil Corbeau zugrunde lag, die beiden herkömmlich von den Sanitätsorganisationen durchgeführten Dienstleistungen so eng zusammen, dass sich die nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransports kaum von der Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, nämlich dem Rettungsdienst, trennen lassen, mit dem sie im Übrigen gemeinsame Merkmale aufweisen.

61 Zweitens wird es den Sanitätsorganisationen durch die Erstreckung ihrer ausschließlichen Rechte auf den Bereich des nicht durch Notfall veranlassten Krankentransports gerade ermöglicht, ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe Notfalltransport unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu erfüllen. Die Möglichkeit privater Unternehmer, sich auf lukrativere Fahrten zu konzentrieren, könnte die wirtschaftliche Durchführbarkeit des von den Sanitätsorganisationen erbrachten Dienstes gefährden und damit dessen Qualität und Zuverlässigkeit in Frage stellen.

62 Wie der Generalanwalt in Nummer 188 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, wäre die Erstreckung der ausschließlichen Rechte der Sanitätsorganisationen allerdings dann nicht mit ihrer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu rechtfertigen, wenn die mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage wären, die Nachfrage nach Notfalltransport und nach Krankentransport jederzeit zu decken.

63 Die Klägerin trägt hierzu vor, § 18 Absatz 3 RettDG 1991 begünstige gerade eine Situation, in der die Sanitätsorganisationen nicht immer in der Lage seien, die Nachfrage auf dem Markt für Krankentransport voll und zu akzeptablen Preisen zu decken (vgl. sinngemäß Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 31, und vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/96, Job Centre, Slg. 1997, I-7119, Randnr. 35). Nach Auffassung des Beklagten und des ASB ist dagegen der öffentliche Rettungsdienst unbestreitbar in der Lage, die Nachfrage nach Notfalltransport und nach Krankentransport auch ohne private Unternehmer zu decken.

64 Das vorlegende Gericht wird daher zu prüfen haben, ob die Sanitätsorganisationen, wenn sie denn eine beherrschende Stellung auf den fraglichen Märkten haben sollten, tatsächlich in der Lage

sind, die Nachfrage zu decken und nicht nur ihre gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, die Leistungen des Rettungsdienstes in allen Situationen Tag und Nacht sicherzustellen, sondern auch die Krankentransportleistungen effizient anzubieten.

(...)

Rechtssache C-53/00 – Ferring S /ACOSS – Urteil v. 22. November 2001 (Slg. 2001, I-9067ff.)

Leitsätze

(...)

2 *Staatliche Beihilfen - Verbot - Ausnahmen - Beihilfen zugunsten eines Unternehmens, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist - Grenzen - Maßnahme, mit der eine Vergünstigung gewährt wird, die die sich aus der gemein-wirtschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt*
(EG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 2 [jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG])

(...)

2 Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) ist so auszulegen, dass er eine Abgabenvergünstigung für Unternehmen, die mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut sind, wie Großhändler, die den Vertrieb von Arzneimitteln an Apotheken gewährleisten, nicht deckt, soweit diese Vergünstigungen die sich aus der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt. Dieser Vorteil kann nämlich, soweit er diese zusätzlichen Kosten übersteigt, nicht als notwendig betrachtet werden, damit diese Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können.

Urteil

1 Das Tribunal des affaires de sécurité sociale Créteil hat mit Urteil vom 11. Januar 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 21. Februar 2000, gemäß Artikel 234 EG drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG), 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) und 92 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit der Ferring SA (im Folgenden: Klägerin) gegen die Agence centrale des organismes de sécurité sociale (im Folgenden: ACOSS) vor dem Tribunal des affaires de sécurité sociale Créteil, den die Klägerin führt, um die Erstattung des Betrages zu erlangen, den sie der ACOSS an Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln gezahlt hat.

Rechtlicher Rahmen

Das Gemeinschaftsrecht

3 In der letzten Begründungserwägung der Richtlinie 92/25/EWG des Rates vom 31. März 1992 über den Großhandelsvertrieb von Humanarzneimitteln (ABl. L 113, S. 1) heißt es, dass einige Mitgliedstaaten Großhändlern, die Apotheker und zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit befugte Personen mit Arzneimitteln beliefern, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegten. Es müsse den Mitgliedstaaten möglich sein, diese Verpflichtungen den in ihrem Gebiet niedergelassenen Großhändlern aufzuerlegen. Sie müssten die Möglichkeit haben, diese Verpflichtungen auch den Großhändlern der anderen Mitgliedstaaten aufzuerlegen, sofern sie diesen keine strengeren Verpflichtungen als den eigenen Großhändlern vorschrieben und sofern die Verpflichtungen aus Gründen des Schutzes der Volksgesundheit als gerechtfertigt gelten könnten und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stünden.

4 Nach Artikel 1 Absatz 2 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/25 gilt im Sinne dieser Richtlinie als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung „die Verpflichtung der betreffenden Großhändler,

ständig ein Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten, das den Anforderungen eines bestimmten geographischen Gebietes genügt, und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel innerhalb des genannten Gebietes zu gewährleisten".

Das nationale Recht

5 Nach Artikel R 5106-5 des Code de la santé publiqüe gelten als „Großhändler" „alle Unternehmen, die sich zwecks Vertriebes im Großhandel ohne Weiterverarbeitung mit dem Kauf und der Bevorratung von Arzneimitteln befassen, soweit diese nicht zu Experimenten am Menschen bestimmt sind".

6 Die bis Februar 1998 geltende Ministerialverordnung vom 3. Oktober 1962 betreffend die Pflichten der Großhändler in Bezug auf die Bedarfsdeckung der Apotheken (JORF vom 12. Oktober 1962, S. 9999) sah insbesondere vor:

„Artikel 1 - Alle Betriebe des Großhandels mit Arzneimitteln im Sinne von Artikel R. 5116-6 Absatz 4 des Code de la santé publique und ihre Zweigniederlassungen haben ständig einen Vorrat von Arzneispezialitäten vorzuhalten, der die Deckung des monatlichen Bedarfes der zu ihren ständigen Kunden zählenden Apotheken des von ihnen belieferten Sektors sicherstellt.

Dieser Arzneimittelvorrat muss einen Bestand nach einem Sortiment von Spezialitäten entsprechen, das zumindest zwei Drittel der effektiv gehandelten Aufmachungen an Spezialitäten ausmacht, sowie seinem Wert nach dem durchschnittlichen Monatsumsatz des Vorjahres.

Artikel 2 - Alle Betriebe des Großhandels mit Arzneimitteln und ihre Zweigniederlassungen müssen in der Lage sein; die Belieferung jeder zu ihren ständigen Kunden zählenden Apotheke innerhalb ihres Vertriebsgebiets mit jeder gehandelten Spezialität sowie die Lieferung jeder zu ihrem Programm zählenden Spezialität binnen 24 Stunden nach Eingang der Bestellung sicherzustellen. Sie haben ihren Spezialitätenbezug zu überwachen, um jede Bevorratungslücke zu vermeiden.

Artikel 3 - Das in Artikel 2 genannte Vertriebsrecht entspricht dem geographischen Raum, den der Apotheker, der für einen Betrieb des Großhandels mit Arzneimitteln oder für eine Zweigniederlassung eines Betriebes des Großhandels mit Arzneimitteln verantwortlich ist, in einer Erklärung als das Gebiet bezeichnet hat, in dem er seine Tätigkeit ausübt..."

7 Diese Regelung wurde insbesondere durch das Dekret Nr. 98-79 vom 11. Februar 1998 betreffend die Apotheken und zur Änderung des Code de la santé publique (JORF vom 13. Februar 1998, S. 2287) geändert. Artikel R 5115-13 des Code de la santé publique in der durch dieses Dekret geänderten Fassung bestimmt:

„... In seinem Vertriebsgebiet hat jeder Betrieb die folgenden gemeinwirtschaftlichen Pflichten zu erfüllen:

1. - Er hat einen Vorrat an Arzneimitteln bereit zu halten, der mindestens neun Zehnteln der in Frankreich effektiv gehandelten Aufmachungen entspricht.

2. - Er muss in der Lage sein:
a) jederzeit den Bedarf seiner üblichen Kundschaft für mindestens zwei Wochen zu decken;
b) jedes zu seinem Sortiment zählende Arzneimittel binnen 24 Stunden nach Eingang der Bestellung zu liefern;
c) jeder Apotheke auf Verlangen jedes Arzneimittel und, soweit er deren Vertrieb unter den Voraussetzungen des Artikels R. 5108-1 sicherstellt, alle anderen in Artikel L. 512 genannten Erzeugnisse, Gegenstände oder Artikel sowie jedes in Nr. 4 des Artikels L. 511-1 aufgeführte und in Frankreich gehandelte Teilarzneiprodukt zu liefern.

..."

8 Artikel 12 des Gesetzes Nr. 97-1164 vom 19. Dezember 1997 über die Finanzierung der sozialen Sicherheit für 1998 (JORF vom 23: Dezember 1997, S. 18635), durch das u. a. Artikel L. 245-6-1 in den Code de la securité sociale eingefügt wurde, führt eine Abgabe von 2,5 % des Umsatzes vor Steuern, der in Frankreich von Pharmaherstellern bei Apotheken, Genossenschaftsapotheken und Apotheken von Knappschaftsvereinen mit dem Großhandelsverkauf von Arzneispezialitäten erzielt wurde, ein. Diese Abgabe wird als „Direktverkaufsabgabe" bezeichnet.

9 Wie der französische Conseil constitutionnel in seiner Entscheidung 97-393 vom 18. Dezember 1997 (JORF vom 23. Dezember 1997, S. 18649), die aufgrund einer Klage gegen Artikel 12 des Gesetzes Nr. 97-1164 erging, entschieden hat, wurde diese Abgabe, die nicht bei Arzneimittelverkäufen durch Großhändler erhoben wird; eingeführt, um zur Finanzierung der Caisse nationale d'assurance maladie (nationale Krankenkasse) beizutragen und die Bedingungen des Wettbewerbs zwischen den Vertriebswegen für Arzneimittel auszugleichen, die als verfälscht betrachtet würden, da die Großhändler gemeinschaftlichen Pflichten unterlägen, die nicht für Pharmahersteller gälten.

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen

10 Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Frankreich, die einer multinationalen Gruppe pharmazeutischer Unternehmen angehört und in diesem Mitgliedstaat über ein System des Direktverkaufs an die Apotheken das in Deutschland von einem anderen Unternehmen der Gruppe hergestellte Arzneimittel Lutrelef vertreibt. Bei der Klägerin wurde die Direktverkaufsabgabe erhoben, und sie musste hierfür einen Betrag von 40 155 FRF an die ACOSS entrichten.

11 Die Klägerin war der Ansicht, dass die Abgabe rechtswidrig sei, und erhob daher am 17. September 1998 Klage beim Tribunal des affaires de sécurité sociale Créteil auf Erstattung des an die ACOSS entrichteten Betrages. Zur Begründung ihrer Klage machte sie geltend, zum einem stelle der Umstand, dass diese Abgabe nur bei den Verkäufen der Pharmahersteller erhoben werde, eine staatliche Beihilfe dar, die den Großhändlern unter Verstoß gegen die Pflicht zur vorherigen Unterrichtung gemäß Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 - EG) gewährt werde, und zum anderen führe diese Maßnahme unter Verstoß gegen Artikel 59 des Vertrages ein Hemmnis für den freien Dienstleistungsverkehr ein.

(...)

Zur Auslegung von Artikel 92 des Vertrages

(...)

15 Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, ist der Begriff der Beihilfe weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen (vgl. Urteile vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92, Banco Exterior de España, Slg. 1994, I-877, Randnr. 13, und vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Randnr. 34).

16 Der Begriff der Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag kann nur Vorteile bezeichnen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert werden oder die eine zusätzliche Belastung für den Staat oder die für diesen Zweck benannten oder errichteten Einrichtungen darstellen (vgl. Urteil vom 7. Mai 1998 in den Rechtssachen C 52/97 bis C-54/97, Viscido u. a., Slg. 1998, I-2629, Randnr. 13).

17 Allerdings kann von der unterschiedlichen Behandlung der betroffenen Unternehmen nicht automatisch auf das Bestehen eines Vorteils im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages geschlossen werden. Denn an einem solchen Vorteil fehlt es, wenn die unterschiedliche Behandlung aus Gründen gerechtfertigt ist, die systemimmanent sind (vgl. Urteil vom 9. Dezember 1997 in der Rechtssache C-353/95 P, Tiercé Ladbroke/Kommission, Slg. 1997, I-7007, insbesondere Randnr. 33 und 35).

18 Daher ist, wie der Generalanwalt in Nummer 30 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, zunächst zu prüfen, ob, abgesehen von den gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die der französische Gesetzgeber vorgesehen hat, die Nichterhebung der Direktverkaufsabgabe bei den Großhändlern dem Grundsatz nach eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages darstellen kann, und bejahendenfalls ist zu prüfen, ob die Beihilfenatur dieser Maßnahme wegen der besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die das französische System den Großhändlern bei der Versorgung der Apotheken mit Arzneimitteln auferlegt auszuschließen ist.

19 In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass in Frankreich zwei in unmittelbarem Wettbewerb miteinander stehende Vertriebswege für Arzneimittel bestehen, zum einen über die Großhändler und zum anderen über die Pharmahersteller, die den Direktverkauf betreiben. Ferner steht fest, dass die Direktverkaufsabgabe insbesondere der Wiederherstellung des Gleichgewichts der Wettbewerbsbedingungen zwischen den beiden Vertriebswegen für Arzneimittel dient, die nach Ansicht des französischen Gesetzgebers durch die gemeinwirtschaftlichen Pflichten verfälscht worden sind, die nur den Großhändlern auferlegt wurden. Im Übrigen ist nicht bestritten, dass nach der Einführung der Abgabe durch das Gesetz Nr. 97-1164 der in den unmittelbar vorhergehenden Jahren verzeichnete Anstieg der Direktverkäufe nicht nur unterbrochen wurde, sondern dass sich die Tendenz sogar umgekehrt hat, indem die Großhändler Marktanteile zurückgewonnen haben.

20 Somit erweist sich, dass die Tatsache, dass die Großhändler der Direktverkaufsabgabe, die zur Finanzierung der Caisse nationale d'assurance maladie bestimmt ist, nicht unterliegen, einer Abgabenbefreiung zu deren Gunsten gleichsteht. Damit haben die französischen Behören in der Praxis zu Gunsten der Großhändler auf Einnahmen aus Abgaben verzichtet und diesen somit einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt. Daher ist festzustellen, dass dieser Vorteil aus staatlichen Mitteln gewährt worden ist und die Wettbewerbsstellung der Großhändler gegenüber dem anderen Vertriebsweg für Arzneimittel verstärkt hat.

21 Verstärkt im Übrigen ein von einem Mitgliedstaat gewährter Vorteil die Stellung einer Gruppe von Unternehmen gegenüber anderen, mit ihnen im innengemeinschaftlichen Handel im Wettbewerb stehenden Unternehmen, so muss dieser Handel als von diesem Vorteil beeinflusst betrachtet werden (vgl. insbesondere Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Philip Morris/Kommission. Slg. 1980, 2671, Randnr. 11). Da die Arzneimittelmärkte durch die große Zahl der auf ihnen tätigen multinationalen Unternehmen gekennzeichnet sind, die ihre Erzeugnisse in den Mitgliedstaaten vertreiben, besteht kein Zweifel, dass eine Maßnahme von der Art der Direktverkaufsabgabe die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann.

22 Nach allem ist festzustellen, dass, abgesehen von den gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die der französische Gesetzgeber vorgesehen hat, die Direktverkaufsabgabe als solche, da sie bei den Großhändlern nicht erhoben wird, eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages darstellen kann.

23 Es ist jedoch zu prüfen, ob die Einstufung dieser Regelung als Beihilfe wegen der besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten auszuschließen ist, die das französische System der Versorgung der Apotheken mit Arzneimitteln den Großhändlern auferlegt.

24 Die französische Regelung erlegt nur den Großhändlern die Verpflichtung auf, ständig ein Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten, das dem Bedarf eines bestimmten geographischen Gebietes entspricht, und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel innerhalb dieses Gebietes zu gewährleisten, so dass eine Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Arzneimitteln jederzeit gewährleistet ist.

25 Die Erfüllung dieser Pflichten verursacht den Großhändlern zusätzliche Kosten die die Pharmahersteller nicht zu tragen haben.

26 In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen des Gerichtshofes im Zusammenhang mit einem in der Richtlinie 75/439/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 über die Altölbeseitigung (ABl. L 194, S. 23) vorgesehenen Zuschuss ins Gedächtnis zu rufen. Dieser Zuschuss, der nach dem Grundsatz finanziert wurde, dass der Verursacher die Kosten zu tragen hat, und zwar gegebenenfalls durch eine Abgabe, die auf Erzeugnisse, durch deren Verwendung Altöle entstehen, oder auf Altöl erhoben wurde und die nicht die jährlichen tatsächlichen Kosten überstieg, konnte Unternehmen, die Altöle sammelten und/oder beseitigten, als Ausgleich für die ihnen obliegende Verpflichtung gewährt werden, von den Besitzern angebotene Erzeugnisse zu sammeln und/oder zu beseitigen. Der Gerichtshof hat entschieden, dass ein derartiger Zuschuss keine Beihilfe im Sinne der Artikel 92 ff. des Vertrages darstellt, sondern eine Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen (vgl. Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83, ADBHU, Slg. 1985, 531, Randnr. 18).

27 Ähnlich kann, soweit die bei den Pharmaherstellern erhobene Direktverkaufsabgabe den tatsächlich den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, die Tatsache, dass die Großhändler dieser Abgabe nicht unterliegen, als Gegenleistung für die erbrachten Leistungen und somit als Maßnahme betrachtet werden, die keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 des Vertrages darstellt. Im Übrigen genießen, wenn die gewährte Befreiung den entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, die Großhändler tatsächlich keinen Vorteil im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages, denn die betreffende Maßnahme bewirkt nur, dass sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen sind.

(...)

Zur Auslegung von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages

30 Für den Fall, dass der Vorteil, den die Großhändler daraus ziehen, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterliegen, die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen durch die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob dieser Vorteil von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages gedeckt ist.

31 Nach Artikel 90 Absatz 2 gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

32 Wenn sich somit erweist, dass die Großhändler daraus, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterliegen, einen Vorteil ziehen, der die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so kann dieser Vorteil, soweit er diese zusätzlichen Kosten übersteigt, jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden, damit diese Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können.

(...)

Zur Auslegung von Artikel 59 des Vertrages

34 Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Direktverkaufsabgabe wird auf Verkäufe von Arzneimitteln durch die Klägerin erhoben und steht hier nicht im Zusammenhang mit einer Dienstleistung im Sinne von Artikel 60 des Vertrages (jetzt Artikel 50 EG). Die Erhebung dieser Abgabe, wie sie im Ausgangsverfahren erfolgt ist, wird daher nicht vom Geltungsbereich des Artikels 59 des Vertrages erfasst, der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft untersagt.

(...)

Rechtssache C-218/00 – Cisal / INAIL –, Urteil v. 22. Januar 2002 (Slg. 2002, I-691ff.)

Leitsätze des Urteils

1 *Wettbewerb - Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - Vorschriften des Vertrages - Unmittelbare Wirkung*
(EG-Vertrag, Artikel 90 Absatz 2 [jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG])

2 *Wettbewerb - Gemeinschaftsvorschriften - Unternehmen - Begriff - Einrichtung, die durch Gesetz mit der Verwaltung eines Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut ist - Ausschluss - Voraussetzungen*
(EG-Vertrag, Artikel 85 und 86 [jetzt Artikel 81 EG und 82 EG])

1 Der Einzelne kann sich vor den nationalen Gerichten auf Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) berufen, um prüfen zu lassen, ob die dort aufgestellten Bedingungen erfüllt sind. (vgl. Randnr. 19)

2 Eine Einrichtung, die durch Gesetz mit der Verwaltung eines Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut ist, fällt nicht unter den Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG und 82 EG), wenn die Höhe der Leistungen und der Beiträge staatlicher Aufsicht unterliegt und die Pflichtmitgliedschaft, die für ein solches Versicherungssystem kennzeichnend ist, für dessen finanzielles Gleichgewicht sowie für die Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität, der verlangt, dass die dem Versicherten gewährten Leistungen nicht proportional zu den von ihm entrichteten Beiträgen sind, unerlässlich ist.

Eine solche Einrichtung nimmt eine Aufgabe rein sozialer Natur wahr. Ihre Tätigkeit ist daher keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts. (vgl. Randnrn. 44-46 und Tenor)

(...)

Urteil

1 Das Tribunale Vicenza hat mit Beschluss vom 25. Mai 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 2. Juni 2000, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG, 82 EG und 86 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Cisal di Battistello Venanzio & C. SAS (im Folgenden: Cisal) und dem Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Staatliche Unfallversicherungsanstalt; im Folgenden: INAIL) über einen Mahnbescheid wegen Zahlung eines Betrages von 6 606 890 ITL für von der Cisal nicht entrichtete Versicherungsbeiträge.

Rechtlicher Rahmen

3 Die italienischen Vorschriften über die Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sind im Wesentlichen im Dekret Nr. 1124 des Präsidenten der Republik vom 30. Juni 1965 betreffend eine kodifizierte Fassung der Vorschriften über die Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten (GURI Nr. 257 vom 13. Oktober 1965; im Folgenden: Dekret Nr. 1124) in der geänderten Fassung enthalten.

4 Artikel 126 des Dekrets Nr. 1124 verpflichtet das INAIL, für Rechnung des Staates und unter dessen Aufsicht die Pflichtversicherung der Arbeitnehmer gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten entsprechend den Anforderungen des Artikels 38 der italienischen Verfassung zu übernehmen. Artikel 126 Absatz 3 betrifft Handwerker, die üblicherweise eine manuelle Tätigkeit in ihrem Unternehmen ausüben.

5 Nach Artikel 55 des Gesetzes Nr. 88 vom 9. März 1989 über die Umstrukturierung des Istituto nazionale della previdenza sociale (Staatliche Anstalt für soziale Vorsorge) und des INAIL (GURI Nr. 60 vom 13. März 1989) gehört Letzteres zu den öffentlichen Einrichtungen, die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, und untersteht der Aufsicht des Ministeriums für Arbeit und soziale Sicherheit. Das Gesetz sieht ferner vor, dass das INAIL seine Aufgaben nach Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns wahrnimmt und seine Organisation autonom an das Erfordernis einer effizienten und rechtzeitigen Erhebung der Beiträge und Erbringung der Leistungen anpasst sowie sein bewegliches und unbewegliches Vermögen so verwaltet, dass angemessene finanzielle Erträge gewährleistet sind. Bei der Kontrolle und Überwachung der Tätigkeiten des INAIL muss die Regierung dieselben Ziele verfolgen.

6 Nach Artikel 9 des Dekrets Nr. 1124 sind die Arbeitgeber verpflichtet, ihre Angestellten zu versichern, ebenso wie Gesellschaften ihre Gesellschafter versichern müssen; dagegen sind selbständige Handwerker verpflichtet, sich selbst zu versichern, wenn die ausgeübte Tätigkeit zu den in Artikel 1 des Dekrets vorgesehenen gefahrgeneigten Tätigkeiten gehört und die versicherte Person zu einer der in Artikel 4 des Dekrets aufgeführten Gruppen gehört.

7 Was die Höhe der Beiträge angeht, sieht Artikel 39 Absatz 2 des Dekrets Nr. 1124 für den gewerblichen Sektor das System der „Aufteilung des Deckungskapitals" vor. Hiernach werden die Beiträge jährlich so festgesetzt, dass sie sämtliche Ausgaben decken, die mit den im Laufe des Jahres eintretenden Unfällen zusammenhängen, d. h. sowohl Leistungen von kurzer Dauer als auch den Kapitalwert der Renten für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten.

8 Artikel 40 des Dekrets Nr. 1124 bestimmt:

„Der Tarif der Prämien und Beiträge für die Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie die Durchführungsbestimmungen werden vom INAIL beschlossen und durch Dekret des Ministers für Arbeit und soziale Sicherheit genehmigt ... Der Tarif setzt Prämiensätze entsprechend dem für jede versicherte berufliche Tätigkeit bestimmten nationalen Durchschnittsrisiko fest, unter Einbeziehung der finanziellen Belastung im Sinne des Artikels 39 Absatz 2."

9 Die Berechnung der Beiträge der selbständigen Handwerker erfolgt nach Artikel 42 des Dekrets Nr. 1124 sowie, was den im Ausgangsverfahren streitigen Zeitpunkt angeht, nach dem Ministerialdekret vom 21. Juni 1988 (GURI Nr. 151 vom 29. Juni 1988). Die Tätigkeiten der selbständigen Handwerker werden entsprechend dem mit ihnen verbundenen Risikograd in 10 Klassen eingeteilt, die ihrerseits in 320 Untergruppen entsprechend ebenso vielen beruflichen Tätigkeiten untergliedert sind.

10 Nach Artikel 66 des Dekrets Nr. 1124 gibt es folgende Arten von Leistungen:
a) Tagegeld bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit,
b) Rente wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit,
c) Beihilfe für die ständige persönliche Betreuung,
d) Hinterbliebenenrente und einmalige Zuwendung im Todesfall,
e) medizinische und chirurgische Behandlung einschließlich klinischer Untersuchungen und
f) Stellung von Prothesen.

11 Artikel 67 des Dekrets Nr. 1124 stellt den Grundsatz der automatischen Leistungsgewährung auf, wonach die Versicherten die Leistungen auch beanspruchen können, wenn die berufliche Tätigkeit nicht angemeldet ist oder der Arbeitgeber keine Prämien gezahlt hat. Nach Artikel 59 Absatz 19 des Gesetzes Nr. 449 vom 27. Dezember 1997 betreffend Maßnahmen zur Stabilisierung der öffentlichen Finanzen (GURI Nr. 302 vom 30. Dezember 1997) wurde dieser Automatismus mit Wirkung vom 1. Januar 1998 für Selbständige einschließlich der Handwerker aufgehoben. Im Falle einer späteren Erfüllung der versäumten Pflichten können die Leistungen jedoch gewährt werden.

Ausgangsverfahren und Vorabentscheidungsfragen

12 Im Dezember 1998 gab der Pretore Vicenza der Cisal im Wege des Mahnbescheids auf, an das INAIL einen Betrag von 6 606 890 ITL zu zahlen, entsprechend den für den Zeitraum von 1992 bis 1996 nicht entrichteten Versicherungsbeiträgen für den geschäftsführenden Gesellschafter Herrn Battistello. Dieser Mahnbescheid war darauf gestützt, dass Letzterer gemäß Artikel 4 des Dekrets Nr. 1124 als Schreiner, der in seinem eigenen Unternehmen eine manuelle Tätigkeit ausübt, beim INAIL gegen Arbeitsunfälle hätte versichert werden müssen.

13 Die Cisal legte beim Tribunale Vicenza Einspruch gegen den Mahnbescheid ein und führte aus, Herr Battistello sei seit 1986 bei einer privaten Versicherungsgesellschaft gegen Arbeitsunfälle versichert. Die Rechtsvorschriften, aufgrund deren sie verpflichtet sei, ihn gegen dieselben Risiken auch beim INAIL zu versichern, verstießen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht, da sie zu Unrecht das Monopol des INAIL aufrechterhielten, was dieses zum Missbrauch seiner beherrschenden Stellung verleite. Sie verweist auf eine Stellungnahme der Autoritá garante della concorrenza e del mercato (nationale Kartellbehörde) vom 9. Februar 1999, wonach „das INAIL keine Elemente der Solidarität auf[weist], die die wirtschaftliche Natur seiner Tätigkeit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausschließen könnten".

14 Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts weist das INAIL einige Eigenschaften auf, die sich schlecht mit dem Unternehmensbegriff im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts vereinbaren lassen. Es verweist hierzu auf den Leistungsautomatismus, die Pflichtmitgliedschaft und das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht. Allerdings überwögen im vorliegenden Fall andere Merkmale, die kennzeichnend für Einrichtungen mit rein wirtschaftlicher Betätigung seien. Es nennt insofern die Erhebung von unmittelbar mit dem versicherten Risiko zusammenhängenden Beiträgen, die Unterteilung des Risikos in 10 verschiedene Klassen aufgrund eines wirtschaftlichen und unternehmerischen Kriteriums sowie die gesetzliche Verpflichtung des INAIL, seine Tätigkeit nach Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten auszuüben. Nachdem für Handwerker die Pflicht zur Versicherung gegen Arbeitsunfälle eingeführt worden sei, habe der italienische Gesetzgeber

1965 anerkannt, dass die Deckung durch eine private Pflichtversicherung vorübergehend eine Alternative zur Versicherung durch das INAIL darstellen könne.

(...)

Zur ersten Frage

21 Die erste Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob eine Einrichtung, die wie das INAIL durch Gesetz mit der Verwaltung eines Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut ist, als Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag anzusehen ist.

22 Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (siehe u. a. Urteil vom 12. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451, Randnr. 74).

23 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (Urteile vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 118/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7, und vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36, sowie das zitierte Urteil Pavlov u. a., Randnr. 75).

(...)

31 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt (vgl. u. a. Urteile vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931, Randnr. 17, und vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473, Randnr. 44).

32 Besonders der Schutz gegen die Risiken eines Arbeitsunfalls und einer Berufskrankheit gehört seit langer Zeit zum sozialen Schutz, den die Mitgliedstaaten ihrer gesamten Bevölkerung oder einem Teil hiervon gewähren.

33 Ferner ist festzustellen, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr.118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung besondere Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Systeme für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten enthält, für deren Anwendung im Hinblick auf die Italienische Republik das INAIL ausdrücklich als zuständiger Träger im Sinne des Artikels 1 Buchstabe o dieser Verordnung benannt wurde (vgl. Anhang 2, „Zuständige Träger", H Nummer 2 der Verordnung [EWG] Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 [ABl. Nr. 74, S. 1] in ihrer durch die Verordnung Nr. 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung).

34 Im Übrigen verfolgt das gesetzliche System der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, um das es im Ausgangsverfahren geht, insofern, als es eine obligatorische soziale Sicherung für alle Selbständigen außerhalb des Agrarbereichs vorsieht, die eine vom Gesetz als „gefahrgeneigt" qualifizierte Tätigkeit ausüben, einen sozialen Zweck.

35 Ein solches System soll nämlich allen geschützten Personen eine Deckung gegen die Risiken des Arbeitsunfalls und der Berufskrankheit gewähren, unabhängig von jeder Pflichtverletzung des Geschädigten oder des Arbeitgebers und damit ohne dass derjenige zivilrechtlich haftbar gemacht werden müsste, der die Vorteile aus der gefahrgeneigten Tätigkeit zieht.

36 Der soziale Zweck des fraglichen Versicherungssystems wird ferner dadurch bestätigt, dass die Leistungen auch gewährt werden, wenn die fälligen Beiträge nicht entrichtet wurden; dies trägt offensichtlich zum Schutz aller Versicherten gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten bei. Auch nach der Reform von 1997, die diese automatische Gewährung sozialen Schutzes für Selbständige aufhob, können die Leistungen, wenn die Beiträge nicht

rechtzeitig entrichtet wurden, bei einer späteren Erfüllung der versäumten Pflicht noch gewährt werden.

37 Allerdings genügt der soziale Zweck eines Versicherungssystems als solcher nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht, um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen (vgl. das zitierte Urteil Pavlov u. a., Randnr. 118). Hierzu sind zwei Aspekte hervorzuheben.

38 Erstens erlauben mehrere Faktoren die Feststellung, dass das im Ausgangsverfahren streitige Versicherungssystem den Grundsatz der Solidarität umsetzt.

39 Zum einen wird das Versicherungssystem durch Beiträge finanziert, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist. So ergibt sich aus den Akten, dass der Beitragssatz einen bestimmten Höchstbetrag nicht übersteigen kann, auch wenn die ausgeübte Tätigkeit mit einem sehr hohen Risiko verbunden ist; die Finanzierungslücke wird von allen Unternehmen getragen, die derselben Risikogruppe angehören. Ferner werden die Beiträge nicht nur auf der Grundlage des mit der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens verbundenen Risikos berechnet, sondern auch nach Maßgabe der Einkünfte des Versicherten.

40 Zum anderen ist die Höhe der gewährten Leistungen nicht notwendig proportional zu den Einkünften des Versicherten, da für die Berechnung der Renten nur die Gehälter berücksichtigt werden können, die zwischen einem Mindest- und einem Höchstbetrag liegen, entsprechend dem nationalen Durchschnittseinkommen, verringert oder erhöht um 30 %.

41 Aufgrund dessen ist es möglich, wie der Generalanwalt in Nummer 66 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, dass die Zahlung hoher Beiträge nur zur Gewährung von in der Höhe begrenzten Leistungen führt, wenn das betreffende Einkommen den durch Dekret festgesetzten Höchstbetrag übersteigt, und dass umgekehrt relativ niedrige, auf der Grundlage des gesetzlichen Mindesteinkommens berechnete Beiträge einen Anspruch auf Leistungen eröffnen, die nach Maßgabe eines über diesem Mindestbetrag liegenden Einkommens, nämlich dem um 30 % verringerten Durchschnittseinkommen, berechnet werden.

42 Das Fehlen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen bewirkt somit eine Solidarität zwischen den hoch bezahlten Arbeitnehmern und denjenigen, die in Anbetracht ihrer niedrigen Einkünfte keine angemessene soziale Absicherung hätten, wenn ein solcher Zusammenhang bestünde.

43 Zweitens ergibt sich aus den Akten, dass die Tätigkeit des INAIL, dem die Verwaltung des streitigen Systems gesetzlich übertragen wurde, staatlicher Aufsicht unterworfen ist und dass die Höhe der Leistungen sowie der Beiträge letztlich staatlich festgesetzt ist. Zum einen ist die Höhe der Leistungen gesetzlich festgelegt, und diese müssen unabhängig von den entrichteten Beiträgen sowie den finanziellen Erträgen der vom INAIL vorgenommenen Anlagen gezahlt werden. Zum anderen muss die Höhe der Beiträge, über die das INAIL beschließt, durch Ministerialdekret genehmigt werden; der zuständige Minister hat nämlich die Befugnis, die vorgeschlagenen Tarife zurückzuweisen und das INAIL aufzufordern, ihm einem neuen Vorschlag unter Berücksichtigung bestimmter Kriterien vorzulegen.

44 Aus alledem folgt, dass die Höhe der Leistungen und der Beiträge, die zwei wesentliche Elemente des vom INAIL verwalteten Systems darstellen, staatlicher Aufsicht unterliegt und dass die Pflichtmitgliedschaft, die für ein solches Versicherungssystem kennzeichnend ist, für dessen finanzielles Gleichgewicht sowie für die Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität, der verlangt, dass die dem Versicherten gewährten Leistungen nicht proportional zu den von ihm entrichteten Beiträgen sind, unerlässlich ist.

45 Das INAIL nimmt folglich durch seine Mitwirkung an der Verwaltung eines der traditionellen Zweige der sozialen Sicherheit, der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, eine Aufgabe rein sozialer Natur wahr. Seine Tätigkeit ist daher keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts, und diese Einrichtung ist somit kein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag.

(...)

Rechtssache C-280/00 – Altmark Trans – Urteil v. 24. Juli 2003
(Quelle: http://europa.eu.int/eur-lex/de)

Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 - Betreiben von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr - Öffentliche Zuschüsse - Begriff der staatlichen Beihilfe - Ausgleichszahlung als Gegenleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Urteil

1 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 6. April 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Juli 2000, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Artikel 92 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 EG) und 77 EG-Vertrag (jetzt Artikel 73 EG) sowie der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. L 156, S. 1) in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates, vom 20. Juni 1991 (ABl. L 169, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 1191/69) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Altmark Trans GmbH (im Folgenden: Altmark Trans) und der Nahverkehrsgesellschaft Altmark mbH (im Folgenden: Nahverkehrsgesellschaft) über die Erteilung von Genehmigungen von Liniendiensten mit Omnibussen im Landkreis Stendal (Deutschland) durch das Regierungspräsidium Magdeburg (im Folgenden: Regierungspräsidium) an Altmark Trans und über öffentliche Zuschüsse zu diesem Linienbetrieb.

(...)

6 Die Verordnung Nr. 1191/69 ist in sechs Abschnitte gegliedert. Abschnitt I enthält allgemeine Vorschriften (Artikel 1 und 2), Abschnitt II gemeinsame Grundsätze für die Aufhebung oder die Aufrechterhaltung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (Artikel 3 bis 8), Abschnitt III regelt die Anwendung von Beförderungsentgelten und -bedingungen im Personenverkehr, die im Interesse bestimmter Bevölkerungsgruppen auferlegt sind (Artikel 9), Abschnitt IV bezieht sich auf gemeinsame Ausgleichsmethoden (Artikel 10 bis 13), Abschnitt V auf Verträge über Verkehrsdienste augrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (Artikel 14), und Abschnitt VI enthält Schlussbestimmungen (Artikel 15 bis 20).

7 Artikel 1 dieser Verordnung bestimmt:

(1) Diese Verordnung gilt für Verkehrsunternehmen, die Verkehrsdienste auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs betreiben.
Die Mitgliedstaaten können die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnehmen.

(2) Im Sinne dieser Verordnung bedeutet:
- Stadt- und Vorortverkehrsdienste der Betrieb von Verkehrsdiensten, die die Verkehrsbedürfnisse sowohl in einem Stadtgebiet oder einem Ballungsraum als auch zwischen einem Stadtgebiet oder einem Ballungsraum und seinem Umland befriedigen;
- Regionalverkehrsdienste der Betrieb von Verkehrsdiensten, um die Verkehrsbedürfnisse in einer Region zu befriedigen.

(3) Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten heben die auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs auferlegten, in dieser Verordnung definierten Verpflichtungen auf, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbunden sind.

(4) Um insbesondere unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und landesplanerischer Faktoren eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen oder um Sondertarife für bestimmte Gruppen von Reisenden anzubieten, können die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten mit einem Verkehrsunternehmen Verträge über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes abschließen. Die Bedingungen und Einzelheiten dieser Verträge sind in Abschnitt V festgelegt.

(5) Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten können jedoch im Stadt-, Vorort- und Regionalpersonenverkehr Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne des Artikels 2 beibehal-

ten oder auferlegen. Die diesbezüglichen Bedingungen und Einzelheiten, einschließlich der Ausgleichsmethoden, sind in den Abschnitten II, III und IV festgelegt.

...

(6) Ferner haben die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats die Möglichkeit, im Bereich der Personenbeförderung die Absätze 3 und 4 nicht auf die im Interesse einer oder mehrerer besonderer sozialer Gruppen festgelegten Beförderungstarife und -bedingungen anzuwenden.

8 Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 lautet:

Die Entscheidungen über eine befristete völlige oder teilweise Beibehaltung oder Aufhebung einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes sehen die Gewährung eines Ausgleichs für die dadurch entstehenden Belastungen vor, der nach den gemeinsamen Methoden der Artikel 10 bis 13 errechnet wird.

9 Artikel 9 Absatz 1 dieser Verordnung lautet:

Die Höhe des Ausgleichs für Belastungen, die den Unternehmen im Personenverkehr aus der Anwendung von Beförderungsentgelten und -bedingungen erwachsen, die ihnen im Interesse bestimmter Bevölkerungsgruppen auferlegt sind, wird nach den gemeinsamen Methoden der Artikel 11 bis 13 errechnet.

10 Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 lautet:

Auf Ausgleichszahlungen, die sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergeben, ist das Verfahren zur vorherigen Unterrichtung gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht anzuwenden.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission unverzüglich mit, inwieweit für die einzelnen Kategorien von Verpflichtungen ein Ausgleich für Belastungen erforderlich ist, die sich für die Verkehrsunternehmen daraus ergeben, dass die in Artikel 2 genannten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes aufrechterhalten und im Personenverkehr Beförderungsentgelte und -bedingungen angewandt werden, die im Interesse bestimmter Bevölkerungsgruppen auferlegt sind.

Nationales Recht

11 Nach der Verordnung des Bundesministers für Verkehr vom 31. Juli 1992 zur Festlegung des Anwendungsbereiches der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 im Straßenpersonenverkehr (BGBl. 1992 I S. 1442) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 29. November 1994 (BGBl. 1994 I S. 3630) war für den öffentlichen Personennahverkehr die Anwendung der Verordnung Nr. 1191/69 auf Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, bis zum 31. Dezember 1995 generell ausgeschlossen.

12 Nach § 2 Absatz 1 in Verbindung mit § 1 Absatz 1 des Personenbeförderungsgesetzes (im Folgenden: PBefG) ist die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr in Deutschland genehmigungspflichtig. Durch die Genehmigung wird der Beförderer verpflichtet, nur die von der Genehmigungsbehörde zugelassenen Fahrpreise zu erheben, den genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen.

13 Bis zum 31. Dezember 1995 richteten sich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung von Liniendiensten mit Omnibussen allein nach § 13 PBefG. Diese Bestimmung stellt u. a. Voraussetzungen hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit des Verkehrsunternehmens auf und ordnet die Versagung der Genehmigung an, wenn durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Bewerben sich mehrere Unternehmen um dieselbe Linie, so hat die Behörde nach § 13 Absatz 3 PBefG den Umstand, dass eines der Unternehmen diese Leistungen jahrelang adäquat erbracht hat, angemessen zu berücksichtigen.

14 Durch Artikel 6 Absatz 116 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27. Dezember 1993 (BGBl. 1993 I S. 2378) führte der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung vom 1. Januar 1996 für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen im öffentlichen Personennahverkehr die

Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ein.

15 § 8 Absatz 4 Satz 1 PBefG legt als Grundsatz fest, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen sind.

16 Satz 2 dieser Vorschrift definiert als eigenwirtschaftlich Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen sind in § 13 PBefG festgelegt, wie in Randnummer 13 dieses Urteils ausgeführt worden ist.

17 § 8 Absatz 4 Satz 3 PBefG bestimmt, dass die Verordnung Nr. 1191/69 in der jeweils geltenden Fassung maßgebend ist, soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht möglich ist. Die Genehmigungsvoraussetzungen bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nach dieser Verordnung sind in § 13a PBefG festgelegt.

18 Nach dieser Vorschrift ist die Genehmigung zu erteilen, soweit sie für die Umsetzung einer Verkehrsleistung aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung im Sinne der Verordnung Nr. 1191/69 erforderlich ist und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt.

Ausgangsverfahren

19 Das Ausgangsverfahren betrifft die Erteilung von Genehmigungen von Liniendiensten mit Omnibussen im Landkreis Stendal durch das Regierungspräsidium an Altmark Trans.

20 Ursprünglich waren Altmark Trans Genehmigungen für die Zeit vom 25. September 1990 bis 19. September 1994 erteilt worden. Mit Bescheid vom 27. Oktober 1994 wurden ihr neue Genehmigungen bis zum 31. Oktober 1996 erteilt.

21 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass das Regierungspräsidium gleichzeitig die Anträge der Nahverkehrsgesellschaft auf Erteilung von Genehmigungen zur Bedienung dieser Linien ablehnte. Zur Begründung führte das Regierungspräsidium aus, dass Altmark Trans die Zulassungsvoraussetzungen des § 13 Absatz 1 Nummern 1 und 2 PBefG erfülle. Als Altunternehmerin genieße sie Besitzstandsschutz nach § 13 Absatz 3 PBefG. Das bedeute, dass die ordnungsgemäße Verkehrsbedienung durch das gegenwärtig damit beauftragte Unternehmen ein besseres Verkehrsangebot darstellen könne als das eines neuen Bewerbers. Ein solches Angebot liege hier nicht vor. Altmark Trans benötige bei einer Unterdeckung von 0,58 DM je Fahrplankilometer die geringste Komplementärfinanzierung durch die öffentliche Hand.

22 Auf Widerspruch von Altmark Trans verlängerte das Regierungspräsidium mit Widerspruchsbescheid vom 30. Juli 1996 die Geltungsdauer der erteilten Genehmigungen bis zum 31. Oktober 2002.

23 Die Nahverkehrsgesellschaft legte gegen den Bescheid vom 27. Oktober 1994 Widerspruch ein mit der Begründung, Altmark Trans erfülle nicht die Anforderungen des § 13 PBefG. Sie sei nämlich nicht leistungsfähig, da sie ohne öffentliche Zuschüsse nicht hätte überleben können. Die ihr erteilten Genehmigungen seien daher rechtswidrig. Auch treffe es nicht zu, dass Altmark Trans den geringsten Subventionsbedarf habe. Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 1995 wies das Regierungspräsidium diesen Widerspruch zurück.

24 Die Nahverkehrsgesellschaft erhob gegen diese Bescheide vom 27. Oktober 1994 und 30. Juli 1996 erfolglos Klage beim Verwaltungsgericht Magdeburg.

25 Auf die Berufung gab das Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt dem Anfechtungsbegehren der Nahverkehrsgesellschaft statt und hob die der Altmark Trans erteilten Genehmigungen auf.

(...)

27 Gegen diese Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts legte Altmark Trans Revision an das Bundesverwaltungsgericht ein.

(...)

Vorbemerkungen

32 Im Ausgangsverfahren wird die Erteilung von Genehmigungen an Altmark Trans nur insoweit beanstandet, als diese für die Erfüllung der sich aus diesen Genehmigungen ergebenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen öffentliche Zuschüsse benötigte. Der Rechtsstreit betrifft somit im Wesentlichen die Frage, ob die öffentlichen Zuschüsse, die Altmark Trans deswegen erhalten hat, rechtmäßig gewährt worden sind.

33 Nachdem das vorlegende Gericht festgestellt hat, dass die Gewährung von Zuschüssen an Altmark Trans für die eigenwirtschaftliche Nutzung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genehmigungen nicht gegen das nationale Recht verstoße, wirft es die Frage auf, ob diese Zuschüsse mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

34 Die wichtigsten Vertragsbestimmungen über öffentliche Zuschüsse sind die Bestimmungen über staatliche Beihilfen, also die Artikel 92 ff. EG-Vertrag. Artikel 77 EG-Vertrag führt für den Verkehrsbereich eine Ausnahme von den für staatliche Beihilfen geltenden allgemeinen Bestimmungen ein, indem er vorsieht, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.

35 Der Rat hat die Verordnung Nr. 1191/69 auf der Grundlage der Artikel 75 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 71 EG) und 94 EG-Vertrag (jetzt Artikel 89 EG) erlassen, also auf der Grundlage sowohl der Vertragsbestimmungen über die gemeinsame Verkehrspolitik als auch der Bestimmungen über staatliche Beihilfen.

36 Die Verordnung Nr. 1191/69 enthält eine Gemeinschaftsregelung für die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Verkehrsbereich. Nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 können jedoch die Mitgliedstaaten die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnehmen.

37 Daher ist zunächst zu prüfen, ob die Verordnung Nr. 1191/69 auf die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verkehrsdienste anwendbar ist. Nur wenn dies zu verneinen ist, ist die Anwendung der allgemeinen Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen auf die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse zu prüfen. Daher ist zunächst auf den dritten Teil der Vorlagefrage zu antworten.

Zum dritten Teil der Vorlagefrage

38 Mit dem dritten Teil der Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Verordnung Nr. 1191/69, insbesondere Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2, dahin ausgelegt werden kann, dass einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet wird, diese Verordnung nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr anzuwenden und ihre Anwendung auf die Fälle zu beschränken, in denen andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist.

(...)

43 Für die Beantwortung dieses Teils der Frage ist zunächst festzustellen, ob die Verordnung Nr. 1191/69 eine bindende Regelung auferlegt, zu deren Einhaltung die Mitgliedstaaten zwingend verpflichtet sind, wenn sie Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sektor des landgebundenen Verkehrs auferlegen wollen.

44 Sowohl aus den Begründungserwägungen als auch aus dem verfügenden Teil der Verordnung ergibt sich klar, dass diese den Mitgliedstaaten eine verbindliche Regelung auferlegt.

45 Der ersten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1191/69 zufolge ist nämlich ein Ziel der gemeinsamen Verkehrspolitik die Beseitigung der Unterschiede, die sich aus mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen, die den Verkehrsunternehmen von den Mitgliedstaaten auferlegt werden, ergeben und zu einer erheblichen Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen führen. Nach der zweiten Begründungserwägung der Verordnung ist es daher notwendig, die in der Verordnung definierten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes

aufzuheben, obgleich sie jedoch in gewissen Fällen aufrechterhalten werden müssen, um eine ausreichende Verkehrsbedienung zu gewährleisten.

46 Artikel 1 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1191/69 bestimmt insoweit, dass die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs auferlegten, in dieser Verordnung definierten Verpflichtungen aufheben, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbunden sind. Nach Artikel 1 Absatz 4 können diese Behörden, um insbesondere unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und landesplanerischer Faktoren eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen oder um Sondertarife für bestimmte Gruppen von Reisenden anzubieten, mit einem Verkehrsunternehmen nach den in Abschnitt V dieser Verordnung festgelegten Bedingungen und Einzelheiten Verträge über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes abschließen. Nach Artikel 1 Absatz 5 können sie jedoch im Stadt-, Vorort- und Regionalpersonenverkehr nach den in den Abschnitten II bis IV dieser Verordnung festgelegten Bedingungen und Einzelheiten, einschließlich der Ausgleichsmethoden, Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes beibehalten oder auferlegen.

47 Da die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genehmigungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen und mit Zuschüssen zur Finanzierung der Erfüllung dieser Verpflichtungen verbunden sind, unterlagen die Erteilung dieser Genehmigungen und die Gewährung dieser Zuschüsse daher grundsätzlich den Vorschriften der Verordnung Nr. 1191/69.

48 Nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 dieser Verordnung können die Mitgliedstaaten jedoch die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnehmen.

49 Bis zum 31. Dezember 1995 machte die Bundesrepublik Deutschland von der Ausnahme in Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 zunächst dadurch Gebrauch, dass sie in der nationalen Regelung die Anwendung dieser Verordnung auf Unternehmen des Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs ausdrücklich ausschloss.

50 Seit dem 1. Januar 1996 enthält die deutsche Regelung keine solche ausdrückliche Ausnahme mehr. Die Verordnung Nr. 1191/69 wurde vielmehr durch § 8 Absatz 4 Satz 3 und § 13a PBefG für anwendbar erklärt auf die Erteilung von Genehmigungen gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen mit Omnibussen in Deutschland. Die deutschen Rechtsvorschriften regeln jedoch nicht ausdrücklich, ob diese Verordnung auch für die Erteilung von Genehmigungen eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen mit Omnibussen gilt.

51 Unterstellt man die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 1191/69 auf die eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen, so ist zu prüfen, ob sie dieser Verordnung zuwiderläuft.

52 Altmark Trans, das Regierungspräsidium und die Nahverkehrsgesellschaft machen geltend, da nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 eine ganze Gruppe von Verkehrsleistungen von der Anwendung dieser Verordnung ausgeschlossen werden könne, müsse es nach dieser Vorschrift erst recht möglich sein, einen beschränkten Teil dieser Leistungen der Anwendung dieser Verordnung zu entziehen.

53 Wie in den Randnummern 44 bis 47 dieses Urteils ausgeführt worden ist, enthält die Verordnung Nr. 1191/69 eine Regelung, zu deren Einhaltung die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, wenn sie Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes Unternehmen auferlegen wollen, die landgebundene Verkehrsleistungen erbringen.

54 Die Mitgliedstaaten können jedoch nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 für Unternehmen, die Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste betreiben, eine Ausnahme von dieser Verordnung anordnen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Ausnahme bis zum 31. Dezember 1995 generell Gebrauch gemacht.

55 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die mit Wirkung vom 1. Januar 1996 erfolgte Änderung des Personenbeförderungsgesetzes zur Verwirklichung der mit der Verordnung Nr. 1191/69 verfolgten Ziele beiträgt.

56 Mit dieser Änderung hat der deutsche Gesetzgeber nämlich für die Erteilung von Genehmigungen für die Personenbeförderung mit Omnibussen die Unterscheidung zwischen eigen-

wirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen eingeführt. Aufgrund von § 13a PBefG ist die Verordnung Nr. 1191/69 auf die Erteilung von Genehmigungen bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen anwendbar geworden. Diese Änderung des Personenbeförderungsgesetzes hat somit den Anwendungsbereich der in Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 vorgesehenen Ausnahme verkleinert. Die deutschen Rechtsvorschriften sind damit den Zielen dieser Verordnung näher gekommen.

57 Aus diesen Erwägungen folgt, dass ein Mitgliedstaat auf der Grundlage der in Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 vorgesehenen Ausnahmebefugnis die Liniendienste im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr nicht nur, gänzlich ausnehmen, sondern diese Ausnahme auch eingeschränkt anwenden darf. Mit anderen Worten, nach dieser Vorschrift darf der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich vorsehen, dass bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ohne Einhaltung der in der Verordnung Nr. 1191/69 festgelegten Bedingungen und Einzelheiten gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und Zuschüsse gewährt werden können.

58 Um feststellen zu können, in welchem Fall diese Ausnahme gilt und in welchem Fall die Verordnung Nr. 1191/69 anwendbar ist, muss jedoch in den nationalen Rechtsvorschriften klar festgelegt sein, in welchem Umfang von dieser Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht wird.

59 Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung, dass die Rechtslage für den Einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (Urteile vom 23. Mai 1985 in der Rechtssache 29/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661, Randnr. 23, vom 9. April 1987 in der Rechtssache 363/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 1733, Randnr. 7, vom 30. Mai 1991 in der Rechtssache C-59/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2607, Randnr. 18, und vom 19. September 1996 in der Rechtssache C-236/95, Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-4459, Randnr. 13).

60 Der Vorlagebeschluss enthält eine Reihe von Indizien, die Raum für Zweifel lassen, ob diese Erfordernisse der Klarheit hier eingehalten worden sind.

61 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich nämlich zum einen, dass auch Unternehmen, die für die Nutzung von Genehmigungen für Verkehrsdienste öffentliche Zuschüsse benötigen, dem eigenwirtschaftlichen Verkehr zugeordnet sein können. Das vorlegende Gericht hat zum anderen festgestellt, dass [d]ieses vom Gesetzgeber gewollte Wahlhecht des Unternehmers ... für den zu großen Teilen defizitären Linienverkehr im öffentlichen Personennahverkehr praktisch beseitigt [würde], wenn die Notwendigkeit öffentlicher Zuschüsse automatisch die Zuordnung zum gemeinwirtschaftlichen Verkehr zur Folge hätte.

62 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Genehmigungen von Verkehrsdiensten, deren Betrieb öffentliche Zuschüsse erfordert, offenbar sowohl dem eigenwirtschaftlichen als auch dem gemeinwirtschaftlichen Verkehr zugeordnet sein können. Wäre dies tatsächlich der Fall, so würden die betreffenden nationalen Rechtsvorschriften nicht klar und bestimmt regeln, in welchem Fall solche Genehmigungen unter die eine oder aber die andere dieser Regelungen fielen. Da die Verordnung Nr. 1191/69 für den eigenwirtschaftlichen Verkehr nicht gilt, würde sich eine etwaige Unsicherheit bei dessen Abgrenzung vom gemeinwirtschaftlichen Verkehr auch auf den Anwendungsbereich dieser Verordnung in Deutschland erstrecken.

63 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Anwendung der Ausnahmebefugnis des Artikels 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 durch den deutschen Gesetzgeber den nachdem Grundsatz der Rechtssicherheit gebotenen Erfordernissen der Bestimmtheit und Klarheit genügt.

(...)

Zum ersten Teil der Vorlagefrage

67 Der erste Teil der Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr überhaupt Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag unterliegen oder ob ihnen wegen des örtlichen oder regionalen Charakters der erbrachten Verkehrsdienste und

gegebenenfalls wegen der Bedeutung des betreffenden Tätigkeitsgebiets die Eignung fehlt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

(...)

74 Für die Beantwortung des ersten Teils der Frage sind die verschiedenen Elemente des Begriffs der staatlichen Beihilfe in Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag zu prüfen. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Qualifizierung als Beihilfe nämlich, dass alle in diesem Artikel genannten Voraussetzungen erfüllt sind (Urteile vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87, Belgien/Kommission, Tubemeuse, Slg. 1990, I-959, Randnr. 25, vom 14. September 1994 in den Rechtssachen C-278/92 bis C-280/92, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 20, und vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Frankreich/Kommission, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 68).

75 Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag stellt folgende Voraussetzungen auf: Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

76 Die Frage des vorlegenden Gerichts betrifft insbesondere die zweite Voraussetzung.

77 Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es keineswegs ausgeschlossen ist, dass sich ein öffentlicher Zuschuss, der einem Unternehmen gewährt wird, das ausschließlich örtliche oder regionale Verkehrsdienste und keine Verkehrsdienste außerhalb seines Heimatstaats leistet, gleichwohl auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken kann.

78 Gewährt nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen einen öffentlichen Zuschuss, so. kann dadurch die Erbringung von Verkehrsdiensten durch dieses Unternehmen beibehalten oder ausgeweitet werden, so dass sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Verkehrsdienste auf dem Markt dieses Staates zu erbringen, verringern (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 102/87, Frankreich/Kommission, Slg. 1988, 4067, Randnr. 19, vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Randnr. 26, und Spanien/Kommission, Randnr. 40).

79 Im vorliegenden Fall ist diese Feststellung nicht nur hypothetischer Natur; wie sich insbesondere aus den Erklärungen der Kommission ergibt, haben nämlich mehrere Mitgliedstaaten bereits 1995 begonnen, einzelne Verkehrsmärkte dem Wettbewerb durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen zu öffnen, so dass mehrere Unternehmen bereits ihre Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehrsdienste in anderen Mitgliedstaaten als ihrem Heimatstaat anbieten.

80 Sodann gilt die Mitteilung der Kommission vom 6. März 1996 über De minimis-Beihilfen (ABl. C 68, S. 9) nicht für den Verkehrssektor, wie sich aus ihrem vierten Absatz ergibt. Auch die Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen (ABl. L 10, S. 30) gilt nach ihrer dritten Begründungserwägung und ihrem Artikel 1 Buchstabe a nicht für diesen Sektor.

81 Schließlich gibt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes keine Schwelle und keinen Prozentsatz, bis zu der oder dem man davon ausgehen könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wäre. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließt nämlich von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus (Urteile Tubemeuse, Randnr. 43, und Spanien/Kommission, Randnr. 42).

82 Die zweite Anwendungsvoraussetzung von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag, wonach die Beihilfe geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, hängt daher nicht ab vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Verkehrsdienste oder von der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets.

83 Eine staatliche Maßnahme fällt jedoch nur dann unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag, wenn sie, wie in Randnummer 75 dieses Urteils ausgeführt worden ist, auch als Vorteil für das begünstigte Unternehmen angesehen werden kann.

84 Als Beihilfen gelten in dieser Hinsicht Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen (Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, Costa, Slg. 1964, 1253, 1272) oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (Urteile vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60, und vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-342/96, Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 41).

85 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, was der Gerichtshof im Zusammenhang mit einem in der Richtlinie 75/439/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 über die Altölbeseitigung (ABl. L 194, S. 23) vorgesehenen Zuschuss entschieden hat. Dieser Zuschuss konnte Unternehmen, die Altöle sammelten und/oder beseitigten, als Ausgleich für die ihnen von dem Mitgliedstaat auferlegte Sammel- und/oder Beseitigungspflicht gewährt werden, sofern er die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht überstieg. Der Gerichtshof hat entschieden, dass ein derartiger Zuschuss keine Beihilfe im Sinne der Artikel 92 ff. EG-Vertrag darstellt, sondern eine Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen (vgl. Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83, ADBHU, Slg. 1985, 531, Randnrn. 3 letzter Satz und 18).

86 In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof entschieden, dass, soweit eine bei den Pharmaherstellern erhobene Direktverkaufsabgabe den tatsächlich den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, die Tatsache, dass die Großhändler dieser Abgabe nicht unterliegen, als Gegenleistung für die erbrachten Leistungen und somit als Maßnahme betrachtet werden kann, die keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EG-Vertrag darstellt. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass die Großhändler, wenn die gewährte Befreiung den entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, tatsächlich keinen Vorteil im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag genießen, da die betreffende Maßnahme nur bewirkt, dass sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen sind (Urteil Ferring, Randnr. 27).

87 Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.

88 Ein derartiger Ausgleich ist im konkreten Fall jedoch nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind.

89 Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Im Ausgangsverfahren hat das vorlegende Gericht somit zu prüfen, ob sich die gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die Altmark Trans auferlegt wurden, klar aus den nationalen Rechtsvorschriften und/oder den im Ausgangsverfahren streitigen Genehmigungen ergeben.

90 Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.

91 Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.

92 Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz

oder teilweise zu decken. Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzung ist gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt wird, der dadurch, dass er die Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens stärkt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

93 Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gutgeführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

(...)

Zum zweiten Teil der Vorlagefrage

96 Der zweite Teil der Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob Artikel 77 EG-Vertrag auf öffentliche Zuschüsse angewandt werden kann, mit denen die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ohne Rücksicht auf die Verordnung Nr. 1191/69 ausgeglichen werden.

(...)

101 Nach Artikel 77 EG-Vertrag sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar.

102 In Randnummer 37 dieses Urteils ist ausgeführt worden, dass dann, wenn im Ausgangsverfahren keine Verordnung anwendbar wäre, zu prüfen wäre, ob die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse unter die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfe fallen.

103 Aus den Randnummern 65 und 66 dieses Urteils ergibt sich, dass die Verordnung Nr. 1191/69 im Ausgangsverfahren anwendbar sein könnte, sofern der deutsche Gesetzgeber die Anwendung dieser Verordnung auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht oder nicht unter Wahrung des Grundsatzes der Rechtssicherheit ausgeschlossen haben sollte. Sollte dies der Fall sein, so sind die Vorschriften der Verordnung auf die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse anwendbar, und das vorlegende Gericht braucht nicht zu prüfen, ob diese Zuschüsse mit den Bestimmungen des Primärrechts vereinbar sind.

104 Falls jedoch die Verordnung Nr. 1191/69 im Ausgangsverfahren nicht anwendbar sein sollte, so ergibt sich aus der Antwort auf den ersten Teil der Vorlagefrage, dass die im Ausgangsverfahren fraglichen öffentlichen Zuschüsse, soweit sie als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbrachten Verkehrsleistungen darstellt, und die in den Randnummern 89 bis 93 dieses Urteils genannten Voraussetzungen erfüllen, nicht unter Artikel 92 EG-Vertrag fallen, so dass kein Anlass besteht, die in Artikel 77 EG-Vertrag vorgesehene Ausnahme von dieser Bestimmung geltend zu machen.

105 Daraus folgt, dass die Bestimmungen des Primärrechts über staatliche Beihilfen und die gemeinsame Verkehrspolitik auf die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse nur anwendbar sind, soweit diese nicht unter die Verordnung Nr. 1191/69 fallen und - soweit sie gewährt wurden, um die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen - nicht alle in den Randnummern 89 bis 93 dieses Urteils genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

106 Auch wenn jedoch die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse anhand der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen zu prüfen wären, könnte die Ausnahme des Artikels 77 EG-Vertrag als solche auf sie nicht angewandt werden.

107 Am 4. Juni 1970 hat der Rat nämlich die Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr (ABl. L 130, S. 1) erlassen. Artikel 3 dieser Verordnung bestimmt, dass [u]nbeschadet der Verordnung (EWG) Nr. 1192/69 ... und der Verordnung (EWG)

Nr. 1191/69 ... die Mitgliedstaaten nur in folgenden Fällen und unter den nachstehenden Voraussetzungen Koordinierungsmaßnahmen [treffen] oder ... mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastungen auf[erlegen], die die Gewährung von Beihilfen im Sinne von Artikel 77 des Vertrages zur Folge haben. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt sind, sich außerhalb der im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht genannten Fälle auf Artikel 77 EG-Vertrag zu berufen.

108 Soweit die Verordnung Nr.1191/69 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist und die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fallen, legt die Verordnung Nr. 1107/70 infolgedessen abschließend fest, unter welchen Voraussetzungen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen im Sinne von Artikel 77 EG-Vertrag gewähren können.

(...)

Aus diesen Gründen hat **der Gerichtshof** auf die ihm vom Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 6. April 2000 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

1 Die Verordnung (EWG) Nr.1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr.1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991, insbesondere Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2, ist dahin auszulegen, dass einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet wird, diese Verordnung nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr anzuwenden und ihre Anwendung auf die Fälle zu beschränken, in denen andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist; dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt ist.

2 Die Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG), wonach die Beihilfe geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, hängt nicht vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Verkehrsdienste oder der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets ab.

Öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, fallen jedoch nicht unter diese Bestimmung, soweit sie als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Für die Anwendung dieses Kriteriums hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Erstens ist das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden, und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden;
- zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden;
- drittens geht der Ausgleich nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;
- viertens ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

3 Artikel 77 EG-Vertrag, (jetzt Artikel 73 EG) kann nicht auf öffentliche Zuschüsse angewandt werden, mit denen die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ohne Rücksicht auf die Verordnung Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung Nr.1893/91 ausgeglichen werden.

(...)

VIII. Die Stadt der Zukunft

Beschluss der 32. ordentlichen Hauptversammlung des Deutschen Städtetages
am 15. Mai 2003 in Mannheim

A. Leitbild der Stadt der Zukunft

Präambel

Die Städte in Deutschland sind besondere Orte. Die Städte sind die Orte, in denen die meisten Menschen unseres Landes leben, in denen sich das soziale Leben entfaltet, in denen die Menschen arbeiten und ihre Freizeit verbringen. Die Städte sind die Kristallisationspunkte unseres kulturellen Lebens, die Städte sind die Knotenpunkte des Handels, der Dienstleistungen und die Standorte der Wirtschaft. Die Städte sind die Orte der Kommunikation und der Integration, Städte stiften Identität. Sie sind die Zentren der geschichtlichen Entwicklung und gleichzeitig Orte der Modernisierung, Städte sind die Orte der Wissenschaft, Forschung und der Bildung. Städte sind die wichtigsten Träger öffentlicher Dienstleistungen und Infrastrukturen. Ohne die Städte sind Staat und Gesellschaft nicht funktionsfähig. Vom Wohl der Städte hängt der Zusammenhalt unseres Gemeinwesens ab.

Trotz dieses hohen Stellenwertes der kommunalen Selbstverwaltung sehen sich die Städte zunehmend dem Verlust ihrer Handlungs- und Entscheidungsspielräume ausgesetzt. Entwicklungen auf Bundes-, Landes- und der Europäischen Ebene höhlen das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung aus. Ohne Wiederherstellung und Bewahrung ihrer Gestaltungsmöglichkeiten werden die Städte ihre Funktionen in der Zukunft nicht wahrnehmen können. Es wird deshalb darauf ankommen, die besondere Leistungsfähigkeit und Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung für ein funktionierendes Gemeinwesen deutlich zu machen.

In diesem Bewusstsein haben sich die Städte auf dieses Leitbild verständigt. Es gibt Auskunft über die einvernehmlichen Ziele, diese Funktionen der Städte auch für die Zukunft zu sichern.

1. Grundwerte der Politik der Stadt der Zukunft

1.1 Lokale Autonomie

Grundlage der Stadtpolitik ist die lokale Autonomie, wie sie in der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Die Städte können sich grundsätzlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft annehmen, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Jenseits des rechtlichen Schutzes muss das Prinzip der lokalen Autonomie aber fortlaufend seine besondere Leistungsfähigkeit unter Beweis stellen, um für die Zukunft auch politisch gesichert werden zu können. Die Städte müssen diesen Nachweis erbringen durch zukunftsfähige Konzepte für die erfolgreiche Gestaltung und Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben, die die Qualität des Lebens, Wohnens, Wirtschaftens und Arbeitens in der Stadt prägen.

1.2 Demokratie und Bürgerorientierung

In der Stadt erleben die Bürgerinnen und Bürger täglich und unmittelbar die Grundlagen der demokratischen Verfassung unseres Staates. Die Städte gelten zu Recht als Keimzelle und Schule der Demokratie. Dieser Umstand verpflichtet die Stadtpolitik zu einem Höchstmaß an Bürgerorientierung. Lokale Autonomie als Grundsatz der städtischen Politik ist die Voraussetzung für Demokratie und Bürgerorientierung.

1.3 Partizipation und Integration

Demokratie und Bürgernähe sind die Voraussetzungen für Partizipation und Integration. Auf keiner anderen als der örtlichen Ebene haben Bürgerinnen und Bürger, gesellschaftliche Gruppen und Unternehmen so große Chancen, in der Verbindung von politischer Mitentscheidung und gesellschaftlicher Mitwirkung das Gemeinwesen selbst zu gestalten. Die für eine freiheitliche Gesellschaft unverzichtbaren selbstaktiven Integrationsprozesse finden auf örtlicher Ebene statt.

1.4 Ganzheitliche Verantwortung

Grundlage der Stadtpolitik ist die ganzheitliche Verantwortung für übernommene Aufgaben. Bei der Gestaltung und Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und der Bereitstellung einer leistungsfähigen Infrastruktur für die Bürgerinnen und Bürger, für die Wirtschaft, den Handel und für die Träger der kulturellen und sozialen Einrichtungen kann die Stadt nicht einem Partikularinteresse verpflichtet sein. Sie muss vielmehr im Sinne einer ganzheitlichen Verantwortung Zielkonflikte auflösen und widerstreitende Interessen ausgleichen, um einen möglichst großen sozialen, ökonomischen und ökologischen Nutzen für alle Bürgerinnen und Bürger zu erzielen.

1.5 Beschränkung der Aufgaben und der Gestaltungsansprüche

Grundlage der Stadtpolitik ist die Selbstbeschränkung bei der Wahl der Aufgaben und Gestaltungsansprüche. Stadtpolitik muss sich auf das beschränken, was von anderen nicht geleistet wird oder sie besser als andere staatliche oder gesellschaftliche Akteure leisten kann. Der gesellschaftlichen Selbstregulierung ist ein möglichst großer Raum zu belassen. Die Auswahl der Aufgaben und die Reichweite der Gestaltungsansprüche durch die Stadtpolitik muss deshalb strengen Maßstäben genügen. Zu diesen Maßstäben zählen das Erfordernis der politischen Zielsetzung, Steuerung und Kontrolle, die Ausrichtung am Gemeinwohl, die Ausgewogenheit der Qualitätsstandards, die Kontinuität der Aufgabenwahrnehmung und die Zugänglichkeit für alle.

(...)

2.2 Grundversorgung sichern, Dienstleistungen verbessern

Charakteristisches Kennzeichen der lebenswerten Stadt ist eine breite Palette von Dienst- und Versorgungsleistungen, von Einrichtungen, Angeboten, Infrastrukturmaßnahmen und öffentlichen Ordnungsleistungen. Diese Palette orientiert sich an den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger und der örtlichen Wirtschaft. Stadtpolitik muss darauf ausgerichtet sein, die Lebensqualität der Stadt fortlaufend zu sichern und zu verbessern. Dies ist eine Herausforderung gerade in Zeiten knapper Kassen für alle Bereiche der Stadtpolitik. Wegen des grundsätzlichen Infrastrukturcharakters der städtischen Dienst- und Gestaltungsleistungen verbieten sich Aktionismus und Kurzatmigkeit in der Stadtpolitik.

In der städtischen Sozialpolitik die Verantwortung für die persönlichen sozialen Dienste übernehmen

Die städtische Sozialpolitik ist in den vergangenen Jahren in eine Schieflage geraten. Defizite der vom Bund verantworteten sozialen Sicherungssysteme haben zu immer neuen Leistungsverpflichtungen geführt; in der Sozialhilfe und in der Ganztagsbetreuung von Kindern sind die Aufgaben und Ausgaben der Städte wie in keinem anderen Aufgabenfeld der Stadtpolitik angewachsen. Darunter leidet das gesamte System der persönlichen Dienstleistungen, der Beratung, der Prävention, der Einzelfallhilfe, der persönlichen Integrationshilfen, die nur von den Städten, nur vor Ort gebündelt und geleistet werden können.

Hohe Arbeitslosigkeit, Defizite in der Integration ausländischer Mitbürger, der Wandel der Familienstrukturen erfordern aber eine Intensivierung dieser persönlichen sozialen Dienste. Als Ausfallbürge mangelnder Leistungsfähigkeit vorgelagerter sozialer Sicherungssysteme können die Städte keine sozialpolitischen Erfolge haben. Viele Bürger und Bürgerinnen sind aber auf erfolgreiche persönliche Dienste der Städte angewiesen. Die Städte stellen deswegen nicht die notwendige Forderung der Entlastung im Bereich der Sozialpolitik, sondern das Bekenntnis zu ihrer primären Verantwortung für die örtliche Gewährleistung der personennahen sozialen Hilfen in den Vordergrund. Um diese zukünftig verbessern zu können, sind neue Abgrenzungen der Aufgaben des Bundes, der Länder, der Sozialversicherung und der örtlich zu leistenden Hilfen erforderlich. Dafür setzen sich die Städte ein.

Ein leistungsfähiges Bildungsangebot und Chancengleichheit sicherstellen

Die künftigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen erfordern ein umfassendes Bildungsangebot, in dem auch die Städte ihren Beitrag leisten müssen. Es muss Chancengleichheit und allgemeine Zugänglichkeit sicherstellen. Schulen und andere Bildungseinrichtungen sind dabei

nicht die Reparaturbetriebe der Gesellschaft, gleichwohl sind sie deren Bestandteil und stehen in permanenter Wechselbeziehung mit ihr. Zentrale Zielsetzungen - die Vermittlung von Schlüsselqualifikationen wie auch von solidem Fachwissen - müssen zusammengeführt werden. Bildungseinrichtungen der Zukunft werden entsprechend erweiterte Lern-, Betreuungs- und Förderangebote entwickeln müssen, die an konkreten Lebenssituationen und Problemen der Menschen ansetzen. Sie müssen die Stadt mit ihrem sozialen und wirtschaftlichen Umfeld verstärkt einbeziehen. Hierzu gehört auch die selbstverständliche Nutzung der modernen Informations- und Kommunikationsmedien in allen Phasen des Lernens und Lebens. Bildungseinrichtungen in diesem Sinne sind zukünftig nicht mehr geschlossene Systeme, sondern vielmehr als Orte der gesellschaftlichen Öffentlichkeit auch Sozialisations- und Integrationsinstanz.

Gestalterischen Auftrag in der Kulturpolitik durch eigene Angebote erfüllen

Theater, Konzerte, Bibliotheken und Ausstellungen, sozio-kulturelle Orte und unterschiedliche ethnische Kulturen sind Bestandteil der Lebensqualität in der Stadt. Sie sind die Antwort der Städte auf eine Vielzahl unterschiedlicher Erwartungen, Bedürfnissen und sich stets wandelnder Interessen von Bewohnerinnen und Bewohnern, aber auch der örtlichen Wirtschaft. Neben einem wachsenden Markt kommerzieller Angebote und einer Vielzahl gemeinnütziger Angebote Privater hat die Stadtpolitik einen eigenen gestalterischen Auftrag, der die Bereitschaft und die Fähigkeit der Stadt erfordert, Kulturpolitik als Schwerpunkt zu betrachten.

Die Gegenwärtigkeit der Geschichte in Form von städtischen Plätzen, Bauwerken, Museen und Archiven ist Ausdruck einer Lebendigkeit, die in Traditionen wurzelt.

Die Künste sind Teil unserer Lebenswelt, die sie interpretieren und überschreiten, indem sie Wahrnehmungsgewohnheiten in Frage stellen und verändern. Damit weisen sie in die Zukunft. Ohne in der Stadt lebende Künstlerinnen und Künstler kann es auf Dauer auch keine Kunst in der Stadt geben. Kulturelle Bildung erschließt die Künste und zugleich kreative Potenziale im Sinne einer kulturellen nachhaltigen Entwicklung in der Stadt. Diese beruhen wesentlich auf einem Bildungsangebot der Stadt, das mehr leisten muss als die Vermittlung anwendungsorientierten Wissens.

Förderung der Freizeit- und Sportentwicklung als Querschnittsaufgabe anlegen

Die Attraktivität und Lebensqualität der Stadt beruht auch auf Freizeit- und Sportstätten für den Breiten- und Wettkampfsport sowie auf Spiel- und Bewegungsräumen insbesondere im Wohnumfeld, die für vielfältige sportliche und Freizeitaktivitäten genutzt werden können. Dieses Angebot dient zur bewegungs- und körperorientierten, ganzheitlichen Entwicklung der Persönlichkeit und zur Gesundheitsförderung in physischer, psychischer und sozialer Hinsicht. Insbesondere für Kinder und Jugendliche stellen Sport und Freizeit - in der Ergänzung zur Familie und zur Schule - ein wesentliches Element zum Erwerb sozialer Kompetenz dar.

Eine zukunftsorientierte Sport- und Freizeitentwicklung im städtischen Raum ist in die Stadtentwicklung fest eingebunden, stellt enge Verbindung zur Schul-, Jugend-, Gesundheits- und Sozialpolitik her und fördert in Vereinen und Verbänden das ehrenamtliche Engagement. Daher muss Sport- und Freizeitpolitik über die Grenzen der Fachpolitik hinausgreifen, neue Instrumente einbeziehen und insgesamt als Querschnittsaufgabe angelegt sein.

Für Sicherheit in den Städten sorgen

Sicherheit und Ordnung in einer Stadt bestimmen wesentlich die Lebensqualität der Bürgerinnen und Bürger und haben außerdem als Standortfaktor für Wirtschaftsunternehmen eine große Bedeutung. Sicherheitsvorsorge erfordert präventive und repressive Maßnahmen. Zu einem gesamtgesellschaftlichen Ansatz von Kriminalprävention können die Städte Beiträge in den unterschiedlichen Lebensbereichen leisten, insbesondere bei der städtebaulichen Planung und Gestaltung, in der örtlichen Kultur-, Bildungs-, Jugend-, Frauen- und Sozialpolitik sowie bei Integrationsangeboten für Ausländer.

Wichtige Vorstufen zur öffentlichen Sicherheit sind aber auch Sauberkeit und Ordnung auf Straßen und Plätzen. Denn dort, wo ein Straßenbild mit Unsauberkeit und Vandalismusschäden vorherrscht,

fühlen sich Bürgerinnen und Bürger subjektiv unsicher und es sinkt die Hemmschwelle für weitere Straftaten. Da sich die staatliche Polizei in den letzten Jahren immer mehr aus den Städten zurückgezogen hat, sehen sich die Städte zunehmend dazu gezwungen, mit eigenen Ordnungskräften präventiv und repressiv tätig zu werden.

Ziel der Städte ist es, wo immer möglich, einen verbesserten Schutz vor Gewalt und Kriminalität, vor Belästigung und Bedrohung zu erreichen und dafür auch eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen staatlicher Polizei und städtischer Ordnungsbehörde anzustreben.

Kommunale Gleichstellungspolitik stärken

Leitziel der kommunalen Gleichstellungspolitik ist die Verwirklichung der Chancengleichheit für Frauen und Männer. Dabei richtet sich Frauenpolitik zum einen an die Bürgerinnen der Stadt. So sind Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte Anlaufstellen für Bürgerinnen in Notlagen oder für Bürgerinnen mit besonderem Beratungsbedarf. Zum anderen fokussiert Frauenpolitik das Ziel der Chancengleichheit innerhalb der Stadtverwaltung. So sollten die unterschiedlichen Perspektiven von Frauen und Männern in Planungs- Organisations- und Entscheidungsprozessen der Stadtverwaltung berücksichtigt werden. Dabei versteht sich die Gleichstellungsarbeit als Querschnittsaufgabe, um eine möglichst enge Verzahnung von Fach- und Frauenpolitiken zu erreichen.

Frauenpolitik ist fester Bestandteil der kommunalen Personalentwicklung. Dabei werden die Chancen für Frauen in allen Verfahren zur Personalauswahl und zur Besetzung freiwerdender Stellen berücksichtigt. In Berufsbereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, ist der Frauenanteil entsprechend zu erhöhen mit dem Ziel der Parität zwischen den Geschlechtern. Alle Stellen, auch Führungspositionen, sollten grundsätzlich teilbar sein. Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Stadtverwaltungen werden dabei unterstützt, ihre Berufstätigkeit mit den Familienaufgaben zu vereinbaren.

Ver- und Entsorgung sicherstellen

Die Schaffung des EU-Binnenmarktes für die Versorgung der Bürgerinnen und Bürger mit Gas und Strom hat zu tiefgreifenden Strukturveränderungen sowohl hinsichtlich der Marktstrukturen als auch der Eigentumsverhältnisse geführt. Für die Städte geht es vor diesem Hintergrund insbesondere darum, weiterhin wichtige Infrastrukturleistungen für die Wirtschaft und die privaten Haushalte zu akzeptablen Preisen anbieten zu können.

Kommunalen Umweltschutz weiter stärken

Bei der Verbesserung der Lebensqualität in den Städten hat der kommunale Umweltschutz bereits eine Vielzahl von Erfolgen zu verzeichnen, sei es bei der Luftqualität, dem Naturschutz, der Gewässergüte, der Ver- und Entsorgung sowie der Bereitstellung von Grünflächen. Die zahlreichen Erfolge dürfen aber nicht dazu verleiten, die Anstrengungen für eine nachhaltige Entwicklung zu vermindern. So stellen u. a. die Lösung der Lärmproblematik, die Sanierung von 150.000 Altlastenverdachtsflächen in den Städten, der Flächenverbrauch oder die umweltverträgliche Bewältigung der Verkehrsprobleme große Herausforderungen für den kommunalen Umweltschutz dar. Erfolge im Umweltschutz dienen jedoch nicht nur den Bürgern, sondern sind zunehmend auch ein wichtiger Standortfaktor für die Wirtschaft und somit im gesamtstädtischen Interesse. Entscheidend für den Erfolg der Umweltpolitik ist es, dass die Städte die von ihnen entwickelten Ansätze einer integrierten Umweltpolitik fortentwickeln und Bund, Länder sowie die Europäische Union die Städte dabei unterstützen.

Ökologische Modernisierung voranbringen

Umweltschutz hat wie kaum eine andere Aufgabe Querschnittscharakter und berührt fast alle Tätigkeitsbereiche der Städte. Der Umweltschutz bleibt daher einer der Schwerpunkte kommunaler Politik. Im Vordergrund stehen dabei vor allem die Vorsorge und die Umsetzung und Konkretisierung von entwickelten Konzepten. Die Orientierung der Städte am Leitbild der Nachhaltigkeit auf der Grundlage der lokalen Agenda 21 ist eine der Grundvoraussetzungen für eine solche Politik. Neben dem Einsatz der Städte für ein stärkeres finanzielles Engagement der Europäischen Union, des Bundes und der Länder bei der Verbesserung der Luft- und Lärmsituation unterstützen die Städte den Ausbau

regenerativer Energien, die umweltfreundliche Kraft-Wärme-Kopplung und damit die Verbesserung des Klimaschutzes. Die Wasserversorgung als Kernbereich kommunaler Daseinsvorsorge muss auch zukünftig durch die Städte kontrolliert werden. Nur dies sichert die hohe Qualität der Trinkwasserversorgung und einen schonenden Umgang mit der knappen Ressource Wasser. Für die kommunale Abfallwirtschaft werden die Prioritäten Vermeidung, Wiederverwertung sowie umweltverträgliche Entsorgung eine immer größere Rolle spielen. Hierbei müssen die Städte dem Ökodumping, also dem Verbringen von Abfällen in Anlagen mit niedrigen Umweltstandards, entgegenwirken.

Mobilität stadtverträglich sichern

Mobilität ist ein Grundbedürfnis, für dessen Befriedigung auf lokaler Ebene die Städte im Rahmen der Daseinsvorsorge Verantwortung tragen. Die Gewährleistung von Mobilität ist allerdings nicht gleichbedeutend mit der Förderung von mehr Verkehr. Vielmehr müssen sich die Städte auf zwei gegenläufige Entwicklungen vorbereiten: Durch die räumliche Trennung der Funktionen Wohnen (stärker im Umland) und Arbeiten (in der Stadt) nimmt der motorisierte Individualverkehr weiter zu. Gleichzeitig sehen sich die Städte, die in ihren Entwicklungsplanungen bisher überwiegend von Wachstumsszenarien ausgegangen sind, zunehmend mit der Schrumpfung ihrer Einwohnerzahlen konfrontiert.

Zur Bewältigung der neuen Herausforderungen sollten Kooperationen in der Region verstärkt werden. Daneben sollten auch neue Kooperationsmöglichkeiten bei der Innenstadtentwicklung erschlossen und die Verkehrsplanung in die Stadtplanung integriert werden. Nur dann kann es gelingen, dem steigenden Mobilitätsbedürfnis Rechnung zu tragen, ohne damit mehr Verkehr zu erzeugen.

Eine zentrale Forderung ist dabei eine Stadtplanung der kurzen Wege. Einhergehend mit einer Nutzungsmischung in den einzelnen Stadtteilen ist die Verknüpfung der Verkehrswege von Fußgängern, Radfahrern, Nahverkehrsnutzern und Autofahrern fortzuentwickeln. Daneben muss der öffentliche Personennahverkehr örtlich und regional bedarfsgerecht ausgebaut werden, um den Städten die Steuerung des gesamten ÖPNV über städtebaulich integrierte Nahverkehrspläne zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang müssen die Städte eigenverantwortlich entscheiden können, ob und in welchem Umfang sie Nahverkehrsleistungen selbst mit eigenen Unternehmen erbringen oder im Wettbewerb an Dritte vergeben wollen.

Eine solche Angebotspolitik im öffentlichen Nahverkehr muss ergänzt werden durch eine konsequente Ordnungspolitik beim motorisierten Individualverkehr auf der Grundlage eines umfassenden Parkraummanagements sowie durch regionale Konzepte für den Wirtschaftsverkehr.

Nachhaltige Stadtentwicklung und Urbanität als Voraussetzungen für Lebensqualität in lebendigen Städten stärken

Nachhaltige Entwicklung als Synonym für eine dauerhaft umweltgerechte Entwicklung bedeutet, die ökologische, ökonomische und soziale Entwicklung so auszurichten, dass auch die nachfolgenden Generationen noch eine lebenswerte Umwelt vorfinden werden, ohne dabei die heutigen Bedürfnisse zu vernachlässigen. Nachhaltige Stadtentwicklung erfordert somit ganzheitliche Betrachtungsweisen statt einer immer weiteren Perfektionierung von Fachbelangen. Angestrebt wird ein ressortübergreifendes und ein an gemeinsamen Zielen orientiertes Handeln.

Bestandteil einer zukunftsfähigen Stadtentwicklung ist die Zielsetzung, die städtischen Zentren zu stärken und die wertvollen Freiräume am Stadtrand zu erhalten. Darüber hinaus ist eine verstärkte Nutzungsmischung von Wohnen, Grundversorgung, Handel, Arbeiten und Freizeit erforderlich. Zudem sind vor allem in Westdeutschland höhere städtebauliche Dichten bei Siedlungsprojekten anzustreben, die es ermöglichen, den Flächenverbrauch zu reduzieren und somit einen Beitrag zum Bodenschutz zu leisten. In den ostdeutschen Kommunen kann dagegen eine zukunftsweisende Stadtentwicklungspolitik auch die Ausdünnung des Bestandes zum Ziel haben.

Die Stadt lebt von ihren Bürgerinnen und Bürgern. Nur bewohnte Städte sind zukunftsfähige und vitale Städte. Die Aufgabe, bezahlbare und attraktive Wohnungsangebote für alle Bevölkerungsschichten im Eigentums- und Mietwohnungsbereich in einem lebenswerten Wohnumfeld zu schaffen, muss daher auch in Zukunft als eine der wesentlichsten Aufgaben für die Städte betrachtet werden.

Vor dem Hintergrund des demographischen Wandels, der Migration und der gesellschaftlichen Entwicklung kommt dem Angebot mit angemessenem Wohnraum für den steigenden Anteil älterer Menschen sowie der sozialräumlichen Integration von Zuwanderern besondere Bedeutung zu.

(...)

2.4 Wirtschaft und Arbeit fördern

(...)

Aufgabenteilung zwischen Stadt und Wirtschaft überprüfen

Neben der Sicherung des steuerlichen Verbundes und der erfolgreichen standortbezogenen Infrastrukturpolitik ist die zukünftige Beziehung von Stadt und Wirtschaft in der Frage der öffentlichen und privaten Aufgabenteilung gestaltbar. Den Städten steht frei, ihre wirtschaftlichen Dienstleistungen durch eigene Unternehmen anzubieten oder die Wahrnehmung öffentlicher wirtschaftlicher Aufgaben der privaten Wirtschaft zu übertragen. Dabei sind Chancen und Risiken, die für die Bürgerinnen und Bürger und für die öffentliche Infrastruktur entstehen, sorgsam abzuwägen. Auch nicht wirtschaftliche Betätigungen im sozialen, bildungs-, kultur- und freizeitbezogenen Aufgabenbestand der Stadt können privaten Anbietern übertragen werden, wenn die Stadt auch bei einer Beschränkung auf die Gewährleisterfunktion für die Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung dauerhaft Sorge tragen kann.

(...)

B. Strategien zur Umsetzung des Leitbildes der Stadt der Zukunft

(...)

2. Strategien für ein neues Verhältnis zwischen Stadt und Wirtschaft

(...)

Die künftige Rolle der Stadt im Bereich der Daseinsvorsorge

Die Städte sind bereit, ihren Aufgabenbestand der Daseinsvorsorge daraufhin zu überprüfen, welche Leistungen von den Kommunen selbst wahrgenommen werden und welche von der Wirtschaft, von privaten Dienstleistern ausgeführt werden können. Sie lassen sich dabei von folgenden Kriterien leiten:

- gleichberechtigter Zugang,
- akzeptable Preise,
- die Kontinuität und die Universalität einer Dienstleistung,
- eine angemessene Qualität der Dienstleistung,
- Erfordernis der politischen und rechtlichen Kontroll- und Steuerungsfunktionen,
- die Berücksichtigung nicht leistungsunmittelbarer zentraler politischer Aspekte, wie z.B. der Umwelt- und der Gesundheitsschutz.

Diese Fragen können nicht abstrakt, sondern nur individuell auf die einzelne Aufgabe bezogen beantwortet werden. Die Antworten werden für den Telekommunikationsbereich sicher anders ausfallen als für die Versorgung mit Energie und wieder anders für die Abfallentsorgung.

Forderungen bei einer stärkeren Beschränkung der Stadt auf die Rolle als Gewährleister

Trotz der aktuellen Finanznot der Städte, bleibt die Verpflichtung zur Daseinsvorsorge gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern sowie der privaten Wirtschaft. Dabei ist genau abzuwägen, welche Leistungen der Daseinsvorsorge Privaten übertragen werden können und welche selbst zu erbringen sind. Generell soll die kommunale Daseinsvorsorge effizient, kostenbewusst und wettbewerbsfähig sein. Sie soll darüber aber nicht ihr Proprium verlieren: den Blick für das Ganze und für das Gemeinwohl der örtlichen Gemeinschaft. An diesem übergeordneten Ziel muss sie ausgerichtet bleiben; dafür müssen die Kommunalvertretungen demokratisch verantwortlich bleiben.

Für den Fall, dass sich Städte für eine Übertragung bisher selbst erbrachter Leistungen auf private Unternehmen entscheiden, ist eine Änderung der rechtlichen wie tatsächlichen Rahmenbedingungen erforderlich. Neben Regelungen, die Vorkehrung für den Ausfall des privaten Leistungserbringers treffen, gehören dazu bei der vollständigen Vergabe von Leistungen an Dritte auch Maßnahmen, die die Stadt, ihre Institutionen und ihr Personal für die Rolle als Gewährleister qualifizieren. Anderenfalls wären die Städte nicht in der Lage, ihren Bürgerinnen und Bürgern jederzeit eine qualitativ hochwertige, flächendeckende sichere und preislich akzeptable Leistung sicher zu stellen.

Um für den Fall einer Vergabe kommunaler Leistungen an Private auch tatsächlich die gewünschten Wirkungen eines funktionierenden Wettbewerbs auf Effektivität und Effizienz für die Erstellung öffentlicher Leistungen nutzen zu können, muss wettbewerbliches Handeln zunehmend Bestandteil kommunalen Handelns werden.

Voraussetzung ist, dass die Stadt zuerst präzise Qualität, Umfang und Standard der zu erbringenden Leistung festlegt und dabei auch die beabsichtigte Wirkung beschreibt. Anschließend bestimmt sie, ob die Leistung extern oder intern produziert werden soll. Um den Erwartungen der Bürgerschaft und der Wirtschaft an eine effiziente und effektive Leistungserbringung gerecht werden zu können, müssen der Verwaltung angepasste wettbewerbsähnliche Strukturen institutioneller Bestandteil der Verwaltungsorganisation werden. Nur so kann die effizienzsteigernde Wirkung des Wettbewerbs ohne Einschränkung des städtischen Gestaltungsspielraumes zum Tragen kommen und die Effektivität der erbrachten Leistungen durch die Stadt kontrolliert werden.

Kooperation zwischen Stadt und privaten Unternehmen

Im Rahmen von Public Private Partnership, z. B. bei der privatwirtschaftlichen Finanzierung der Infrastruktur für öffentliche Aufgaben werden teils tragfähige, teils aus der Not geborene Lösungen praktiziert. Vor dem Hintergrund des hohen Investitionsbedarfs einerseits, der finanziellen Situation der Städte und der damit verbundenen Talfahrt der städtischen Investitionen andererseits sind neue Formen der Finanzierung durch die Nutzung privater Finanzierungs- und Betreibermodelle denkbar. Die Nutzung privater Finanzierungs- und Betreibermodelle für die Erfüllung kommunaler Aufgaben ist zu prüfen. Die Kommunen müssen in die Lage versetzt werden, in eigener Verantwortung entscheiden zu können, ob sie derartige Modelle im Einzelfall nutzen wollen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dementsprechend gestaltet werden.

(...)

Abrufbar unter: http://www.staedtetag.de/imperia/md/content/schwerpunkte/hv2003/22.pdf