

Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen, des Deutschen Städtetages und der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt

mit Beiträgen von

Dietrich Budäus
Carl Cederschiöld
Giacomo Corneo
Peter Eichhorn
Jürgen Gohde
Helmut Königshaus
Peter Kraushaar
Dieter Marszalek
Holger Mühlenkamp
Ingrid Nümann-Seidewinkel
Rainer Pläßmann

Christoph Reichard
Michael Ronellenfitsch
Andreas Schirmer
Martin Schölkopf
Michael Schöneich
Frank Schulz-Nieswandt
Thomas Schwarz
Joachim Wieland
Bernd Wilmert
Hermann Zemlin

Herausgegeben von der
Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft
Berlin 2005

Herausgeber:
Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft

Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen, des Deutschen Städte-
tages und der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt am 18./19. November
2004 in Berlin

Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft
Heft 22

Die Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft dankt dem Verband kommunaler Unternehmen e.V., Köln, und der Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH, Leipzig, für die finanzielle Förderung dieser Publikation.

ISBN 3-928615-16-5

Die „Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft“ werden herausgegeben von der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V., Sponholzstraße 11, D-12159 Berlin, Telefon (030) 852 10 45, Telefax (030) 852 51 11, E-Mail goew.dsceep@t-online.de, Internet www.goew.de
Sie erscheinen in unregelmäßiger Folge.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.
Gesamtherstellung: Gallus Druckerei KG, Berlin

Berlin 2005

Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen, des Deutschen Städtetages und der Gesellschaft für sozialen Fortschritt am 18./19. November 2004 in Berlin

Inhalt	Seite
Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb – Einführung <i>Peter Eichhorn</i>	7
Referate im Plenum des Symposiums	
Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsregime <i>Frank Schulz-Nieswandt</i>	12
Öffentliche Aufgabenerledigung und europäischer Ordnungsrahmen. Neue Perspektiven für eine Inhouse-Lösung? <i>Rainer Plaßmann</i>	25
Organisation kommunaler Dienstleistungen im Wettbewerb. Das Beispiel Stockholm <i>Carl Cederschiöld</i>	43
Neue rechtliche Rahmenbedingungen für die kommunalen Unternehmen <i>Joachim Wieland</i>	54
Referate in den Workshops des Symposiums	
Workshop 1: Gesundheitssektor	
Voraussetzungen für wirtschaftliches Handeln öffentlicher Krankenhäuser <i>Ingrid Nümann-Seidewinkel</i>	71

Dienstleistungen im Gesundheits- und Krankenhaus- sektor und der europäische Binnenmarkt <i>Martin Schölkopf</i>	83
Krankenhausedienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb <i>Jürgen Gohde</i>	96
Dienstleistungen des Gesundheitssektors zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb. Die Diskussion im Workshop <i>Holger Mühlenkamp</i>	104
Workshop 2: Öffentlicher Personennahverkehr	
Der ÖPNV nach der Altmark-Entscheidung des EuGH <i>Michael Ronellenfitsch</i>	109
Eigenerstellung und Wettbewerb im ÖPNV – Perspektiven für Rollenverständnisse von Aufgabenträgern und Unternehmen <i>Dieter Marszalek</i>	125
EuGH-konforme ÖPNV-Finanzierung in der Praxis. Das Beispiel der Bundesstadt Bonn <i>Hermann Zemlin und Peter Kraushaar</i>	135
Dienstleistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb. Die Diskussion im Workshop <i>Giacomo Corneo</i>	157
Workshop 3: Wasser-/Abwassersektor	
Wasser und Abwasser im Querverbund – Synergiepotenziale am Beispiel der Kommunalen Wasserwerke Leipzig <i>Andreas Schirmer</i>	163
Stadtwerke im Wettbewerb – Erfolg durch Kooperation und Integration <i>Bernd Wilmert</i>	173
Die Rolle des Benchmarking im Sektor Abwasser <i>Thomas Schwarz</i>	179

Dienstleistungen des Wasser-/Abwassersektors zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb. Die Diskussion im Workshop <i>Dietrich Budäus</i>	188
Podiumsdiskussion: Daseinsvorsorge unter Wettbewerbs- bedingungen	
Plädoyer für Pluralismus und kommunale Selbstverwaltung <i>Peter Eichhorn</i>	193
Nichts spricht gegen Wettbewerb <i>Hellmut Königshaus</i>	196
Kommunale Unternehmen im Wettbewerb <i>Hermann Zemlin</i>	200
Daseinsvorsorge ist originär staatliche Aufgabe <i>Michael Ronellenfitsch</i>	201
Ein Benchmarking-Konzept als Alternative zum Ausschreibungszwang <i>Rainer Pläßmann</i>	203
Forderung nach diskriminierungsfreier Beteiligung kommunaler Unternehmen am Wettbewerb <i>Michael Schöneich</i>	206
Daseinsvorsorge unter Wettbewerbsbedingungen. Zusammenfassende Befunde aus der Podiumsdiskussion <i>Christop Reichard</i>	208
Die Teilnehmer des Symposiums	211

Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Einführung

Dieses Symposium befasst sich mit einer grundlegenden Fragestellung, auf die weder Praxis noch Wissenschaft bisher eine schlüssige Antwort fanden. Das Problem ist vielschichtig. Es beinhaltet europa-, staats- und verwaltungsrechtliche, im Besonderen kommunal- und haushaltsrechtliche Aspekte, und fordert Volks- und Betriebswirtschaftslehre auf, ihre Einsichten mindestens zu überprüfen, wenn nicht gar zu revidieren. Dass auch politik- und sozialwissenschaftliche Bezüge existieren, sei am Rande vermerkt, verwundert aber nicht, denn öffentliche Dienstleistungen sind für die Gesellschaft von essentieller Bedeutung.

„Öffentliche Dienstleistungen“ ist eine neue Wortschöpfung, die sich anlehnt an Begriffe wie öffentliche Aufgaben, öffentliche Güter, öffentliche Bedarfe, öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse, Gemeinwohl und ähnliche Bezeichnungen. Kennzeichnend ist für sie alle, dass die Allgemeinheit unmittelbar und damit alle Individuen und Institutionen betroffen sind.

Mit dem Terminus „öffentliche Dienstleistungen“ wird ein Akzent gesetzt auf „Dienste leisten für die Öffentlichkeit“. Sie fragt solche Dienstleistungen nach, die von allgemeinem Interesse sind. Erbracht werden sie zum einen von hoheitlich tätigen Behörden, zum Beispiel für äußere und innere Sicherheit. Zum anderen leisten öffentliche Dienstleistungen gute Dienste für die so genannte Daseinsvorsorge. Darunter werden Leistungen verstanden, die kollektive Bedürfnisse rivalisierender Konsumenten befriedigen. In der Theorie öffentlicher Güter spricht man von meritorischen Gütern. Anders als bei rein öffentlichen Gütern, bei denen der Nutzen nicht auf einen bestimmten Konsumenten beschränkt ist, sondern ohne Rivalität auch zusätzlichen Nutzern zugute kommt (beispielsweise die Verteidigung), rivalisiert bei meritorischen Gütern der Konsum. Das haben sie zwar mit privaten Gütern gemein, sie unterscheiden sich aber von ihnen dadurch, dass bei meritorischen Gütern der Markt-

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn ist Ordinarius für Betriebswirtschaftslehre an der Universität Mannheim und Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft.

mechanismus nicht vollständig funktioniert. Das führt dazu, dass beispielsweise die Nachfrage nach und/oder das private Angebot an öffentlichen Dienstleistungen hinter dem gesellschaftlich erwünschten Umfang zurück bleiben.

Im Rahmen dieses Symposiums interessieren vor allem jene öffentlichen Dienstleistungen, die in Art. 16 und 86 EG-Vertrag Amsterdamer Fassung vom 2. Oktober 1997 als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bezeichnet werden. Es handelt sich im Wesentlichen um Strom-, Fernwärme-, Gas- und Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung, Straßenreinigung, Netzverkehrsleistungen, Rundfunk, Telekommunikation, Postdienste, Kreditversorgung, Wohnraumversorgung und Messewesen. Diese öffentlichen Dienstleistungen werden größtenteils von öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erstellt. Da deren Tätigkeiten marktbezogen sind, der Leistungsabsatz also mehr oder weniger über äquivalente Leistungsentgelte erfolgt, treten auch private Anbieter in den Wettbewerb ein.

Die Problematik ist evident. Öffentliche Dienstleistungen folgen einem Leistungsauftrag seitens des Gesetzgebers oder Unternehmensträgers, der sich in Sachzielen des öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmens niederschlägt. Diese Sachziele umfassen wirtschaftliche, aber auch außerwirtschaftliche, zum Beispiel soziale und ökologische Ziele. Private Bewerber, legitimerweise an Formalzielen orientiert, müssen sich nun in den Dienst der öffentlichen Aufgaben stellen. Das fordert von ihnen die Betonung spezifischer Produkteigenschaften. Auch die von Privatunternehmen angebotenen öffentlichen Dienstleistungen müssen allgemein und für alle gleich zugänglich, sozialverträglich, kontinuierlich, dauerhaft, sicher, qualitativ, transparent und umweltfreundlich sein. Ohne diese Eigenschaften wäre die Daseinsvorsorge bzw. der Sicherstellungsauftrag etwa einer Kommune nicht gewährleistet.

Das neuerlich verschärfte Subsidiaritätsprinzip, wonach kommunale Wirtschaftstätigkeit unter dem Vorrang privatwirtschaftlichen Handelns steht, darf nicht dazu führen, dass diese der kommunalen Selbstverwaltung anvertrauten Produkteigenschaften den Markterfordernissen geopfert werden.

Das europäische Vergaberecht verlangt von öffentlichen Auftraggebern unabhängig von der Rechtsform die Ausschreibung von Dienst- und Bauleistungen beim Überschreiten bestimmter Schwellenwerte. Ein

öffentlicher Auftraggeber wird auch unterstellt, wenn es sich beispielsweise um eine Stadtwerke AG handelt. Ausschreibungszwang besteht ebenfalls für juristische Personen, deren Leitung beaufsichtigt oder bei denen die Hälfte der Geschäftsführer bestimmt wird durch eine Gebietskörperschaft. Durch diese Regelung kann sich eine Kommune nicht der Ausschreibung entziehen, indem sie sich einer kommunalen Unternehmung bedient, denn gegebenenfalls wird diese ausschreibungspflichtig.

Von Ausschreibungen und vom Ausschreibungswettbewerb verspricht man sich einen erhöhten Wettbewerbsdruck zwischen den Bietern, geringe Beschaffungskosten und eine marktgerechte Leistungsbewertung. Im Modell des vollkommenen Marktes kann man mit diesen positiven Wirkungen rechnen. Was aber geschieht bei Marktunvollkommenheit? Bei längerfristigen unvollständigen Verträgen, die für Infrastrukturleistungen kennzeichnend sind, steigen die Transaktionskosten stark an, so dass die über die Ausschreibung erlangten niedrigeren Beschaffungskosten unter Umständen langfristig überkompensiert werden. Man muss auch davon ausgehen, dass beim Wettbewerb eine nur kleine Zahl potenzieller Bieter zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben geeignet sein dürfte. Privatwirtschaftlichen Bietern wird es nicht leicht fallen, das Gewinnstreben Qualitäts- und anderen Sachzielen unterzuordnen. Eine stetige und dauerhafte Leistungserbringung, die den Nutzern einen gleichberechtigten Zugang gewährt, hat Priorität. Wenige Bieter führen zu oligopolistischen Verhaltensweisen und unter Umständen zu Absprachen über Konditionen und Preise. Folgendes Szenario ist vorstellbar: Um den öffentlichen Auftrag bewerben sich das städtische Versorgungsunternehmen und ein Stromkonzern. Unterliegt letzterer in diesem und auch in anderen Bieterwettbewerben, kann er das verkräften. Dagegen wird eine einmalige und erst recht eine wiederholte Nichtvergabe an das kommunale Unternehmen dieses existenziell treffen. Zumindest kleinere und Einspartenunternehmen der Kommunen werden dann zum Grenzbetrieb und scheiden aus dem Markt aus.

Die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags wird durch den Ausschreibungswettbewerb auch auf andere Weise berührt. Bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse besteht die Gefahr, dass die Mindeststandards bei den Sachzielen in den Ausschreibungen möglichst niedrig angesetzt werden, damit überhaupt Gewinnmöglichkeiten und somit Anreize für Bewerber zur Teilnahme am Bieterwettbewerb entstehen. Gibt man sich damit nicht zufrieden, muss man entweder höhere Standards bei den Sachzielen fordern und bezahlen oder darauf verzichten – unter Aufgabe des Wesensgehalts des öffentlichen Auftrags.

Die Schlussfolgerungen aus diesen Einwänden liegen auf der Hand: Beim Ausschreibungswettbewerb müssen Kommunen und kommunale Unternehmen besonders Bedacht nehmen erstens auf die angestrebten Sach- und Formalziele und ihre Interdependenzen und dies bereits in der Ausschreibung zum Ausdruck bringen. Zweitens gilt es, die Chancen und Risiken von Verträgen, namentlich die Rechte und Pflichten der Partner (Kündigungsrechte, Haftungsregelungen, Sicherungsklauseln sowie Markt- und Betriebsrisiken, Nachverhandlungen usw.) festzulegen – wohlwissend, dass solche Anforderungen im Hinblick auf Produkteigenschaften schwierig zu operationalisieren sind, weshalb auch gleich Mediations- und Schlichtungsverfahren Vertragsbestandteil werden sollten. Drittens muss man den objektiven Anforderungen die subjektive Befähigung der Bewerber gegenüberstellen. Für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist bei Institutionen und Personen Wert zu legen auf Vertrags- und Gesetzestreue, Zuverlässigkeit der Leistungserstellung und Produktabgabe; das heißt Pünktlichkeit, Stetigkeit, Dauerhaftigkeit bis hin zu Makellosigkeit und Redlichkeit. Diese Kriterien sollten bei der Auftragsvergabe eine hervorgehobene Rolle spielen, die ihnen bekanntlich auch bei Vertrauensgütern zukommt.

Die Tätigkeit kommunaler Unternehmen war früher grundsätzlich auf das Gemeindegebiet begrenzt; zum Teil versorgten sie aber auch Umlandgemeinden, so dass man statt Örtlichkeitsprinzip besser vom Regionalprinzip spricht. Begründet wurde die Begrenzung mit der Kongruenz von Kommunalaufsicht, kommunaler Selbstverwaltung und Gebietshoheit sowie mit öffentlichen Haushalts- und Haftungsrisiken. Die neuen Wettbewerbsregeln für die kommunale Wirtschaftstätigkeit – Stichwort: Marktöffnung – lassen diese Begrenzung obsolet werden. Die Ökonomisierung führt auch zur räumlichen Öffnung. Das Zusammenwachsen von Städten, die Ströme von Ein- und Auspendlern, die Ausübung zentralörtlicher Funktionen, überörtliche Planungen, Versorgungs- und Entsorgungskonzepte, Verkehrsverbände, Wirtschaftsförderung usw. haben die Gestaltungsmaße verschoben und den örtlichen Wirkungskreis zu einem regionalen Aktionsradius erweitert. Die kommunalen Unternehmen agierten und reagierten in Bezug auf diese Ausdehnung ihres Geschäftsgebiets mit der synergetischen Nutzung von Betriebsgrößen- und Verbundvorteilen. Zwei Entwicklungslinien sind augenfällig: Zum einen stärkten kommunale Unternehmen ihre Selbständigkeit durch interkommunale Kooperationen und durch Fusionen, häufig auch durch Aufnahme privater Partner, zum anderen schloss man sich einem großen Verbundunternehmen an und erhielt dafür Gesellschaftsanteile.

Aus allen Fällen resultiert eine Konsequenz: Die so genannten Inhouse-Geschäfte – das heißt ausschreibungsfreie Vereinbarungen zwischen Kommune und kommunaler Unternehmung – sind kaum mehr möglich. Sie liegen vor, wenn die Kommune alleinige Eigentümerin der Unternehmung ist, diese wie eine eigene Dienststelle zu kontrollieren vermag und die kommunale Unternehmung im Wesentlichen nur für die Kommune und nicht für Dritte tätig wird. Da diese Voraussetzungen in der Praxis immer weniger gegeben sind, löst die räumliche Öffnung über die Gemeindegrenzen hinaus die Ausschreibungspflicht mit den skizzierten Effekten aus.

Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsregime

Nationale (mitgliedstaatliche) Entwicklungen und das EU-Recht stehen in Wechselwirkung. Auch die deutsche Praxis der Daseinsvorsorge steht unter Fortentwicklungsdruck durch das grundsätzliche Wirken des EU-Rechts, nationale Allokations- und Distributionsregime auf die EU-Rechts-Kompatibilität zu prüfen. Doch nach welcher Wirtschaftsordnung und Gesellschaftsverfassung strebt das EU-Recht? In welcher Weise generiert das EU-Recht eine neue soziale Wirklichkeit der Praxis der Daseinsvorsorge in Deutschland?

Die nachfolgende Analyse stellt die Vertextlichung der Schaubildpräsentation des Vortrags des Verfassers dar.¹

I. Was ist das EU-Projekt? Oder: Zur Struktur der Analyse

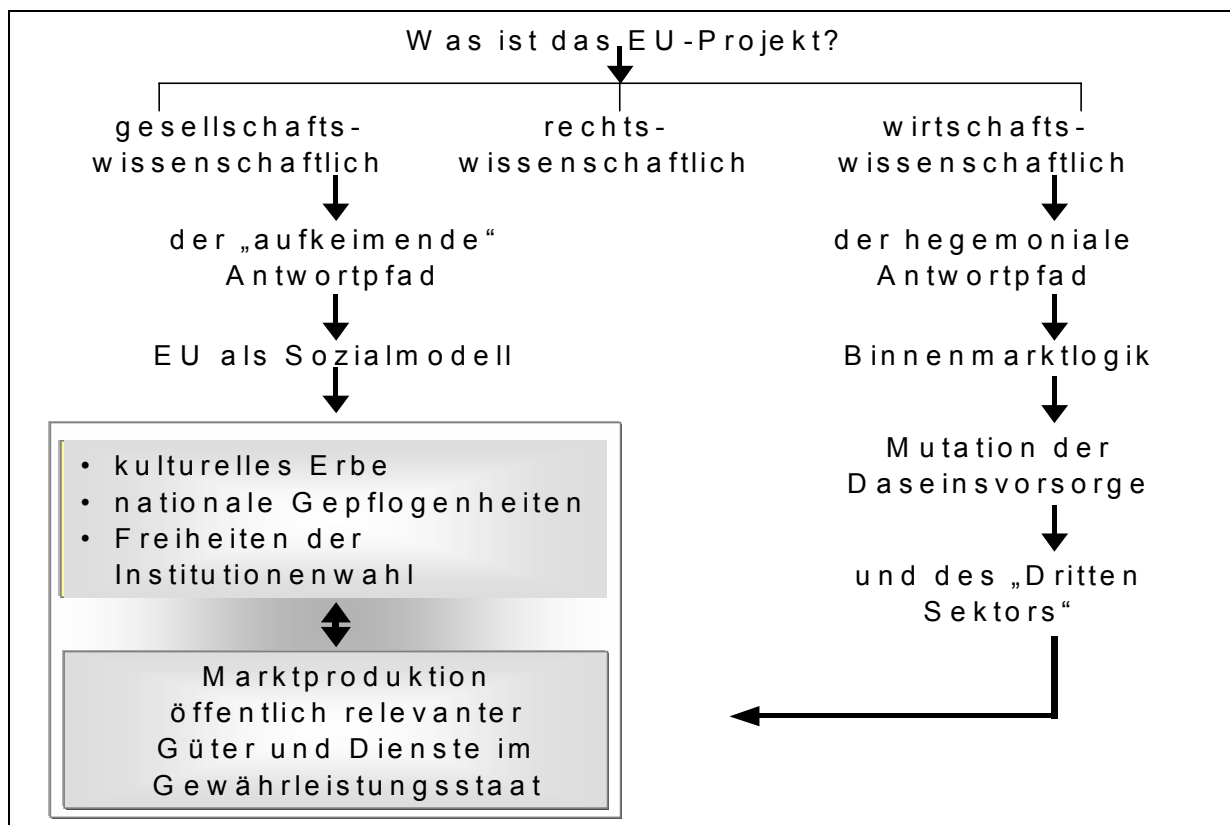
Schaubild 1 gibt einen Überblick über den Gang der Analyse. Dieser Analysegang ist zugleich ausformulierbar als Antwortskizze auf die Frage „Was ist das EU-Projekt?“

Was ist also das EU-Projekt? Die Antwort hängt angesichts der starken Verrechtlichung der Europäischen Union im Rahmen des Vertragsverfassungsgefüges von der Wahl des disziplinären Zugangs ab. Wirtschaftswissenschaftlich gesehen ist ein hegemonialer Antwortpfad leicht zu finden. Das EU-Projekt ist ein Binnenmarktprojekt. Und für das gestellte Thema „Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsregime“ bedeutet das: Die Binnenmarktlogik treibt eine Mutation der Daseinsvorsorge (auch der sozialen Dienstleistungsregime im sog. „Dritten Sektor“ der zwischen Markt und Staat angesiedelten intermediären Non-Profit-Sozialwirtschaften) an. Das stellt die rechte Seite des

* Prof. Dr. Frank Schulz-Nieswandt ist Direktor des Seminars für Sozialpolitik und Direktor des Seminars für Genossenschaftswesen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Er ist Fellow am Zentrum für empirische Wirtschafts- und Sozialforschung der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft.

¹ Der Verfasser verzichtet auf umfangreiche Literaturverweise und gibt nur vereinzelte Hinweise auf neuere Literatur. Umfangreiche Verweise finden sich in anderen Publikationen des Verfassers zum gleichen Thema oder zu thematischen Umfeldern, siehe Schulz-Nieswandt 2003 ff. im Literaturverzeichnis am Ende des Beitrags.

Schaubild 1: Struktur der Analyse



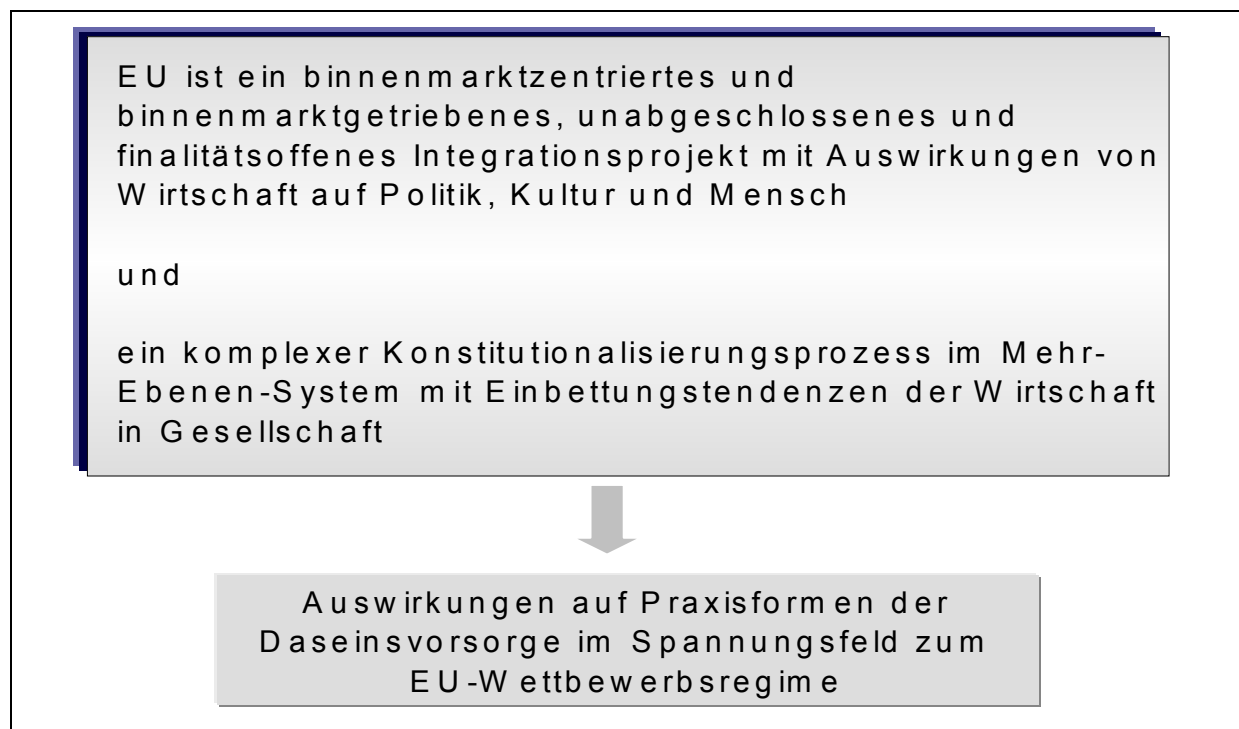
Schaubilds 1 dar. Aus diesem Mutationsprozess resultiert die Doktrin der Marktproduktion öffentlich relevanter Güter und Dienste im Gewährleistungsstaat. Und – dies zeigt die linke Hälfte des Schaubilds 1 – diese Marktproduktion im Gewährleistungsstaat steht in einem konfliktären Widerspruch zu einem „aufkeimenden“ Antwortpfad, der in den Blick gerät, sofern man das EU-Projekt aus gesellschaftswissenschaftlicher Sicht analysiert. Das EU-Recht sieht durchaus den Schutz des kulturellen (auch wohlfahrtskulturellen) Erbes vor, will nationale Gepflogenheiten (auch der sozialpolitischen Praxis) anerkennen und sieht in zentralen Bereichen der Wirtschafts- und Sozialordnung auch die Freiheit der Institutionenwahl auf mitgliedstaatlicher Ebene vor.

Denkt man diesen Widerspruch zwischen den zwei asymmetrischen Antwortpfaden, so – das zeigt Schaubild 2 – ist aus gesellschaftswissenschaftlicher Sicht das EU-Projekt ein doppelter Prozess.

Die EU ist ein binnenmarktzentriertes und binnenmarktgetriebenes, aber auch unabgeschlossenes und finalitätsoffenes Integrationsprojekt mit Auswirkungen von Wirtschaft auf Politik, Kultur und Mensch.² Die EU ist

² Kulturanthropologisch orientiert: siehe Schulz-Nieswandt 2003.

Schaubild 2: Europa, gesellschaftswissenschaftlich



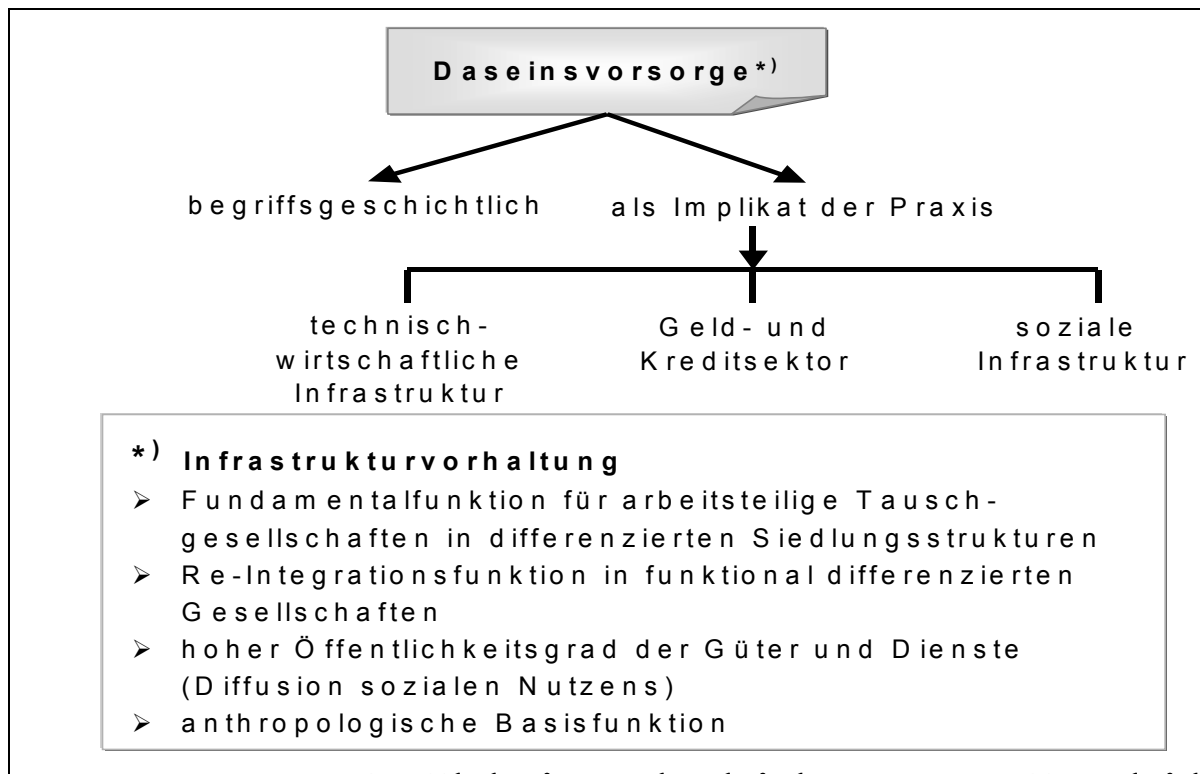
aber auch ein komplexer Konstitutionalisierungsprozess im Mehr-Ebenen-System mit Einbettungstendenzen der Wirtschaft in Gesellschaft. Aus diesem Widerspruch heraus – das zeigt Schaubild 2 – ist mit massiven Auswirkungen auf die Praxisformen der Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zum EU-Wettbewerbsregime zu rechnen.

II. Was ist Daseinsvorsorge?

Mit Bezug auf Schaubild 3 soll hier auf begriffsgeschichtliche Erörterungen verzichtet werden. Nur in aller Kürze darf in zentraler Weise der Aspekt herausgehoben werden, dass unter Daseinsvorsorge die öffentliche Sicherstellung von Infrastruktur zu verstehen ist.³ Ähnlich wie auf der EU-Ebene geht es auf der mitgliedstaatlichen Ebene um die Kohärenz, um den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt. Infrastruktur wird im Sinne der älteren (klassischen) „social overhead capital theory“ als Fundament funktionierender und räumlich integrierter Märkte verstanden. Soziologisch gesehen handelt es sich um eine Fundamentalfunktion für arbeitsteilige Tauschgesellschaften in differenzierten Siedlungsstrukturen und um eine Re-Integrationsfunktion in funktional differenzierten Gesellschaften. Ökonomisch gesehen liegt ein hoher

³ Vgl. auch Schulz-Nieswandt 2004b.

Schaubild 3: Daseinsvorsorge



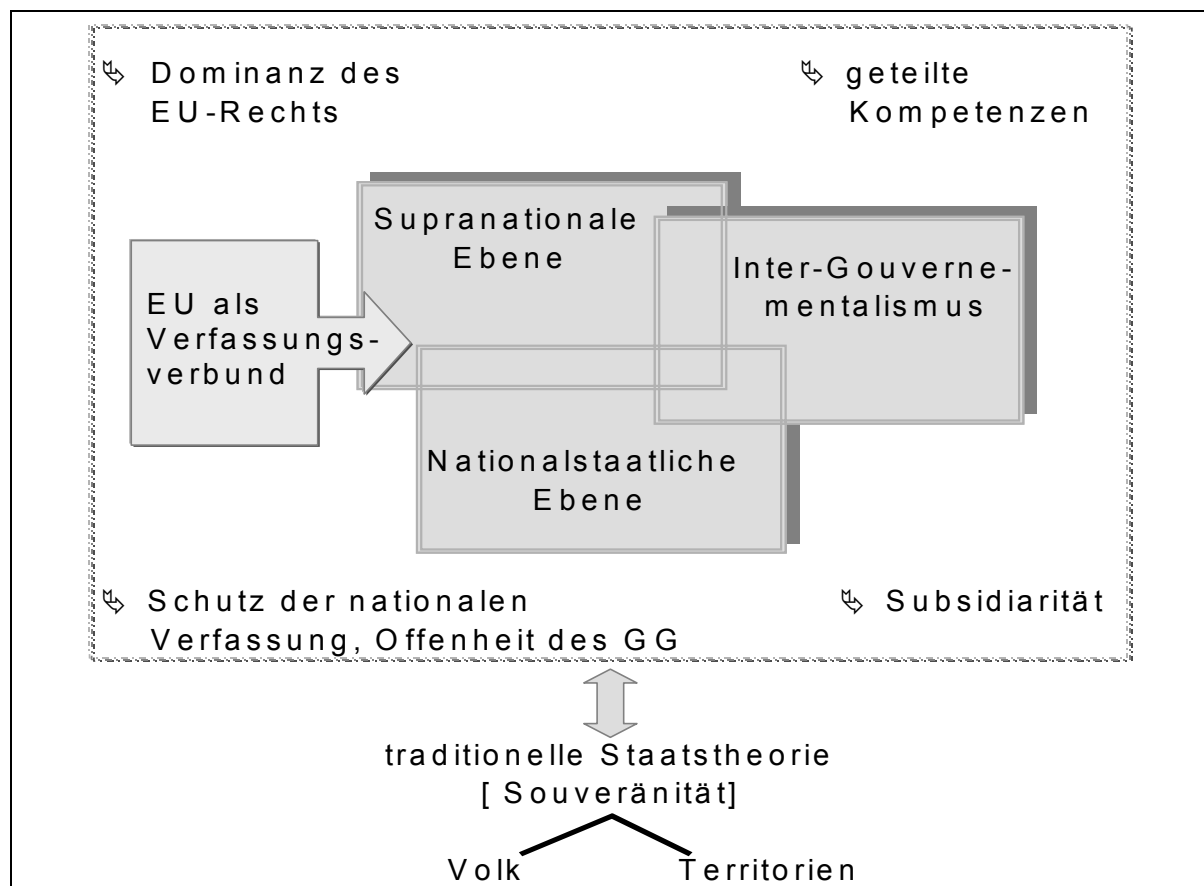
Öffentlichkeitsgrad der Güter und Dienste, insbesondere im Sinne einer Diffusion sozialen Nutzens vor. Noch grundsätzlicher betrachtet: Es handelt sich um anthropologische Daseinsfunktionen der menschlichen Existenz zwischen Verörtlichung und Mobilität der menschlichen Tätigkeiten.

Unterscheiden kann man zwischen drei Zentralbereichen der Daseinsvorsorge: (a) der technisch-wirtschaftlichen Infrastruktur (z.B. Verkehr, Energie etc.), (b) dem Geld- und Kreditsektor und (c) der sozialen Infrastruktur (Gesundheitswesen, Rehabilitationswesen, Pflegewesen, Bildungswesen, Jugendhilfewesens etc.).

III. Europa in rechtswissenschaftlicher Hinsicht

Schaubild 4 demonstriert, dass man sich Europa als Verfassungsverbund vorstellen muss. Im Sinne des vertikalen Mehr-Ebenen-Systems ist von einer Verschachtelung der supranationalen und der nationalstaatlichen Ebene auszugehen. In föderal geordneten Mitgliedstaaten kämen noch nationale Mehr-Ebenen-Systeme hinzu. Quer zu dieser vertikalen Verschachtelung kommt dann der Inter-Gouvernementalismus in

Schaubild 4: Europa, rechtswissenschaftlich



horizontaler Weise der Vernetzung hinzu. Hier liegen entscheidende Veto-Spieler-Optionen begründet.

Ein wichtiger Gesichtspunkt der Analyse besteht darin, dass sich große Teile der deutschen Staatsrechtslehre immer noch orientieren auf die traditionelle Souveränitätslehre des nationalen Staates als Herrschaft über ein territorial definiertes Volk. In Schaubild 4 ist das als Widerspruch zum Denkansatz eines komplexen Verfassungsverbundsystems dargelegt.

Schaubild 4 spannt den Denkansatz des Verfassungsverbunds ein in vier wichtige Wirkkräfte. Die Dominanz des EU-Rechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ist zu betonen im Lichte der Offenheit des deutschen Grundgesetzes (Art. 23 und 24) gegenüber supranationalem Recht. Andererseits verpflichtet sich die EU durch Art. II-53 EU-Verfassung auf den Schutz nationaler Verfassungen. Art. 137 EGV sah (in sozialpolitischen Fragen, die nach Art II-12 EU-Verfassung zu den Feldern der geteilten Kompetenzen zählen) die Anerkennung der Vielfalt verschiedener nationaler Traditionen vor. Wiederum andererseits betont Art. 10 EGV die Pflichten der Mitgliedstaaten zum Einhalten der

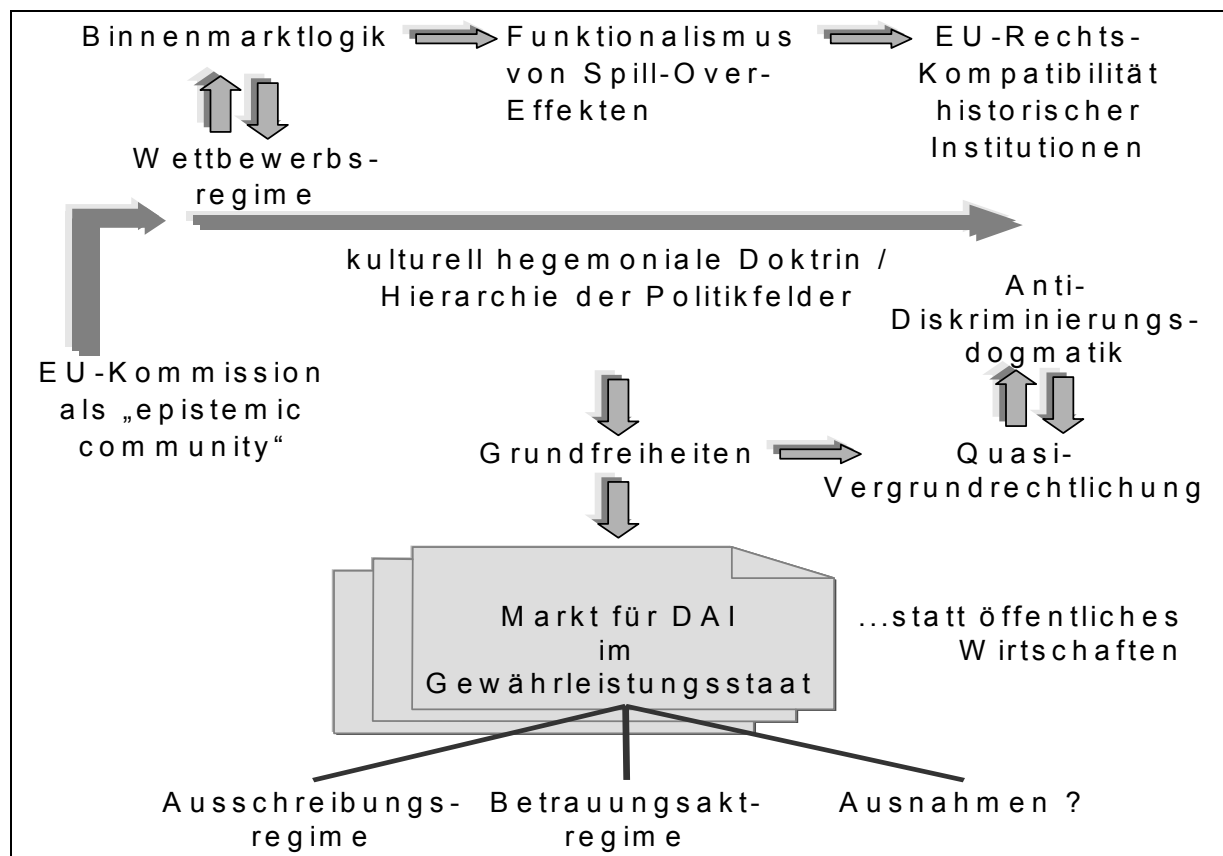
EU-Rechtsvorgaben. Im Fall der Daseinsvorsorge sieht Art. III-6 EU-Verfassung gerade mit Blick auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) eine geteilte Kompetenz vor. Soziologisch unterscheidet das EU-Recht in diesem ehemaligen Art. 16 EGV zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten zwei Ebenen. Die EU ist eine eigene emergente Entität. Insofern scheint – wie Schaubild 4 darlegt – nicht so sehr die Subsidiaritätsklausel nach Art. 5 EGV im vorliegenden Thema relevant oder wirkungsdominant zu sein. Vielmehr geht es um die Verschachtelung der Rechtsebenen infolge des Definitionsakts einer geteilten Kompetenz.

IV. Europa in wirtschaftswissenschaftlicher Hinsicht

Die Binnenmarktlogik in ihrer wechselseitigen Semantik zum EU-Wettbewerbsregime führt dazu, dass sich alle historisch gewachsenen Institutionen einem EU-Rechts-Kompatibilitätstest unterziehen müssen. Das ist in Schaubild 5 dargelegt. Der Binnenmarkt ist daher funktionalistisch durch diesen Spill-over-Effekt zu definieren. Alle anderen (nicht-wirtschaftlichen) institutionellen Bereiche der EU-Gesellschaften müssen sich EU-Rechts-kompatibel der Logik des Binnenmarkts anpassen. Doch welcher Logik folgt der Binnenmarkt? Art. 2 EGV definiert den Markt noch als instrumentelles Ziel. Eigentliches Ziel der EU ist der Wohlstand der Bürger, der wirtschaftliche und soziale Fortschritt (vgl. auch Art. 2 EUV). Doch Art. 4 Abs. 2 EGV macht deutlich, dass eine „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ anvisiert ist. Aber wiederum andererseits definiert Art. I-3 der EU-Verfassung Europa als wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft. Und die vielfache Betonung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts – der Kohärenz und der Kohäsion – im EU-Vertragsgefüge dürfte signifikant machen, dass das Soziale der Marktwirtschaft nicht als deren Achillesferse zu verstehen sein wird. Wenngleich im Lichte der Lissabon-Strategie die neuen Akzentuierungen der Strukturfondspolitik auf der Basis der streng budgetierten mittelfristigen Finanzplanungen bis 2013 für die EU-25 eine stärkere Wachstums- statt Ausgleichsorientierung anklingen lässt.

Jedenfalls – das demonstriert bzw. veranschaulicht Schaubild 5 – ist die Binnenmarktidee die kulturell hegemoniale Doktrin. Diese Doktrin drückt sich in der Hierarchie der Politikbereiche aus. Noch in der Kapitelarchitektur von Teil III der EU-Verfassung lässt sich diese Hierarchie ablesen. Soziologisch ist die EU-Kommission die Trägerakteurin dieser Doktrin. Soziologisch wird man die Kommission als „epistemic community“ beurteilen können. Sie ist angetrieben von einem von den

Schaubild 5: Europa, wirtschaftswissenschaftlich



Organisationsmitgliedern kollektiv geteilten Normen- und Wertegefüge.

Und der Zentralbegriff dieses normativen Denkgebäudes lautet: Freizügigkeit als Grundfreiheit. Grundlegend dazu ist der Art. 14 Abs. 2 EGV i.v.m. mit Art. 18 EGV, der die Freizügigkeit des Unionsbürgers betont. Das ist insgesamt im Lichte des prinzipiellen Diskriminierungsverbots der EU zu sehen (vgl. Art. 12 EGV). Schaubild 5 hebt hervor, dass diese Grundfreiheiten zum Teil als zu Quasi-Grundrechten verrechtlicht gesehen werden.

In Schaubild 5 kann nun wiederum die Stellung der Daseinsvorsorge im EU-Rechtsgefüge klargestellt werden. Art. IV-36 stellt die EU-Rechtskompatibilität gerade in diesem Themenkreis heraus; wenngleich bereits Art. III-36 der EU-Verfassung, also ein Artikel der EU-Grundrechtscharta von Nizza, in diesem Feld die sozialen Zugangschancen als sichergestellt sehen will. So ist bereits in diesem Lichte das EU-Wettbewerbsregime im Bereich der Daseinsvorsorge sozial- bzw. gesellschaftspolitisch eingebunden. Auch die Offene Methode der Koordinierung (OMK)⁴ betont ja in den verschiedenen Bereichen des Sozialstaats neben dem

⁴ Vgl. am Beispiel Armut und soziale Ausgrenzung: Benz 2004.

Kriterium der Nachhaltigkeit das Kriterium der Qualität und das der sozialen Zugangschancen.

Auch unter der (hier nicht näher nach zu zeichnenden) Wirkung des EuGH legt Schaubild 5 die Konsequenz des ganzen Geschehens für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dar. Die EU-Doktrin der Kommission bahnt einen Markt für DAI im Gewährleistungsstaat an. Dies konkretisiert sich – mit Blick auf die Art. 86 Abs. 2 sowie 87 EGV und i.V.m. Art. 73 EGV – als eine angestufte Regulationsregimepraxis: Ausschreibungsregime, Betrauungsaktregime oder Ausnahmeregelungen.⁵ Insgesamt hat ein derart regulierter Markt Vorrang vor dem öffentlichen Wirtschaften selbst.⁶

V. Der Dritte Sektor

Von speziellem Charakter in diesem allgemein gültigen normativ-rechtlichen und ökonomischen Bezugsrahmen ist der „Dritte“ Sektor der intermediären Non-Profit-Sozialwirtschaften. In Deutschland ist davon insbesondere der Sektor der freigemeinnützigen Wohlfahrtspflege betroffen.⁷

Schaubild 6 betont den hybriden Charakter der Einzelwirtschaften dieses Sektors. Wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Eigenschaften, folgt man dem funktionellen Unternehmensbegriff des EU-Rechts, der die Marktbezogenheit betont und Fragen der Rechtsform oder der Trägerschaft, ja auch der Wirtschaftsgesinnung als irrelevant erklärt, mischen sich hier. Damit stehen die Gebilde der freien Wohlfahrtspflege im Wettbewerb; ihre enge Verzahnung mit dem deutschen Staat steht somit unter Rent-Seeking-Verdacht.⁸ Andererseits argumentieren die Wohlfahrtsverbände mit ihrer Sozialkapitalbildung: Sie vernetzen Menschen dort, wo sie leben, sie schaffen eine Moralökonomik der Gegenseitigkeit, sie produzieren ein Vertrauensklima im Gemeinwesen. Sie realisieren vor allem auch Komplexleistungen und betten diese Sozialdienstleistungen in die Örtlichkeit der Daseinsweise der Menschen ein.

Andererseits – ebenfalls in Schaubild 6 angedeutet – wird den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege der EuGH nicht jenen Solidarcharakter

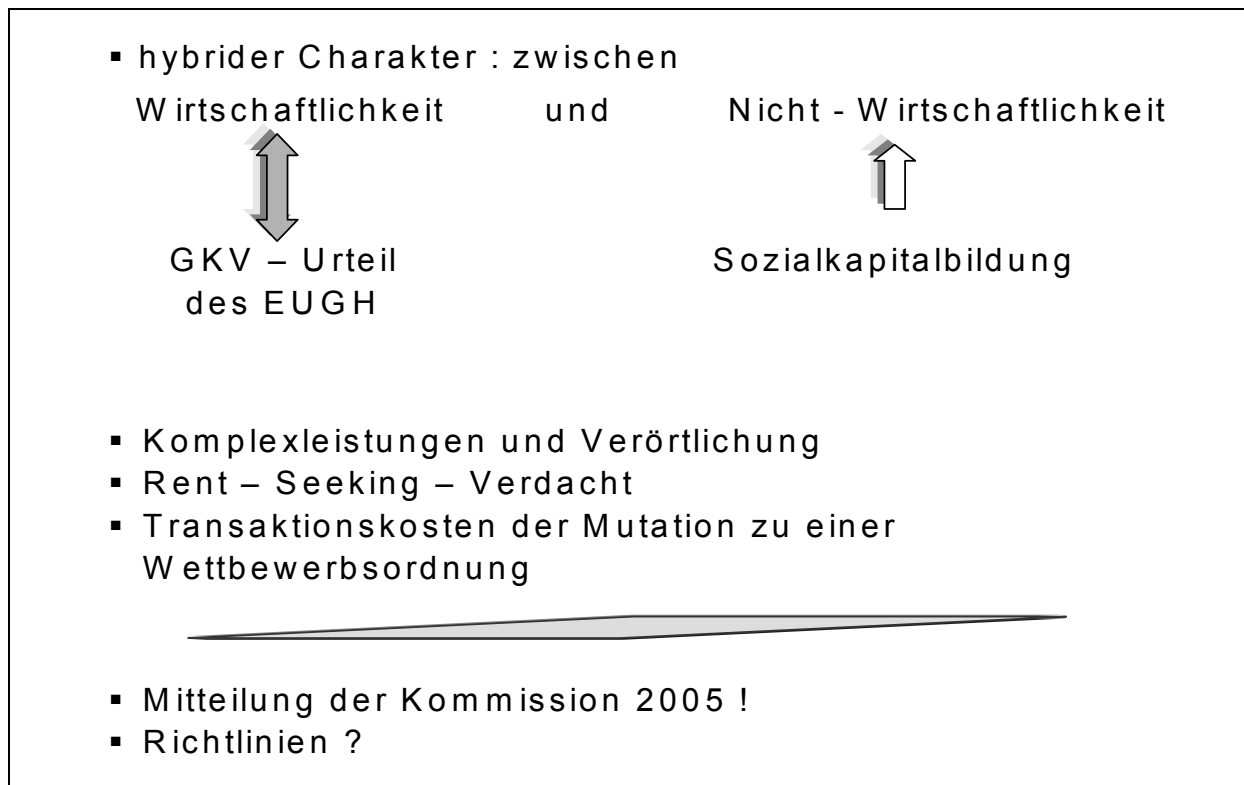
⁵ Hierzu insgesamt auch Schulz-Nieswandt 2004, 2004a, 2004b sowie 2005a.

⁶ Vgl. auch Schneider & Tenbücken (Hrsg.) 2004 mit Studien zur Privatisierung öffentlicher Infrastruktursektoren.

⁷ Vgl. Schulz-Nieswandt 2004.

⁸ Schulz-Nieswandt 2004b.

Schaubild 6: Dritter Sektor



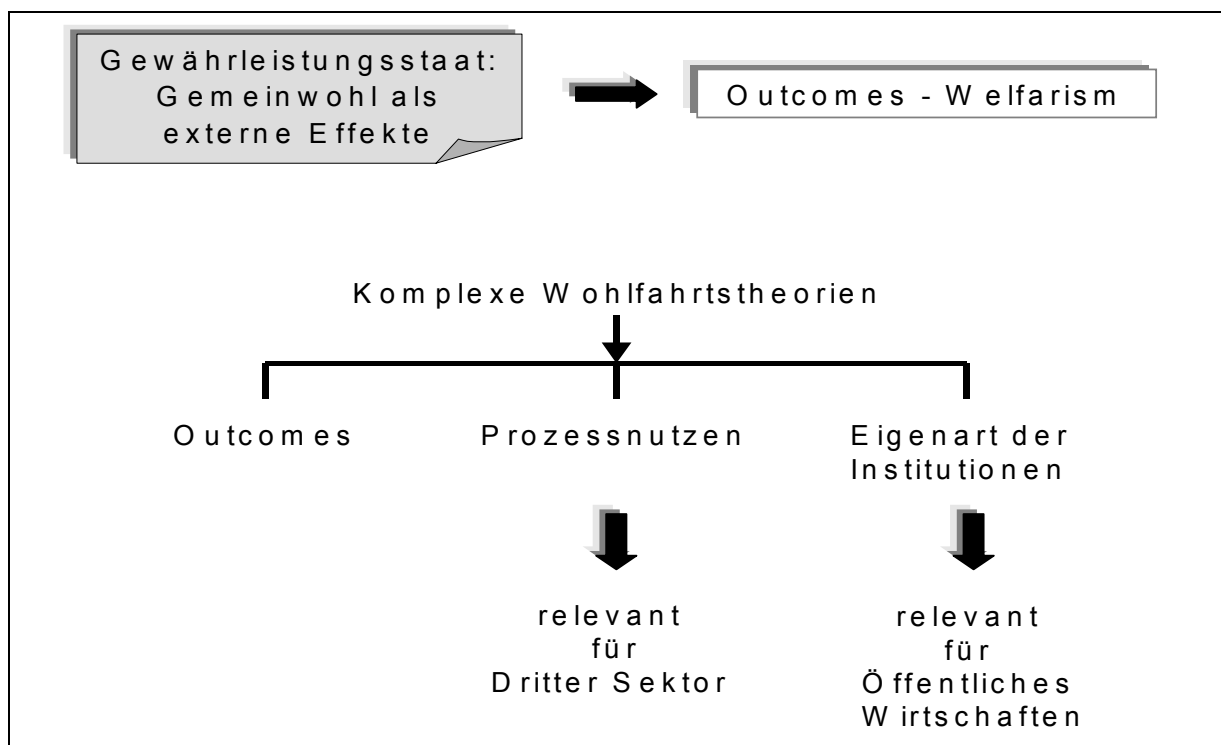
zuschreiben wollen, den er kürzlich der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zugeschrieben hat. Die GKV sei ein Solidarsystem, kassenübergreifend durch den Risikostrukturausgleich (RSA) ausgleichsorientiert integriert. Daher sei die GKV nicht-wirtschaftlich orientiert.

Es zeichnet sich ab, dass die Transaktionskosten einer volumenabhängigen Notifizierungspflicht aller öffentlichen Aufträge im Sozialsektor kaum tragbar sind. Ganze Leistungsbereiche wird man ferner eventuell europarechtlich herausnehmen (sozialer Wohnungsbau und Krankenhaussektor). Die Mitteilung der Kommission zu den Gesundheitsdienstleistungen in Mitte 2005 bleibt abzuwarten; die Dienstleistungsrichtlinie wird aber Probleme aufwerfen. Insbesondere das Herkunftslandprinzip hinsichtlich der Geltung von Regulationsregimen dürfte der Idee des nationalen Gewährleistungsstaats widersprechen. Diese Theorie hat bislang versprochen, dass bei europaweiter Marktöffnung die Normen und Versorgungsziele sowie die Qualitätsstandards vom Nationalstaat als EU-Mitgliedstaat gesetzt werden dürfen. Das ist auch eine zentrale Argumentationsposition in der GATS-Kontroverse.

VI. Ein theoretisches Argument für die Freiheit der Institutionenwahl

Wohlfahrtstheoretisch⁹ kann ein wichtiges Argument gegen die Theorie des Gewährleistungsstaats¹⁰ eingewandt werden: Diese Theorie definiert Gemeinwohl nur über externe Effekte. Die Theorie der Externalitäten fügt sich, so wichtig und bedeutsam diese Denkrichtung der Ökonomie auch ist, dem Outcomes-Welfarism. Die Diskussion vergangener Jahre hat aber zunehmend gezeigt, dass sich Wohlfahrtsüberlegungen in einem Outcomes-Welfarism nicht erschöpfen. Komplexe Wohlfahrtstheorien betonen neben den Outcomes auch den Prozessnutzen und den Wert der Institutionen.

Schaubild 7: A priori – NEIN zum öffentlichen Wirtschaften



Diese Überlegungen legt Schaubild 7 dar. Der Prozessnutzen spielt gerade im Dritten Sektor – aber nicht nur dort¹¹ – eine große Rolle. Es handelt sich um den Nutzen, der in der Art und Weise des Wirtschaftens liegt. Die Wirtschaftsgesinnung kann konstitutiver Teil der Produktionsfunktion sein; und die Art des Produzierens sowie die kulturelle Einbettung in ein gesellschaftliches Stake-Holder-Modell muss präferenztheoretisch als Besonderheit gelten. Und auch die Präferenz über Institutio-

⁹ Vgl. auch in Schulz-Nieswandt 2004b und 2005d.

¹⁰ Knauff 2004; Hoffmann-Riem 2000; Schuppert 2003.

¹¹ Benz 2004a.

nen selbst muss berücksichtigt werden. Dies kann eine Vorzugswürdigkeit des Modus des öffentlichen Wirtschaftens begründen.

VII. Das Potential der EU-Verfassung

In Schaubild 8 wird nochmals gesellschaftswissenschaftlich auf normativ-rechtlicher Vorgabebasis ein breites Verständnis der EU-Idee angedacht. Basis ist eine grundrechtliche Interpretation der EU-Verfassung und damit des ganzen EU-Verfassungsverbunds.¹² Schaubild 8 rekurriert auf die Idee der Unionsbürgerschaft. Nach diesem Konstrukt ist der EU-Bürger sowohl Staats- als auch Wirtschafts- und auch Sozialbürger. Der Sozialbürgerstatus ist fundiert durch den Katalog der sozialen Grundrechte der EU-Verfassung.¹³ Die EU ist dann nicht allein ein Raum der optimalen Allokation der Produktionsfaktoren. Sozialpolitik ist dann auch nicht ex ante immer nur unter dem Vorbehalt der Binnenmarkt-kompatibilität zu testen. Daseinsvorsorge und Sozialpolitik stünden sonst unter dem Apriori-Verdacht, ein nicht-tarifäres Binnenmarkt- und Handelshemmnis darzustellen. Eine solche hegemoniale Binnenmarktdoktrin wäre aber Ökonomismus: der Verlust des Instrumentalcharakters von Markt und Wettbewerb. Markt – das sagt Schaubild 8 – ist aber kein Selbstzweck. Die europäische Gesellschaft ist mehr als ein Markt. Der Markt bleibt der kulturell eingebetteten Gesellschaft eingegliedert; und letztendlich muss sich diese Gesellschaft als politisch verfasste Gesellschaft definieren.

Europa ist verfassungsrechtlich als soziale Marktwirtschaft definiert. Zugleich ist sie im Lichte der Lissabon-Strategie als wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft bestimmt. Das in der Präambel der EU-Verfassung deutlich betonte Rawlssche Inklusionsgebot¹⁴, wonach auch die schwächsten und ärmsten Bürger in den Sog der Wohlstandsentwicklung gezogen werden müssen, betont den Konstruktionsgedanken der sozialen Kohärenz.

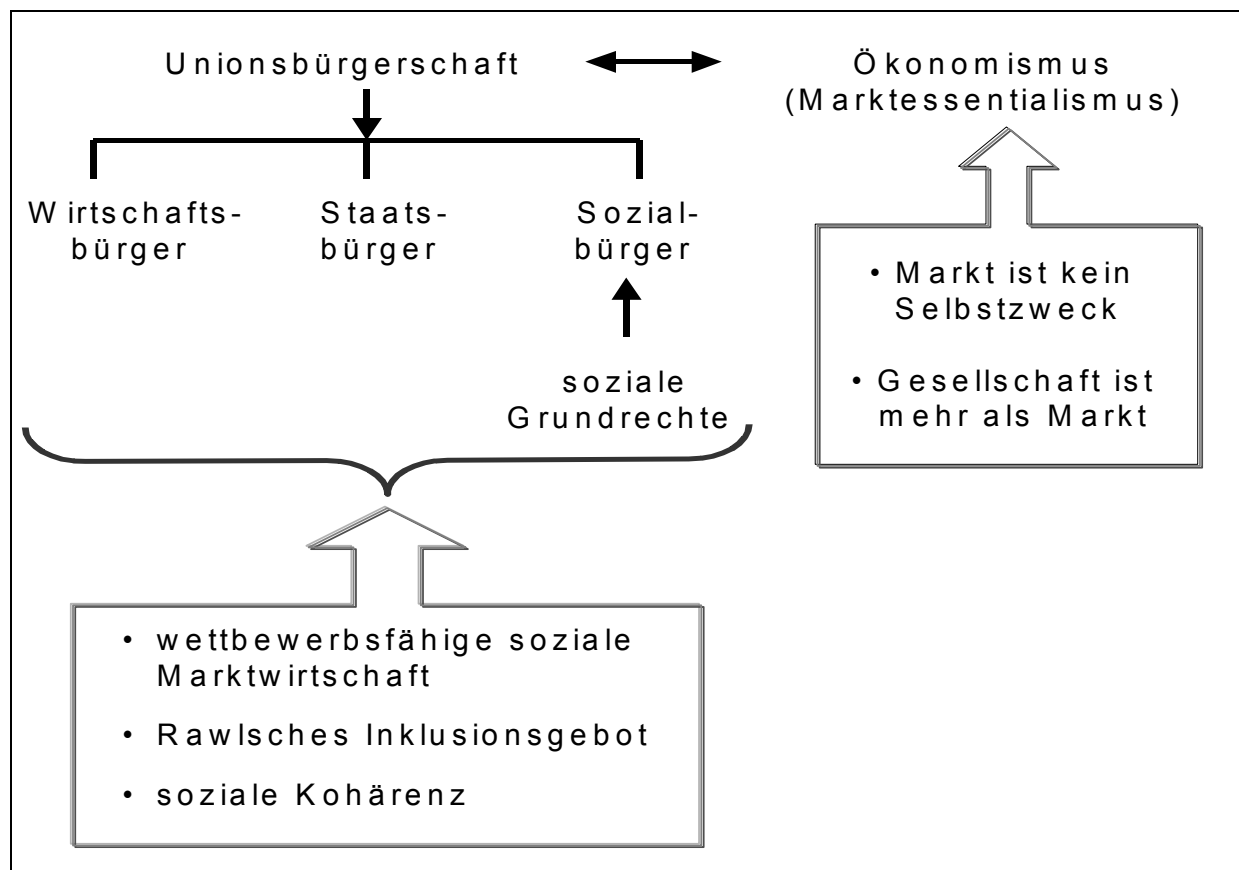
Das Problem wird aber sein, dass die EU-Kommission im Gewährleistungsstaat bereits „das europäische Sozialmodell“, von dem im Weißbuch zu den DAI schon die Rede ist, verkörpert sieht. Damit ist der diskursive Kampf um die Semantik der sozialen Marktwirtschaft in Europa erst eröffnet, nicht beendet.

¹² Schulz-Nieswandt 2005b sowie ders. u.a. 2005.

¹³ Schulz-Nieswandt 2003 und 2003a.

¹⁴ Zu den wohlfahrtstheoretischen Argumentationsweisen dieses Abschnittes vgl. auch in Schulz-Nieswandt 2005b.

Schaubild 8: Potential der EU-Verfassung



Literaturhinweise

Benz, B. (2004): Nationale Mindestsicherungssysteme und europäische Integration, Wiesbaden.

Benz, M. (2004a): Institutionen und menschliches Wohlergehen, Tübingen.

Hoffmann-Rien, W. (2000): Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt am Main.

Knauff, M. (2004): Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin.

Schneider, V. & Tenbücken, M. (Hrsg.) (2004): Der Staat auf dem Rückzug. Die Privatisierung öffentlicher Infrastrukturen, Frankfurt am Main / New York.

Schulz-Nieswandt, F. (2003a): Eine Charta der sozialen Grundrechte im Rahmen einer EU-Verfassung, in: Sozialer Fortschritt, Bd. 52 (1), S. 23-29.

Schulz-Nieswandt, F. (2003b): Eine EU-Verfassung mit sozialen Grundrechten, Arbeitspapier Nr. 10. Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa, Frankfurt am Main.

- Schulz-Nieswandt, F.** (2004a): Daseinsvorsorge, soziale Dienstleistungen und Dritter Sektor in der Europäischen Union, in: AWO-BV (Hrsg.), Soziale Dienste in Europa, Bonn, S. 35-44.
- Schulz-Nieswandt, F.** (2004b): Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU – Zwischen Anerkennung nationaler Arrangements und Modernisierungsbedarf aus Sicht des EU-Rechts, in: Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik & Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa (Hrsg.), Dokumentation der Tagung „Gemeinwohlbezogene soziale Dienste in der EU – ihre besonderen Charakteristika, ihre Leistungsfähigkeit und Rahmenbedingungen der Dienstleistungserbringung“, Frankfurt am Main, S. 35-44.
- Schulz-Nieswandt, F.** (2005a): Auf dem Weg zu einem Europäischen Familien(politik)leitbild? Thesen zum komplexen Wandlungsprozess der Überwindung eines arbeitnehmerzentrierten koordinierenden EU-Arbeits- und Sozialrechts, in: Althammer, J. (Hrsg.), Familienpolitik und soziale Sicherung. Festschrift für Heinz Lampert, Berlin u.a., S. 171-187.
- Schulz-Nieswandt, F.** (2005b): Soziale Daseinsvorsorge im Lichte der neueren EU-Rechts- und EU-Politikentwicklungen, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 28 (1), S. 19-34.
- Schulz-Nieswandt, F.** (2005c): Sozialpolitik und Alter. Grundriss Gerontologie, Bd. 5, Stuttgart (i.V.).
- Schulz-Nieswandt, F.** (2005d): Daseinsvorsorge in der EU, in: Linzbach, Chr. u.a. (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, Baden-Baden, S. 397-423.
- Schulz-Nieswandt, F. u.a.** (2005): Die Genese des europäischen Sozialbürgers im Lichte der neueren EU-Rechtsentwicklungen, Münster u.a. (i.V.).
- Schuppert, G.F.** (Hrsg.) (2003): Staatswissenschaft, Baden-Baden.

Öffentliche Aufgabenerledigung und europäischer Ordnungsrahmen. Neue Perspektiven für eine Inhouse-Lösung?

Im Folgenden soll versucht werden, die öffentlichen Dienstleistungen bzw. die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Koordinatensystem europäischer Rechtssetzung und Politik näher zu bestimmen. Dabei lässt sich allerdings bereits vorwegnehmen: Einen klar definierten europäischen Ordnungsrahmen für diese Dienstleistungen wird man bis heute vergeblich suchen. Es existiert kein Kapitel im EG-Vertrag (EGV), das die Bedingungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen umfassend regelt. Man kann noch nicht einmal von einem auf die Schaffung einer entsprechenden Kodifikation abzielenden politischen Willen der Mitgliedstaaten sprechen. Zu unterschiedlich sind die Konzepte für öffentliche Dienstleistungen beispielsweise in Großbritannien, Skandinavien, Frankreich oder Deutschland. Angesichts des Fehlens kohärenter und klarer europäischer Rechtsvorgaben ist es nicht verwunderlich, dass die europäische Diskussion um diese Dienstleistungen wenig zielgerichtet, weil von unterschiedlichen Interessen gelenkt, erscheint und die für die Dienstleistungen Verantwortlichen, nämlich die Gebietskörperschaften auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene sowie die Erbringer der Dienstleistungen, häufig unsicher sind, was Europa von ihnen erwartet.

I. Das europäische „Gebäude“ der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Man kann sich das derzeitige Gefüge der Vorschriften, vorbereitenden Rechtsakte und sonstigen Dokumente, die sich auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beziehen, bildlich als ein Gebäude vorstellen, dessen Fundamente und tragende Teile die Bestimmungen des EGV sind. Das Gebäude hat eine große Eingangshalle, die dem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gewidmet ist. Von ihr gehen auf verschiedenen Ebenen alle anderen Räumlichkeiten ab. Die Türen, die im ersten Stockwerk von diesem Foyer abgehen, tragen Aufschriften

* Rainer Plassmann ist Generalsekretär des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), Brüssel.

wie „Beihilfepolitik“, „Altmark“, „Grünbuch ÖPP“, „Energierichtlinien“, „1191/69“, „Dienstleistungsrichtlinie“, „Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen“ usw. Im zweiten Stockwerk befinden sich die Zimmer der Bewohner, nämlich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und deren verschiedener Untermieter wie Länder, Regionen oder Kommunen. Um die Ordnung im Hause ist es nicht zum Besten bestellt; denn der Hausmeister, die Europäische Kommission, hat unklare Kompetenzen und handelt bisweilen widersprüchlich. Da die verschiedenen Bewohner des Gebäudes, Mieter wie Untermieter, untereinander auch nicht das beste Verhältnis haben, führen Anordnungen der Hausverwaltung häufig zu Konflikten, die bis heute nicht endgültig gelöst werden konnten.

1. Das „Fundament“: Die Bestimmungen des EG-Vertrags und der Vertrag über eine Verfassung für Europa

Die Fundamente und tragenden Teile des Gebäudes bestehen im Wesentlichen aus den Bestimmungen des EGV: Hinsichtlich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind insbesondere die Regeln der europäischen Wettbewerbspolitik und diejenigen zur Schaffung des Binnenmarkts einschlägig.

Im Rahmen der Wettbewerbspolitik liegt der Schwerpunkt auf der Durchsetzung des Kartellverbots und des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt, der Fusionskontrolle, der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auf öffentliche Unternehmen sowie der Vermeidung oder Kontrolle von den Wettbewerb verzerrenden Beihilfen der öffentlichen Hand an Unternehmen.

a) Art. 14, 16, 86 und 295 EG-Vertrag

Bei der Binnenmarktpolitik geht es gemäß Art. 14 Abs. 2 EGV vor allem darum, einen Raum ohne Binnengrenzen zu kreieren, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.

Besonderere Erwähnung bedürfen in diesem Zusammenhang die Artikel 16 und 86 EGV. Art. 16 erkennt die Leistungen der Daseinsvorsorge in ihrer eigenständigen Bedeutung innerhalb der grundsätzlich gewollten Wettbewerbs- und Binnenmarktordnung an. Er ist allerdings lediglich als

Handlungsauftrag in den EGV eingeführt, begründet somit keine eigenständige Gemeinschaftspolitik. Dennoch ist er sozusagen die Grundnorm für die Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse; denn er dokumentiert, dass diese Dienstleistungen zum Kern des europäischen Gesellschaftsmodells, insbesondere bei der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, gehören.

Art. 86 EGV verfolgt die folgenden Ziele:

- Konkretisierung des Grundsatzes der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen;
- Verhinderung mittelbarer Vertragsverletzungen durch Mitgliedstaaten kraft ihres bestimmenden Einflusses auf Unternehmen;
- begrenzte Ausnahme von den Vorschriften des Wettbewerbsrechts für öffentliche oder private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Art. 295 EGV, nach dessen Wortlaut der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt, verpflichtet die Gemeinschaft zur Einhaltung eigentumspolitischer Neutralität bei allen gesetzgeberischen und administrativen Maßnahmen.

b) Art. I-5, I-33 und III-122 Verfassungsvertrag

An den tragenden Teilen des Gebäudes wurden in den letzten Jahren Renovierungsarbeiten vorgenommen. Der Europäische Konvent zur Zukunft Europas hat einen Vertrag über eine Verfassung für Europa vorgeschlagen, der am 29. Oktober 2004 von den Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde.¹ Zwei Bestimmungen dieses Vertrages verdienen besondere Aufmerksamkeit, nämlich Art. I-5 und Art. III-122.

Art. I-5 Abs.1 Satz 1 bestimmt:

Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor der Verfassung sowie die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.

Durch diese Norm wird das Subsidiaritätsprinzip inhaltlich näher ausgefüllt. Es wird sich zeigen müssen, ob und wie die Gemeinschaftsinstitutionen insbesondere die regionale und kommunale Selbstverwaltung

¹ Vertrag über eine Verfassung für Europa, Abl. C 310 v. 16.12.2004.

bei der Setzung und Durchsetzung europäischen Rechts berücksichtigen werden.

Art. 16 EGV wird in Art. III-122 des Verfassungsvertrags in seiner derzeitigen Fassung im Wesentlichen unverändert übernommen. Die Vorschrift bezieht sich nach wie vor nur auf „Dienste von allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse“. Allerdings wurde ein Satz 2 angefügt, der wie folgt lautet:

Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.

Satz 2 von Art. III-122 beauftragt den europäischen Gesetzgeber mit der Aufstellung von Grundsätzen und Bedingungen zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch ein Europäisches Gesetz. Gemäß Art. I-33 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ist das Europäische Gesetz ein Gesetzgebungsakt mit allgemeiner Geltung, der in allen seinen Teilen verbindlich ist und in jedem Mitgliedstaat unmittelbar gilt.

Art. III-122 Satz 2 wurde vom Europäischen Konvent sozusagen in letzter Minute auf Vorschlag des französischen Regierungsvertreters in den Verfassungsvertrag aufgenommen. Der Zeitdruck, unter dem die Konventsarbeit stand, sowie mangelnde Diskussion über diesen Vorschlag sind wahrscheinlich dafür verantwortlich, dass bei der Wahl des Rechtakts zur Fixierung der Grundsätze und Bedingungen für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht ein Europäisches Rahmengesetz gewählt wurde – das zwar für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich wäre, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überließe –, sondern vielmehr die Regelung dieser Dienstleistungen durch ein unmittelbar in jedem Mitgliedstaat verbindliches Europäisches Gesetz erfolgen soll. Dies könnte unter Subsidiaritätsgesichtspunkten einige Schwierigkeiten bereiten.

2. Die „zentrale Eingangshalle“: Das Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Das Herz des beschriebenen Gebäudes ist die zentrale Eingangshalle, von der alle weiteren Räumlichkeiten abgehen. Diese Eingangshalle ist, wie bereits ausgeführt, dem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gewidmet, das am 12. Mai 2004 von der Europäi-

schen Kommission vorgelegt wurde.² Das Weißbuch kann als der Dreh- und Angelpunkt jeder künftigen europäischen Politik zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen werden. Folgende Punkte verdienen größte Aufmerksamkeit:

a) Leitprinzipien der Politik der EU-Kommission

Das Weißbuch formuliert die Leitprinzipien des Kommissionsansatzes hinsichtlich der Politik zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wie folgt:

- Voraussetzungen für bürgernahe öffentliche Regulierung schaffen,
- die Ziele öffentlicher Dienste in wettbewerbsfähigen, offenen Märkten erreichen,
- Kohäsion und universellen Zugang sicherstellen,
- ein hohes Qualitäts-, Versorgungssicherheits- und Schutzniveau aufrechterhalten,
- die Rechte der Verbraucher und Nutzer sichern,
- Monitoring und Leistungsevaluierung,
- die Verschiedenheit von Dienstleistungen und Situationen berücksichtigen,
- mehr Transparenz schaffen,
- Rechtssicherheit gewährleisten.

Diese Prinzipien sind grundsätzlich gleichrangig, doch dürfte dem Ziel der „Erbringung öffentlicher Dienste in wettbewerbsfähigen, offenen Märkten“ eine Sonderrolle zukommen, denn die Kommission führt dazu im Abschnitt 3.2. des Weißbuchs näher aus:

Gestützt auf die durchgeführte Konsultation ist die Kommission nach wie vor der Auffassung, dass die Ziele eines offenen, wettbewerbsfähigen Binnenmarkts einerseits und die Entwicklung allgemein zugänglicher, hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu erschwinglichen Preisen miteinander vereinbar sind.

Dies bedeutet nichts Anderes als den Primat der Wettbewerbs- und Binnenmarktpolitik.

² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 12.05.2004 „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM(2004)374 endg.

b) Bestrebungen der Kommission, die EU-Kompetenz zu erweitern

Bemerkenswert an dem Weißbuch ist des Weiteren, dass es sich nicht, wie Art. 16 und 86 EGV, auf Dienstleistungen von allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse beschränkt, sondern dass umfassend zu allen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, also auch zu den nicht-wirtschaftlichen, Stellung bezogen wird. Das Weißbuch geht auf die Dienstleistungen von allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse lediglich im Rahmen des Kapitels über die Staatsbeihilfen ein. Daraus wird deutlich, dass alle Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, also Dienstleistungen im Gesundheitswesen, im Sozialwesen und kulturelle Dienstleistungen ebenso wie die Netzdienstleistungen in den Fokus europäischer Politik geraten werden. Damit hat die Europäische Kommission den Versuch einer Kompetenzverschiebung weg von den Mitgliedstaaten hin zur europäischen Ebene unternommen.

c) Aktionsplan der Kommission

Sehr wichtig zur Einschätzung der Bedeutung des Weißbuchs ist darüber hinaus, dass es einen umfangreichen Aktionsplan der Kommission bis zum Ende des Jahres 2006 enthält, der sowohl sektorale als auch horizontale Ansätze umfasst. Daraus wird der Wille der Europäischen Kommission deutlich, zu einer kohärenten Politik zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gelangen.

Es ist noch offen, wie die neue Kommission unter ihrem Präsidenten José Manuel Barroso diese Vorgaben der Prodi-Kommission aufnehmen wird. Aber es dürfte klar sein, dass, wenn es zu Beratungen über ein Europäisches Gesetz zu den Grundsätzen und Bedingungen der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse kommt, der Inhalt des Weißbuchs zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen sein wird.

3. Der „Raum“ mit der Aufschrift „Grünbuch ÖPP“

Wie bereits dargestellt, gehen in dem Gebäude der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse viele Räumlichkeiten von der Eingangshalle ab. Alle diese Türen zu öffnen und die Räume auf sich wirken zu lassen, würde hier den Rahmen sprengen. Wegen unseres Interesses an dem Thema Inhouse wollen wir uns direkt zu der Tür mit der Aufschrift „Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften“ begeben. Beim Betreten des

Raumes entdeckt man drei Durchgänge zu Nebenräumen, die wie folgt ausgeschildert sind: „Ausschreibungspaket“, „Konzessionen“, „Inhouse“. Aber sehen wir uns zunächst in dem Hauptraum mit der Aufschrift „Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften“ um, und werfen dann einen Blick in die Nebenräume.

Dieses Grünbuch³ will nicht etwa eine Anleitung für erfolgreiche öffentlich-private Partnerschaften (ÖPPs) geben, sondern vielmehr klarstellen, welche europäischen Regeln, insbesondere Ausschreibungsverpflichtungen, für das Zustandekommen von ÖPPs gelten.

a) Verpflichtung zur Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen

Dabei stehen zunächst Ausschreibungsverpflichtungen hinsichtlich derjenigen Dienstleistungen und Aktivitäten im Vordergrund, die von einer Gebietskörperschaft auf einen Dritten übertragen werden. Dritter ist nach Meinung der Kommission jeder Private, eine ÖPP oder auch ein öffentliches Unternehmen etwa in Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH und, wie neuere Vertragsverletzungsverfahren zeigen, auch ein Zweckverband. In manchen Mitgliedstaaten werden die Übertragungen auf ein öffentliches Unternehmen oder einen Zweckverband als so genannte Inhouse-Geschäfte angesehen, die ausschreibungsfrei vergeben werden können, mit dem Argument, dass ein öffentliches Unternehmen kein „Dritter“ sei. Die Kommission sieht dies unter Hinweis auf die sogenannte Teckal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auf die in Abschnitt II näher eingegangen werden soll, anders. Sie geht davon aus, dass im Regelfall jede Übertragung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf einen Dritten entweder *de lege lata* oder abgeleitet aus dem EGV (Konzessionsrecht) öffentlich ausgeschrieben werden muss.

b) Transparentes Verfahren zur Partnersuche

Die Kommission ist der Auffassung, dass die Suche nach einem geeigneten privaten oder öffentlichen Partner für eine ÖPP grundsätzlich in einem transparenten Verfahren stattzufinden hat. Nach welchem Verfahren der private Partner ausgewählt werden soll, können die Vergabestellen frei entscheiden; sie müssen jedoch die sich aus dem EG-Vertrag

³ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, von der Kommission vorgelegt am 30.04.2004, KOM(2004)327 endg.

ergebenden Grundsätze und Regeln uneingeschränkt beachten, insbesondere die der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der gegenseitigen Anerkennung. Im Grünbuch wird aus dem Urteil in der Rechtssache Teleaustria des Europäischen Gerichtshofs⁴ zitiert.

Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.

In der Praxis wird die Umsetzung der Vorgaben des EGV ein ausschreibungsähnliches Verfahren erfordern.

c) *„Doppelte Ausschreibung“ bei institutionellen ÖPPS*

Im Zusammenhang mit der Gründung von (institutionellen) ÖPPs heißt dies, dass im Grundsatz zwei voneinander getrennte transparente Verfahren durchzuführen sind, nämlich zum einen ein Verfahren zur Übertragung der wirtschaftlichen Aktivität und zum anderen ein Verfahren zur Suche des geeigneten Partners (doppelte Ausschreibung). Beide Verfahren können aber auch in einem Akt zusammenfallen.

Ein weiteres wichtiges, in dem Grünbuch dargestelltes Prinzip besagt, dass die Beteiligung eines Privaten an einer ÖPP immer nur auf Zeit erfolgen kann.

d) *Kritik an den Aussagen des Grünbuchs*

Gegen diese Aussagen des Grünbuchs zu öffentlich-privaten Partnerschaften, die hier nur sehr verkürzt dargestellt werden können, ist viel eingewandt worden, z.B.:

- Unklarheiten bleiben bestehen bezüglich der anzuwendenden (Ausschreibungs)-Verfahren, mit dem damit verbundenen Risiko von Beschwerden Dritter.
- Die Dauer von Ausschreibungsverfahren – mitunter mehrere Jahre – ist zu lang.

⁴ EuGHE Teleaustria, C-324/98.

- Die zeitliche Beschränkung der Dauer von ÖPPs wird viele private Interessenten abschrecken und große private Investitionen im Zusammenhang mit institutionellen ÖPPs im Infrastrukturbereich erschweren; denn der private Partner braucht den return on investment und langfristige Investitionssicherheit, und der öffentliche Partner muss die betreffende Dienstleistung auf lange Sicht bereitstellen können und ist dabei oft auf die Investitionen des privaten Partners angewiesen.
- Ausschreibungen von komplexen Dienstleistungen verursachen stets hohe Transaktionskosten, und häufig findet sich gar kein geeigneter Interessent, d.h. es existiert kein oder nicht genug Markt für die betreffenden Aktivitäten.
- Ein besonderes Problem könnten bereits existierende ÖPPs sein, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf nicht bestehende Ausschreibungsverpflichtungen auf unbestimmte Zeit eingegangen wurden. Hiervon existieren mehrere Hundert allein in Deutschland, und im Regelfall haben private Unternehmen erheblich in diese ÖPPs investiert. Forderungen nach einer Rückabwicklung, wie sie beispielsweise von der europäischen Kommission im Fall Hinte, allerdings einen Zweckverband betreffend, erhoben wurden, würden zu einer gewaltigen Kapitalvernichtung führen und die Gebietskörperschaften vor kaum lösbare finanzielle Probleme stellen. Zu deren Lösung wären wirtschaftliches Augenmaß der Europäischen Kommission, die Berücksichtigung von Vertrauensschutz und gegebenenfalls die Einräumung von angemessenen Übergangsfristen erforderlich.

Im Interesse der Gebietskörperschaften, der im öffentlichen Eigentum befindlichen Dienstleister sowie der privaten Interessenten, die sich an der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen einer institutionellen ÖPP beteiligen wollen, wäre mehr Rechtssicherheit und -klarheit notwendig. Den Gebietskörperschaften sollte ein flexibler Rahmen bereitgestellt werden, der es ihnen erlaubt, die Organisationsform für die betreffenden Dienstleistungen zu wählen, die sie für die jeweils geeignetste halten. Das kann die Eigenerbringung, die Fremdbeauftragung eines privaten Dritten oder die Beauftragung eines eigenen Unternehmens oder einer ÖPP sein. Bei Geltung eines umfassenden Ausschreibungszwangs dürfte es zur Verdrängung vieler, vor allem kommunaler Unternehmen vom Markt kommen; denn aufgrund des lokal begrenzten Auftrags und der Bestimmungen der Gemeindeordnungen hätten sie im Fall des Verlusts ihrer Konzession ihre Existenzberechtigung verloren. Aus diesem Grund kommt der Verankerung von Inhouse-Ausnahmen vom Ausschreibungszwang entscheidende Bedeutung zu.

Es sei nochmals klargestellt: Die Europäische Kommission geht davon aus, dass grundsätzlich jede Beauftragung eines Dritten – und das ist nach ihrer Auffassung auch ein Stadtwerk deutscher Prägung – öffentlich auszuschreiben ist. Dabei stützt sie sich im Wesentlichen auf den EGV und auf das Urteil des EuGH vom 18. November 1999 in der Rechtsache Teckal Srl gegen Gemeinde Viano.⁵ Des weiteren verlangt die Kommission, dass im Falle der Gründung einer institutionellen ÖPP die Suche nach dem privaten Partner in einem transparenten Verfahren erfolgt, und es ist davon auszugehen, dass dieser Partner lediglich auf Zeit an der ÖPP beteiligt werden kann. Jedes hiervon abweichende Verfahren bedeutete nämlich eine Diskriminierung anderer privater Interessenten.

II. Inhouse-Geschäfte: Der Fall „Teckal“

1. Der Sachverhalt

Dem Ausgangsrechtstreit im Fall Teckal gegen Viano lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Gemeinderat der italienischen Gemeinde Viano übertrug der Azienda Gas-acqua conzoriale Regio Emilia (AGAC) durch Beschluss den Betrieb der Heizungsanlagen in bestimmten Gebäuden der Gemeinde. Diesem Beschluss war kein Ausschreibungsverfahren vorausgegangen. Die Klägerin, die Teckal Srl, ist ein privates Unternehmen, das Dienstleistungen im Heizungssektor erbringt. Sie erhob gegen den Übertragungsbeschluss der Gemeinde Viano Klage, und machte geltend, diese hätte die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge einhalten müssen. Das vorliegende Gericht war im Zweifel, ob die Richtlinie 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge⁶ oder die Richtlinie 93/36 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge⁷ anzuwendend sei.

⁵ EuGHE Teckal, C-107/98.

⁶ ABl. L 209 v. 24.07.1992, S. 1.

⁷ ABl. L 199 v. 09.08.1993, S. 1.

2. Das Urteil

a) *Entscheidung über die anzuwendende Richtlinie*

Der EuGH stellte fest, dass dem Vorlagebeschluss zufolge die Gemeinde Viano der AGAC durch ein und denselben Rechtsakt sowohl die Erbringung bestimmter Dienstleistungen als auch die Lieferung bestimmter Waren übertragen habe. Aus Art. 2 der Richtlinie 92/50 ergebe sich e contrario, dass ein öffentlicher Auftrag unter die Richtlinie 93/36 falle, wenn er sich gleichzeitig auf Waren im Sinne der Richtlinie 93/36 und auf Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50 beziehe und der Wert der betreffenden Waren denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Dienstleistungen übersteige. Einschlägig sei daher die Richtlinie 93/36. Ob die Richtlinie 93/36 ein Ausschreibungsverfahren für den Fall vorschreibe, dass eine Gebietskörperschaft die Lieferung von Waren einem Konsortium übertrage, dem sie selbst angehöre, richte sich danach, ob diese Übertragung einen öffentlichen Lieferauftrag darstelle. Die Gemeinde Viano sei als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 93/36. Das vorlegende Gericht habe zu prüfen, ob das Verhältnis zwischen ihr und der AGAC die übrigen Voraussetzungen erfülle, die diese Richtlinie für das Vorliegen eines öffentlichen Lieferauftrags aufstelle. Das sei gem. Art.1 a der Richtlinie 93/36 der Fall, wenn es sich um einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag u.a. über den Kauf von Waren handele. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Vertrag vorliege, müsse das vorlegende Gericht prüfen, ob eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen getroffen worden sei.

b) *Die Kriterien für das Vorliegen von Inhouse-Geschäften*

Der EuGH stellt hierzu in Rn. 50 der Entscheidung fest:

Dazu genügt es nach Art. 1 a der Richtlinie 93/36 grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

Deshalb, so der EuGH, sei auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 93/36 anwendbar sei, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, wie etwa eine Gebietskörperschaft, beabsichtige, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Ent-

scheidungsgewalt besitze, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen, wobei unerheblich sei, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber sei.

3. Interpretation des Urteils durch die EU-Kommission

a) Ausdehnung der Inhouse-Kriterien auf Dienstleistungskonzessionen

In der Teckal-Entscheidung ging es also nicht um die Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession, sondern lediglich um die Anwendung des kodifizierten Ausschreibungsrechts. Es ist daher fraglich, ob diese Entscheidung auf Fall-Gestaltungen, die nicht der Richtlinie 93/36 unterfallen, übertragbar ist. Die Europäische Kommission hat – die Argumentation in Rn. 50 der Teckal-Entscheidung ausdehnend – auch auf Fälle angewandt, bei denen nicht die Richtlinie 93/36 in Frage stand, sondern über Sachverhalte zu befinden war, bezüglich derer die Europäische Kommission die von ihr selbst entwickelten Grundsätze zur Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen anwenden wollte. Einige dieser Fälle, die die Kommission im Wege von Vertragsverletzungsverfahren vor den EuGH bringen will, werden in Kürze entschieden werden.

Bis zu diesen Entscheidungen wird die Europäische Kommission sich in der Frage an die zwei Kriterien der Teckal-Entscheidung halten, ob ein Vertragspartner ein Dritter ist oder der vergebenden Behörde zuzuordnen ist.

b) Restriktive Interpretation des 1. Teckal-Kriteriums

In Anwendung des ersten Teckal-Kriteriums (Kontroll-Kriterium) hat die Kommission in Diskussionen mit dem CEEP bis in die jüngste Vergangenheit darauf bestanden, dass eine vollständige Kontrolle über den Partner gegeben sein müsse. Diese restriktive Auslegung führt dazu, dass lediglich die Eigenerbringung von Dienstleistungen durch die Gebietskörperschaften selbst ausschreibungsfrei sein kann. Möglicherweise gilt dies auch für Eigenbetriebe, weil sie keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und daher vollständig von der Gebietskörperschaft abhängig sind.

In Deutschland wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts, die durch einen gesetzlichen oder administrativen Akt mit der Durchführung von Dienstleistungen beauftragt sind,

ebenfalls zum geschützten Inhouse-Bereich gehören müssten. Dabei wird auf deren Charakter als juristische Personen des öffentlichen Rechts verwiesen sowie darauf, dass das bestimmende Mitglied dieser Körperschaften im Regelfall eine Gebietskörperschaft ist. Zweifel sind angebracht, ob diese Argumentation im Hinblick auf die Auslegung des ersten Teckal-Kriteriums seitens der Kommission ausreichend sein wird. Körperschaften des öffentlichen Rechts sind hinsichtlich ihrer Entscheidungsprozesse wesentlich stärker verselbstständigt als Dienststellen einer Gebietskörperschaft.

Einen weiteren Zweifelsfall bilden Zweckverbände, also Zusammenschlüsse von Gemeinden oder Gemeindeverbänden zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben. Auch Zweckverbände sind öffentliche Körperschaften, die sich, wenn auch unter staatlicher Aufsicht, selbst verwalten. Die Europäische Kommission hat im Fall Hinte gezeigt, dass sie das erste Teckal-Kriterium im Falle von Zweckverbänden für nicht gegeben erachtet, weil nicht eine der beteiligten Gebietskörperschaften allein über den Zweckverband eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben kann.

Die Übertragung von Rechten zur Erbringung von Dienstleistungen auf eine Eigengesellschaft, also eine GmbH oder Aktiengesellschaft, dürfte nach bisheriger Auffassung der Kommission das Kontrollkriterium nicht erfüllen, weil die Vorstände/Geschäftsführungen und Aufsichtsgremien dieser Gesellschaften nach Gesellschaftsrecht gehalten sind, gesellschaftsfreundlich, also in erster Linie am Wohl der Gesellschaft orientiert, zu entscheiden. Dies gilt um so mehr für ÖPPs, weil das Vorhandensein dritter Anteilseigner eine Kontrolle der Gebietskörperschaft wie über ihre eigenen Dienststellen ausschließt.

Dies ist der letzte Stand der Diskussion des CEEP mit der Kommission, wenn auch nicht unerwähnt bleiben soll, dass sich Vertreter der Generaldirektion Binnenmarkt in den letzten Monaten offener im Hinblick auf eine Ausweitung von Inhouse-Möglichkeiten gezeigt haben.

III. Der Fall „Halle“ als Perspektive?

Eine neue Entwicklung könnte durch die beim EuGH anhängige Rechtsache Stadt Halle und RPL (Recycling Park Lochau GmbH) gegen

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna⁸ eingeleitet werden.

1. Der Sachverhalt

In dieser Rechtssache geht es unter anderem um die Auslegung der Richtlinie 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlichen Dienstleistungsaufträge. Der diesbezügliche Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

Die Stadt Halle beauftragte die RPL mit der planerischen, genehmigungstechnischen und baulichen Umsetzung der Errichtung der thermischen Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage in Lochau und beschloss zugleich, ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, Verhandlungen über einen Vertrag über die Entsorgung des Restabfälle der Stadt Halle aufzunehmen. Die RPL ist eine Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand in der Rechtsform einer GmbH. Gesellschafter der RPL sind zu 75,1 % die Stadtwerke Halle GmbH, an deren Alleingesellschafterin, der Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, die Stadt Halle eine 100%ige Beteiligung hält, sowie zu 24,9 % die RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH, ein privates Unternehmen.

2. Das Plädoyer der Generalanwältin Stix-Hackl

a) „Quasi-In-House-Vergabe“

Bezüglich der hier interessierenden Fragen hat sich Generalanwältin Christine Stix-Hackl insbesondere mit den Voraussetzungen für eine, wie sie es nennt, „Quasi-In-House-Vergabe“ beschäftigt⁹. Frau Stix-Hackl stellt fest, dass es sich in diesem Fall um eine solche Quasi-Inhouse-Vergabe handele, bei der es im Unterschied zu Inhouse-Vergaben im Sinne von Eigenleistungen um Vergaben an eine vom Auftraggeber getrennte Einrichtung mit Rechtspersönlichkeit handele. Im vorliegenden Verfahren gehe es um die Auslegung des Begriffs „Auftrag“, der eine der Voraussetzungen für die Anwendung der Vergaberichtlinien darstelle. Dabei sei vom Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Teckal auszugehen, in dem der Gerichtshof bestimmte Beschaffungsvorgänge als nicht vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien erfasst angesehen

⁸ C-26/03.

⁹ Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache C-26/03 v. 23.09.2004.

habe. Nach dem Teckal-Urteil fänden die Vergaberichtlinien dann keine Anwendung, „wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“. Damit habe der Gerichtshof zwei Voraussetzungen festgelegt, unter denen ein Beschaffungsvorgang nicht unter die Vergaberichtlinien falle; er habe also den Begriff „Auftrag“ teleologisch reduziert. Frau Stix-Hackl weist darauf hin, dass der Gerichtshof die Nichtanwendbarkeit der Vergaberichtlinien selbst ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet habe. Damit greife der allgemeine Grundsatz, wonach Ausnahmen eng auszulegen seien. Die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien bleibe also die Regel.

Allerdings sei an den Ursprung der Quasi-Inhouse-Vorgänge und damit der Teckal-Ausnahme zu erinnern, nämlich die besondere Behandlung innerorganisatorischer Vorgänge, d.h. der Inhouse-Vorgänge, und diesen gleichzustellender Konstellationen.

Schließlich seien im vorliegenden Kontext auch die Ziele der Vergaberichtlinien zu beachten, nämlich die Marktöffnung und die Sicherstellung des Wettbewerbs. Dies seien die Orientierungspunkte, die bei der Auslegung der Teckal-Ausnahme eine Rolle spielten.

Im Allgemeinen seien folgende drei Quasi-Inhouse-Konstellationen zu unterscheiden: Vergaben an Eigengesellschaften (Gesellschaften mit 100 % Anteil des Auftraggebers oder hinzuzurechnenden Einrichtungen), an gemischt-öffentliche Gesellschaften (Gesellschaften, an denen mehrere öffentliche Auftraggeber beteiligt sind), und an gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (Gesellschaften an denen auch echte Private beteiligt sind).

b) Funktionales Verständnis des Kontrollkriteriums

Der Gerichtshof habe in der Teckal-Sache verlangt, dass die vergebende Stelle eine „Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen“. Der Gerichtshof gehe dabei also von einem Maßstab aus, den er dem öffentlichen Recht entnehme. Da das Kontrollkriterium jedoch wie auch der Auftrags- und der Auftraggeberbegriff funktional und nicht formal zu verstehen sei, stehe das einer Übertragbarkeit auf die Beziehung eines öffentlichen Auftraggebers zu juristischen Personen des Privatrechts, wie in casu einer GmbH, nicht entgegen. Das Anknüpfen an eine Dienststelle

erkläre sich vielmehr mit der ursprünglichen Funktion der Gründung von selbständigen Einrichtungen, nämlich der Ausgliederung von Dienststellen. Für die Übertragbarkeit auf andere Konstellationen spreche zudem der Umstand, dass sich aus dem Urteil Teckal in der Verfahrenssprache (italienisch) ergebe, dass der Gerichtshof nur eine analoge („analogo“), d.h. vergleichbare, aber keine idente Kontrolle verlange.

Die Beurteilung der Rechtstellung eines Mehrheitsgesellschafters richte sich vor allem nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen, insbesondere nach denen des Gesellschaftsvertrags. Solche Vorschriften entfalten aber eher nur eine Vermutungswirkung dafür, welche Rechte einem Minderheitsgesellschafter zustehen. Entscheidend bleibe die nähere Ausgestaltung im Einzelfall. Als wichtigster Fall sei in diesem Zusammenhang ein Beherrschungsvertrag zu nennen, der einem bestimmten Gesellschafter – unabhängig von seinem Anteil – bestimmte über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehende Rechte einräume. Da es also nicht auf die nationale Gesetzeslage, sondern auf die konkrete Ausgestaltung ankomme, könne auch die Höhe der Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers bzw. umgekehrt des privaten Minderheitsgesellschafters allein nicht entscheidend sein. Damit könnten auch Einrichtungen, an denen ein privater Minderheitsgesellschafter beteiligt sei, das Kontrollkriterium erfüllen. Daraus sei zu folgern, dass die Teckal-Ausnahme nicht nur für Eigengesellschaften, sondern auch für gemischtwirtschaftliche Gesellschaften gelte. Die Hereinnahme privater Unternehmen schade also grundsätzlich nicht. Für das vom Gerichtshof entwickelte Kontrollkriterium bedürfe es jedenfalls mehr als eines beherrschenden Einflusses im gesellschaftsrechtlichen Sinne.

Ausgehend von Formulierung und Ziel des Kriteriums „Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen“ sei vielmehr eine umfassende Kontrollmöglichkeit zu fordern. Diese habe sich jedenfalls nicht nur auf strategische Marktentscheidungen zu beschränken, sondern auch Einzelentscheidungen der Geschäftsführung zu umfassen.

Die Generalanwältin ist also der restriktiven Auslegung des Kontrollkriteriums der Teckal-Entscheidung, wie sie die Europäische Kommission bisher vertreten hat, nicht gefolgt, sondern will es von den jeweiligen konkreten Ausgestaltungen im Einzelfall abhängig machen, ob der Auftraggeber gegenüber dem Dienstleister umfassende Kontrollmöglichkeiten hat. Diese Auslegung würde es erlauben, Körperschaften des öffentlichen Rechts, kommunale Eigengesellschaften und selbst ÖPPs als von der Inhouse-Ausnahme erfasst anzusehen. Aber auch an dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass der Fall Halle und RPL gegen

TREA Leuna keinen Fall der Erteilung einer Dienstleistungskonzession betrifft. Gleichwohl werden der Fall Teckal und der Fall Halle eine bedeutende Rolle im Rahmen der Diskussion um eine mögliche künftige Kodifizierung des Rechts der Dienstleistungskonzessionen spielen.

c) Auslegung des 2. Teckal-Kriteriums

Hinsichtlich des zweiten Teckal-Kriteriums, nämlich einer „Tätigkeit im wesentlichen für den Inhaber der Anteile“, führt Generalanwältin Stix-Hackl aus, dass man dieses Kriterium insofern verallgemeinern könne, als erstens nicht nur direkte Anteilseigner, sondern wie in casu auch „Urgrossmütter“, also indirekte Beteiligungen, in Betracht kämen und zweitens auch andere als Gebietskörperschaften erfasst seien. Bei diesem Kriterium gehe es um die Ermittlung des Umfangs der insgesamt und der für den Anteilseigner im weiten Sinne erbrachten Tätigkeiten. Frau Stix-Hackl kommt zu dem Schluss, dass für die Auslegung des zweiten Teckal-Kriteriums nicht nur quantitative sondern auch qualitative Umstände mit einzubeziehen seien. Eine rein prozentuale Betrachtung, wie sie etwa mit dem 80%-Kriterium des Art. 13 der Richtlinie 93/38 vorgenommen worden sei, könne wegen ihrer Starrheit auch ein Hindernis für eine sachgerechte Lösung sein. Zudem erlaube es keine Berücksichtigung qualitativer Elemente. Gegen die Übertragbarkeit des 80%-Kriteriums spreche vor allem der Umstand, dass es sich um eine Ausnahmenvorschrift einer nur für bestimmte Sektoren geltenden Richtlinie handele.

Die Generalanwältin legt also auch das zweite Teckal-Kriterium wesentlich weiter aus als die Europäische Kommission. Letztere hat bezüglich dieses Kriteriums gegenüber dem CEEP bis vor kurzem die Auffassung vertreten, dass die in Frage stehenden Dienstleistungen direkt gegenüber der Gebietskörperschaft erbracht werden müssten, die die Anteile des Dienstleisters innehat. Bei dieser Auslegung würde die Mehrzahl der von einem Stadtwerk erbrachten Dienstleistungen niemals als „im wesentlichen für den Inhaber der Anteile erbracht“ anzusehen sein, weil sie tatsächlich direkt gegenüber den Bürgern und den örtlichen Unternehmen geleistet werden.

Frau Stix-Hackl weist – und das ist sehr wichtig – darauf hin, aus dem Umstand, dass der Begriff Anteilseigner nicht zu eng auszulegen sei, dürfe nicht geschlossen werden, dass damit auch Tätigkeiten an Dritte erfasst seien, die der Anteilseigner sonst selbst erbringen müsste. Diese Frage sei jedoch nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens und deshalb im Rahmen der Schlussanträge nicht weiter zu behandeln.

Aus Sicht der kommunalen Wirtschaft aber ist genau diese Frage von ausschlaggebender Bedeutung. Sie sollte sich dafür einsetzen, dass das zweite Teckal-Kriterium so interpretiert wird, dass die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte, die ansonsten der Anteilseigner selbst erbringen müsste, der direkten Erbringung gegenüber dem Anteilseigner selbst gleichzustellen ist. Es ist hoffen, dass der Europäische Gerichtshof eine weitere weise Entscheidung (wie er sie z.B. in der Rechtssache Altmark getroffen hat) fällen wird.

IV. Erinnerung an den Primat der Politik

Am Schluss dieser Darlegungen sei darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission die Rechtssprechung des EuGH mehr und mehr zur Begründung ihrer Rechtssetzungsinitiativen benutzt. Kritische Stimmen in Deutschland rügen, dass das Bundesverfassungsgericht bisweilen die Rolle eines Ersatzgesetzgebers annimmt. Der Europäische Gerichtshof hat dieser sicherlich auch für ihn bestehenden Versuchung bisher widerstanden; doch kann er sich nicht dagegen wehren, dass seine Entscheidungen von der Europäischen Kommission politisch benutzt werden, weil die Abstimmungsprozesse mit den Mitgliedstaaten für sie sehr schwierig geworden sind. Es ist daher an der Zeit, die Kommission an den Primat der Politik zu erinnern.¹⁰

¹⁰ Dieser letzte Satz hat zusätzliche Bedeutung erhalten durch das am 11.01.2005 ergangene Urteil in dem o.g. Fall Halle (Rechtssache C-26/03), in dem der EuGH entgegen den Schlussanträgen der Generalanwältin Stix-Hackl entschieden hat, dass jegliche Beteiligung eines privaten Gesellschafters einer vergabefreien Beauftragung im Wege des Inhouse-Geschäfts entgegensteht.

Organisation kommunaler Dienstleistungen im Wettbewerb Das Beispiel Stockholm

I. Vorbemerkung

Die Organisation kommunaler Dienstleistungen im Wettbewerb ist ein hochaktuelles Thema in Europa. Davon zeugen in jüngster Vergangenheit zahlreiche Weiß- und Grünbücher, in denen diese Problematik unter verschiedenen Aspekten behandelt wird. In diesen Dokumenten geht es um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, um Public Private Partnership, den Lissabon-Prozess, die vorgesehene Dienstleistungsrichtlinie – um nur einige Beispiele zu nennen.

Bei meinen Ausführungen werde ich mich vorwiegend auf unsere Erfahrungen in Stockholm beziehen, wo die kommunalen Dienstleistungen seit fast 15 Jahren mehr oder weniger systematisch im Wettbewerb erbracht werden.

II. Die Gefahr der Verwechslung von Wettbewerb und Privatisierung

Erforderlich erscheint es mir, eingangs eine Definitionsfrage anzusprechen: Kommunale oder sonstige öffentliche Dienstleistungen auszuscheiden und somit in den Wettbewerb zu stellen, darf nicht mit Privatisierung verwechselt werden. Dies würde zu Verwirrung führen; denn es handelt sich hierbei um zwei völlig verschiedene Dinge.

- Privatisierung heißt, eine Tätigkeit vollständig an private Akteure, an Privatunternehmen zu übertragen. Dabei gehen die direkte öffentliche Verantwortung gegenüber den Bürgern und die Finanzierung über Steuermittel oder politisch festgesetzte Gebühren verloren.
- Die Einführung von Wettbewerb ändert dagegen nichts an der Verantwortung des öffentlichen Trägers – in unserem Falle der Kommune – für die jeweilige Tätigkeit. Die öffentliche Finanzierung bleibt in den meisten Fällen ganz oder zumindest teilweise erhalten. Den Bürgern

* Carl Cederschiöld ist Erster Vizepräsident des schwedischen Verbandes kommunaler Unternehmen KFS. Er war Bürgermeister von Stockholm.

gegenüber ist die Kommune somit auch nach wie vor voll verantwortlich für Inhalt und Qualität der Dienstleistung.

Entsprechend der Themenstellung meines Vortrags werde ich mich mit der Unterwerfung kommunaler Dienstleistungen unter den Wettbewerb befassen und nicht mit Privatisierung – wobei die Einführung von Wettbewerb aus Sicht der Kommune nicht ein Ziel als solches darstellt, sondern vielmehr ein Mittel zur Erreichung der Ziele, die durch politische Entscheidungen festgelegt wurden. Bei diesen Zielen kann es etwa um Qualität und Vielfalt der Dienstleistungen, um Wirtschaftlichkeit usw. gehen.

III. Ursachen der europaweiten Tendenz zur Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen

Es stellt sich die Frage, warum seit etwa zehn Jahren fast überall in der Europäischen Union kommunale Dienstleistungen zunehmend ausgeschrieben werden und worin der Sinn liegt, private Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen zu betrauen, die unter öffentlicher Aufsicht stehen und öffentlich finanziert werden.

Eine Antwort hierauf ist, dass das relativ geringe Wirtschaftswachstum innerhalb der EU in den 90er Jahren und zu Beginn dieses Millenniums auch zu einem schwächeren Wachstum der Steuereinnahmen geführt hat. Für den Staat, die Kommunen und Regionen wird es immer schwieriger, die Aufgaben, zu denen sie verpflichtet sind, zu finanzieren, und sie sehen sich auf der anderen Seite zugleich höheren Anforderungen und steigenden Kosten ausgesetzt. Von daher ist es unumgänglich, alle zu Gebote stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um aus jedem Steuer-Euro mehr herauszuholen.

Eine weitere Antwort ist, dass wir uns im Übergang von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft befinden. Industrieproduktion lässt sich bekanntlich leichter rationalisieren als Dienstleistungserstellung, bei der es ja letztlich um menschliche Beziehungen geht. Wenn große Teile des Dienstleistungssektors, die öffentlicher Aufsicht unterworfen sind, vom Wettbewerb ferngehalten werden, wird sich unsere Wirtschaft noch langsamer entwickeln, so dass wir schließlich nicht mehr in der Lage sein werden, die Aufgaben zu finanzieren, zu denen wir im europäischen Wohlfahrtsstaat verpflichtet sind.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Bürger heute nicht nur Anforderungen an den Inhalt der Dienstleistungen stellen, sondern auch Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Inhalten fordern. Das heißt, eine Dienstleistung muss auf verschiedene Weise zu erhalten sein. Die Ansprüche an individuelle Anpassung der Dienstleistung steigen bei den Generationen, die im Wohlfahrtsstaat aufgewachsen sind. Wettbewerb erhöht die Wahlfreiheit für Bürger wie für Kommunen.

Diese Erkenntnisse sind in hohem Maße auch der Ausgangspunkt der Dokumente, die uns in letzter Zeit von der Europäischen Kommission vorgelegt wurden.

IV. Die Unterscheidung zwischen Preis- und Qualitätswettbewerb

Zu unterscheiden ist zwischen zwei Arten von Wettbewerb:

- Preiswettbewerb: Wer in der Lage ist, eine in Bezug auf Umfang, Inhalt und Qualität definierte Dienstleistung zum niedrigsten Preis anzubieten, erhält den Auftrag.
- Qualitätswettbewerb: Der Preis, also die Vergütung des Anbieters der Dienstleistung, wird politisch von der Kommune festgesetzt, und wer die Qualitäts- und sonstigen Anforderungen erfüllt, kann den Bürgern die Dienstleistung erbringen.

Das Interessante an dem zweiten Modell, das auch als Voucher-System bezeichnet wird, liegt darin, dass die Wahl des Lieferanten direkt dem einzelnen Bürger überlassen wird und die Kommune einen Festpreis an den Lieferanten zahlt.

In Stockholm wird dieses System im Schulbereich, über das sogenannte Schulgeld, angewandt: Die Eltern wählen die gewünschte kommunale oder private¹ Schule für ihre Kinder, und die Kommune führt die vom Stadtrat festgesetzte Gebühr an die gewählte Schule ab. Neben der Wahlfreiheit für die Bürger fördert dieses System zugleich die Entwicklung der Schulen, seien sie in kommunaler oder in privater Trägerschaft.

¹ In Schweden als „Freie Schule“ bezeichnet.

V. Die Möglichkeit der Trennung zwischen öffentlicher Verantwortung/Finanzierung und Erbringung der Dienstleistung

Wichtig ist, zwei Dinge auseinanderzuhalten:

- (1) die öffentliche Verantwortung für eine Dienstleistung und die vollständige oder teilweise öffentliche Finanzierung, beides als Ergebnis politischer Entscheidungen, und
- (2) die eigentliche Erbringung der Dienstleistung, also die Zurverfügungstellung für die Bürger.

In politischen Debatten wird beides häufig – absichtlich oder aus Ignoranz – in einen Topf geworfen. So versuchten in Schweden die Gegner einer Zulassung privater Unternehmen zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, glaubhaft zu machen, dass dies zu einer Einstellung der Dienstleistung führen würde und/oder dazu, dass die Bürger die Dienstleistung aus der eigenen Tasche bezahlen müssten.

Diese Argumentation hat man heute in Schweden seltener, insbesondere in Stockholm, da wir inzwischen auf eine langjährige Erfahrung mit der Erbringung kommunaler Dienstleistungen im Wettbewerb zurückblicken können und die Bürger wissen, dass dieses System gut funktioniert – ohne dass man es gleich als „paradiesisch“ bezeichnen muss, wie dies von Seiten der Befürworter zuweilen polemisch behauptet wird.

VI. Fragen zur Möglichkeit und Zweckmäßigkeit von Wettbewerb im öffentlichen Sektor

Es gilt zu prüfen, ob die Theorie also der Wirklichkeit entspricht und Wettbewerb auch im kommunalen Sektor möglich ist. Hierzu sollen drei Fragen untersucht werden:

1. Wird es billiger für den Steuerzahler?

Im Großen und Ganzen kann man diese Frage mit ja beantworten; in den meisten – aber nicht in allen – Fällen wird es billiger.

Nachdem wir in Stockholm 1992 damit begonnen hatten, die Altenpflege auszuschreiben, beauftragten wir nach etwa zwei Jahren die Universität Stockholm mit der Auswertung der Folgen. Es zeigte sich eine durchschnittliche Kostenminderung um ca. 10 % bei gleichgebliebener und in

einigen Fällen sogar höherer Servicequalität. Besonders interessant ist, dass sich dieses Ergebnis auf die gesamte Altenpflege bezieht, also einschließlich der kommunalen Einrichtungen, die ihre Kosteneffizienz als Ergebnis der Einführung von Wettbewerb gesteigert hatten.

Jedoch werden die Kosteneinsparungen von Ausschreibung zu Ausschreibung – in diesem Falle alle 3-5 Jahre – immer geringer. Dies hat vor allem zwei Gründe:

- (1) Je effizienter eine Tätigkeit bei vorgegebener Qualität und vorgegebenem Inhalt bereits erbracht wird, desto schwieriger ist es natürlich, die Kosten weiter zu senken, zumal es sich bei der Altenpflege um einen äußerst personalintensiven Dienstleistungsbereich handelt.
- (2) Die Qualitätsanforderungen, denen entsprochen werden muss, weisen bei der Ausschreibung der Dienstleistung eine steigende Tendenz auf, weil sie in den Ausschreibungsbedingungen präziser zu definieren sind, als dies bei ausschließlich kommunaler Erbringung der Dienstleistung erforderlich wäre. Wettbewerb führt deshalb langfristig zu höherer Qualität, und das ist schließlich im Sinne der Bürger.

2. Lässt sich die Qualität aufrechterhalten?

Die Qualität lässt sich auf jeden Fall aufrechterhalten und, wie gezeigt, sogar verbessern. Voraussetzung und entscheidend für den Erfolg ist jedoch, dass man als Kommune wissen muss, was man kaufen will. Das heißt, man muss sich über den Inhalt der Dienstleistung im Klaren sein und darüber, worin die spezifische Qualität bei der jeweiligen Dienstleistung liegt. Anderenfalls ist es schwierig, einerseits die Ausschreibungsbedingungen zu formulieren, denen die Anbieter in ihren Angeboten zu entsprechen haben, und andererseits den richtigen Preis zu ermitteln. Das Sprichwort „Wie es in den Wald hineinschallt, so schallt es wieder heraus“ gilt in höchstem Maße auch für jede Art von Ausschreibung.

3. Kann alles ausgeschrieben werden?

Die Antwort auf diese Frage ist ein klares nein. Man kann und soll nicht alles ausschreiben. Für einen Teil der kommunalen Aktivitäten liegt dies auf der Hand, nämlich wenn es um hoheitliche Tätigkeiten geht. Inwieweit die Kommunen hoheitlich tätig sind, ist natürlich in den einzelnen

Mitgliedstaaten der EU in Abhängigkeit von der jeweiligen Organisation der Gesellschaft und der Gesetzgebung unterschiedlich.

In Schweden liegen die hoheitlichen kommunalen Zuständigkeiten in Bereichen wie dem örtlichen Umweltschutz, der Raumplanung, der Erteilung von Baugenehmigungen, der Zahlung von Sozialhilfe und der Erteilung von Genehmigungen zum Ausschank alkoholischer Getränke in Hotels und Gaststätten, um nur einige typische Bereiche zu nennen.

Voraussetzung für eine Ausschreibung ist natürlich auch das Vorhandensein eines Marktes, also mehrerer Anbieter, die neben der Kommune bereit und in der Lage sind, die fragliche Dienstleistung anzubieten. Es geht also bei der Einführung von Wettbewerb darum, die einzelnen Dienstleistungen zu analysieren und diejenigen auszuwählen, für die ein Markt vorhanden ist oder mit Unterstützung der Kommune relativ leicht geschaffen werden kann.

Die Kommunen, insbesondere die großen, können Letzteres in großen Dienstleistungsbereichen mit hohem Finanzvolumen tun. Die Altenpflege in Stockholm ist ein gutes Beispiel hierfür: Durch Einführung von Wettbewerb entstanden in der Region über 100 neue Unternehmen im Bereich von Altenpflege und -service. Niemandem ist jedoch damit gedient, wenn lediglich ein kommunales öffentliches Monopol durch ein privates ersetzt wird. Das wäre ein klassischer Fall von „Sich-selbst-ins-Beinschießen“.

VII. Die Forderung nach EU-einheitlichem generellen gesetzlichen Ausschreibungszwang

Die Voraussetzung des Vorhandenseins eines wirklichen Marktes für die Ausschreibung kommunaler Dienstleistungen ist eine der großen Schwachstellen in der Diskussion dieser Fragen innerhalb der EU-Kommission und im Europäischen Parlament. Dies gilt beispielsweise für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Frage, ob und gegebenenfalls wie diese durch EU-Recht geregelt werden sollen. Festzustellen, ob ein Markt besteht, ist nicht leicht; denn die Verhältnisse in den verschiedenen Staaten, Regionen und Kommunen sind unterschiedlich, und sie verändern sich im Laufe der Zeit.

Einführung von Wettbewerb ist nämlich keine einfache Prozedur, und gerade deshalb wäre die von mancher Seite angestrebte Einführung gesetzlicher Regelungen auf europäischer Ebene, um die Kommunen zu

zwingen, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse stets auszu-schreiben, keine gute Lösung. Gesetzlich sollten die Prinzipien und nicht die Mittel geregelt werden. Und Wettbewerb ist ein wichtiges Mittel in der kommunalen Werkzeugkiste, um der Verantwortung gerecht zu werden, die der Kommune vom jeweiligen Mitgliedstaat auferlegt worden ist.

Schwerfällige gesetzliche Regelungen, die die kommunale Selbstverwaltung hemmen und einschränken, sind das Letzte, was die Kommunen Europas brauchen, wenn sie einen Beitrag leisten wollen, Europa dynamischer und wettbewerbsfähiger zu machen und den Europäern künftig höheren Wohlstand zu bieten. Als Befürworter einer Unterwerfung öffentlicher Dienstleistungen unter den Wettbewerb befürchte ich, eine zwingende europäische Gesetzgebung würde dazu führen, dass dieses Werkzeug in Verruf geriete.

Die Traditionalisten, die den Wert der Einführung von Wettbewerb weder begreifen noch begreifen wollen, würden Wind auf ihre Segel bekommen. Und dasselbe gilt für den Gegenpol in dieser Debatte, die Neoliberalen. Sie würden zugleich von der Notwendigkeit befreit, ihre Analyse der Verhältnisse auf der Grundlage der Realität durchzuführen. Die jeweiligen Fürsprecher eines „digitalen Gesellschaftsbildes“ würden sich die Hände reiben. Aber die kommunalen Dienstleistungen und die Bürger würden von diesem Prozess nicht profitieren.

Einführung von Wettbewerb ist ein Werkzeug, dessen richtige Anwendung erlernt werden muss – wie dies für alle anderen Werkzeuge auch gilt. Bei der Einführung von Wettbewerb werden Fehler gemacht, und daran wird sich auch künftig nichts ändern. Es muss eben aus den Fehlern gelernt werden.

In Stockholm haben wir beispielsweise im Übereifer versucht, die Stadtbibliothek dem Wettbewerb auszusetzen. Dies war keine so gute Idee. Man kann nicht behaupten, dass enthusiastische Unternehmer vor den Toren des Rathauses Schlange standen. Aber in unserer von raschen Veränderungen geprägten Zeit sind wir es den Mitbürgern schuldig, neue Werkzeuge und Methoden zu testen, um unserer Verantwortung als Kommunalpolitiker gerecht werden zu können.

VIII. Argumente der Gegner der Einführung von Wettbewerb Eine Replik

Die Gegner einer Unterwerfung kommunaler Dienstleistungen unter den Wettbewerb mögen vielleicht politische Gründe haben; es können öffentliche Bedienstete sein, die darin eine Bedrohung ihres Arbeitsplatzes und ihrer Stellung sehen. Die Gegner neigen dazu, Probleme so darzustellen, als wären sie absolute Wahrheiten, die stets und in jedem denkbaren Fall einer Wettbewerbssituation Gültigkeit haben. Ich beschränke mich nachfolgend auf einige der gängigen Gegenargumente gegen die Einführung von Wettbewerb im Bereich öffentlicher Dienstleistungen:

(1) Die Qualität der Dienstleistungen nimmt ab, da sich alles um den Preis und letztlich um das Gewinnstreben des privaten Unternehmens dreht.

Wie bereits dargelegt, gibt es keine empirische Grundlage dafür, dass dies allgemein gilt. Die Gefahr ist jedoch nicht auszuschließen, wenn der Ausschreibende, also die Kommune, nicht eindeutig definiert, welche Kriterien für den Auftrag gelten sollen. Zu behaupten, dies sei stets der Fall, ist gleichbedeutend mit der Behauptung, dass Kommunen immer miserable Ausschreiber sind, was wiederum bedeuten würde, dass es denjenigen, die eine Kommune leiten oder dort arbeiten, notwendigerweise an Kompetenz mangelt.

(2) Ausschreibung führt letztlich immer zu privater Monopolstellung zum Nachteil der Bürger.

Auch dies entspricht nicht der Wahrheit. Die Gefahr ist minimal, vorausgesetzt man wählt den richtigen Bereich für einen Wettbewerb und unterteilt die Ausschreibung in kleinere Lose, so dass mehrere Unternehmen – auch kleinere und mittlere – am Ausschreibungsverfahren teilnehmen können. Eine weitere Methode, derer wir uns in Stockholm bedienen, besteht darin, auch kommunale Betriebe zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Auf die Frage der technischen, wirtschaftlichen und praktischen Gestaltung dieser Angebote an dieser Stelle näher einzugehen, würde den Rahmen sprengen. Die Beteiligung erfordert zwar gewisse Fertigkeiten, ist aber durchaus möglich.

(3) Die Kommune verliert ihre Kompetenz auf dem fraglichen Gebiet und wird bei der nächsten Ausschreibung übervorteilt.

Ein solches Risiko ist durchaus gegeben – aber nur dann, wenn der gesamte Tätigkeitsbereich ausgeschrieben wird und kommunale Stellen von der Angebotsabgabe ausgeschlossen werden. Dies ist jedoch nicht der gewöhnliche Fall einer Ausschreibung. Eine durchdachte Ausschreibungsstrategie beinhaltet die Wahrung der Kompetenz der Kommune auf dem Sachgebiet. Die ausschreibende Einheit muss professionelles Know-How besitzen, gut geschult und mit kompetenten Mitarbeitern besetzt sein. Dies kann auch dann erreicht werden, wenn die Kommune keine eigenen Ausführungseinheiten besitzt. Die Stockholmer Müllabfuhr ist seit einigen Jahren ein gutes Beispiel hierfür. Der gesamte Betrieb ist an private Unternehmen vergeben.

(4) Kommunale Betriebe werden stillgelegt, und die Mitarbeiter verlieren ihren Job.

Das kann natürlich eintreten, wenn private Unternehmen Ausschreibungen gewinnen. Der Zweck der Tätigkeit kann aber nicht darin liegen, die Dienstleistung unbedingt in kommunaler Regie und mit kommunalem Personal zu erbringen. Es ist häufig so, dass das beauftragte Privatunternehmen einen Großteil der früheren kommunalen Mitarbeiter übernehmen muss, und unsere Erfahrungen haben gezeigt dass es dies in vielen Fällen auch gern tut. Diejenigen Mitarbeiter, die möglicherweise überzählig waren oder nicht zu dem Privatunternehmen überwechseln wollten, erhielten in den meisten Fällen einen neuen Arbeitsplatz in anderen kommunalen Betrieben im gleichen Bereich oder wurden in anderen kommunalen Tätigkeitsbereichen untergebracht.

(5) Die Wahlfreiheit und die Transparenz für die Bürger wird geringer.

Was die Inanspruchnahme der kommunalen Dienstleistungen betrifft, treten die Bürger quasi als Kunden auf: Die Tatsache, dass statt einem kommunalen Erbringer mehrere Anbieter tätig sind, die obendrein innerhalb der festgelegten Rahmenbedingungen etwas unterschiedliche Ausrichtungen haben können, trägt eher zu einer erhöhten Wahlfreiheit für die Bürger bei. Diese Erfahrung haben wir in Stockholm gemacht.

Die politische Transparenz der in den mit den Steuern der Bürger finanzierten, jedoch in den Wettbewerb gestellten Tätigkeitsbereiche ist etwas

komplizierter. Damit ist die Kontrolle durch die Politiker angesprochen. Diese hängt – auch bei kommunaler Erbringung der Dienstleistungen – stets vom Engagement und Willen der Betroffenen ab. Dies gilt schließlich für jede Art von Einflussnahme. Für die Überwachung und Kontrolle der Erfüllung der mit der Tätigkeit verbundenen politischen Ziele ist es von Bedeutung, dass die ausschreibende Instanz – in diesem Falle die Kommune – die Tätigkeit verfolgt und mit dem beauftragten Unternehmen eine offene und vertrauensvolle Zusammenarbeit pflegt. Die gewählten Politiker in den Komitees und Vorständen müssen die Tätigkeiten verfolgen und mit den damit befassten Mitarbeitern in Dialog treten, und zwar auch dort, wo private Unternehmer am Werk sind. Schließlich ist es äußerst wichtig, die Verträge zwischen der Kommune und privaten Unternehmen mit größtmöglicher Transparenz zu behandeln. Da die Tätigkeit mit Steuermitteln finanziert wird, haben die Bürger das Recht, diese Transparenz zu fordern.

IX. Schlussfolgerungen

Meine Schlussfolgerung ist: Kommunale Tätigkeit dem Wettbewerb zu unterwerfen, ist ein nützliches Hilfsmittel im Dienste der Kommunen und damit der Bürger. Bei richtiger Handhabung ergeben sich daraus folgende Vorteile:

- Kostenminderung
- Fokus auf Qualität – wobei die Anforderungen zu definieren sind, um die richtige Wahl zu treffen
- Entwicklung der eigenen Organisation / der eigenen Einheiten
- Erhöhung der Wahlfreiheit für Bürger und Kommune.

Für die richtige Ausführung ist eine durchdachte Strategie notwendig, wobei folgende Punkte von grundlegender Bedeutung sind:

- Man muss sich überlegen, welche Bereiche in den Wettbewerb gestellt werden sollen und in welche Lose eine Ausschreibung aufzuteilen ist.
- Es darf keine Mühe gescheut werden, die Qualitätskriterien zu definieren und – nicht zuletzt – festzulegen wie diese überwacht werden sollen.
- Mit dem Unternehmer ist fortlaufende Zusammenarbeit zu praktizieren.

- Es muss eine hochkompetente Bestellerorganisation aufgebaut werden.

Es liegt an uns – den kommunalen und regionalen Organisationen Europas –, unsere praktischen Kenntnisse auf dem Ausschreibungssektor dem Europaparlament, der Europäischen Kommission und unseren jeweiligen nationalen Regierungen zu übermitteln. Es geht darum, eine schwerfällige europäische Gesetzgebung zu verhindern. Aufgrund der Komplexität der Unterwerfung kommunaler Dienstleistungen unter den Wettbewerb ist es unumgänglich, den Kommunen größtmögliche Wahlfreiheit in Bezug auf das *Wo*, das *Wann* und das *Wie* einzuräumen. Dann kann die Einführung von Wettbewerb im Bereich kommunaler Dienstleistungen auch zu einem wichtigen Beitrag für die Wiederbelebung und den Erfolg des Lissabon-Prozesses werden.

Neue rechtliche Rahmenbedingungen für die kommunalen Unternehmen

I. Problemaufriss

Der Rechtsrahmen für kommunale Unternehmen wandelt sich. Das gilt für die Europäische Union, den Bund, die Länder und die Kommunen. Das Gemeinschaftsrecht hat mit Art. 16 EG, der die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als besonders förderungswürdig statuiert und damit an die französische Dogmatik des *service publique* anknüpft, mit der Elektrizitäts- und Gasrichtlinie sowie mit neueren Stellungnahmen der Kommission und auf der Grundlage der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für die Kommunalwirtschaft einen Rechtsrahmen geschaffen, der es ihr erlaubt, sich gleichberechtigt dem Wettbewerb zu stellen. In die gleiche Richtung zielen Bestrebungen des Bundes, etwa bei der Reform des Energiewirtschaftsrechts vor gut sechs Jahren, die kommunale Monopole beseitigen und die lokalen Märkte für den Wettbewerb öffnen wollte und dazu ausdrücklich die Aufhebung der restriktiven Schranken des kommunalen Wirtschaftsrechts forderte. Das kommunale Wirtschaftsrecht tendiert aber seit einiger Zeit nicht etwa zu einer Angleichung der Handlungsbedingungen der Kommunalwirtschaft an die ihrer Konkurrenten, sondern zu stärkeren Restriktionen und der Einführung normativer Handlungsbeschränkungen für Kommunalunternehmen, die diesen einen gleichberechtigten Wettbewerb mit Privatunternehmen oder die Zusammenarbeit in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zumindest erschweren, wenn nicht sogar völlig unmöglich machen. Das Wirtschaftsrecht der kommunalen Unternehmen wird also zwar erneuert. Aber nicht jede Neuerung kann für sich beanspruchen, zur Modernisierung des Rechts beizutragen. Vielmehr wirken manche Reformen auf Länderebene eher als Restaurationsbemühungen, die einer Wettbewerbswirtschaft, wie sie gerade im Bereich der lokalen Daseinsvorsorge gefördert werden soll, nicht gerecht zu werden vermögen.

Im Folgenden werde ich zunächst die verschiedenen Entwicklungsstränge analysieren (II.) und sodann den Gründen für die erheblichen

* Prof. Dr. Joachim Wieland LL.M. ist Professor für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Frankfurt am Main.

Unterschiede in den Regelungskonzepten und -intentionen nachgehen (III.). Auf dieser Grundlage werde ich abschließend Perspektiven für die weitere Entwicklung des Rechtsrahmens für die Kommunalwirtschaft aufzeigen (IV.).

II. Die verschiedenen Regelungsebenen

Ich beginne mit dem Gemeinschaftsrecht und wende mich hier zunächst dem Primärrecht zu.

1. Das Gemeinschaftsrecht

a) Das Primärrecht

Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft betont nachdrücklich die Stellung der öffentlichen und damit auch der kommunalen Unternehmen. Neben dem überkommenen besonderen Funktionenschutz, den Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrags im Bereich des Wettbewerbsrechts für Unternehmen gewährt, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“, rücken Leistungen der Daseinsvorsorge sowohl auf der Ebene der Politiken der Gemeinschaftsorgane als auch im Primärrecht zunehmend in den Fokus der Aufmerksamkeit. Im Zuge der Vertragsrevision von Amsterdam wurde Art. 16 neu in den EGV eingefügt. Dieser auferlegt der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten – unbeschadet der Vorschriften des Beihilferechts – „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 Zusammenhangs ... im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“ und im Anwendungsbereich des EGV die Sorge dafür, „dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“ Aus dem Erwachen der Daseinsvorsorge in den Bereich der Gemeinschaftsziele und der hieraus ableitbaren „positiven Schutzpflicht“ auch der Mitgliedstaaten gegenüber der Daseinsvorsorge folgt nicht lediglich eine Fortschreibung des status quo, sondern eine Verschiebung des dem Art. 86 Abs. 2 EGV inhärenten Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten gemeinwohlorientierter Dienstleistungen. In diese Richtung weist ersichtlich auch Art. 36 der Grundrechtscharta der Europäischen Union, der eine Verpflichtung der Gemeinschaft zur Achtung des Zugangs zu Leistungen der Daseinsvorsorge enthält.

Als Anknüpfungspunkte dienen auf der Ebene des Primärrechts eine Interpretation des Art. 86 Abs. 1 EGV als Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der Heranziehung des in Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag radierten allgemeinen Gleichheitssatzes. Gemeinschaftsrechtlich wird durch diese Vorschriften ein Prinzip der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen statuiert. Dessen Ausgangspunkt ist Art. 86 EGV. Durch diese Vorschrift soll im Zusammenwirken mit Art. 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV ein möglichst unverfälschter Wettbewerb öffentlicher mit allen übrigen Unternehmen gewährleistet werden. Die Neutralität der Gemeinschaft gegenüber öffentlichen und privaten Unternehmen findet auch in Art. 295 EGV Ausdruck. Die dort normierte Autonomie der Mitgliedstaaten in Bezug auf ihre Eigentumsordnung stellt deren Entscheidung über Umfang und Aufgabenbereich öffentlicher Unternehmen außerhalb gemeinschaftsrechtlicher Beeinflussung.

Insgesamt gesehen liegt dem Primärrecht der Europäischen Union das Konzept einer auf Wettbewerb gründenden Marktwirtschaft zu Grunde, an der sich private und öffentliche Unternehmen gleichberechtigt beteiligen können. Art. 86 EGV zeigt, dass öffentliche Unternehmen im Primärrecht nicht etwa als Wettbewerber niedrigeren Ranges angesehen werden, sondern dass ihnen sogar bestimmte Vorrechte eingeräumt werden, wenn das zur Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben erforderlich ist, wenn sie also nur so die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen können. Es ist deshalb aus Sicht des Primärrechts der Europäischen Union völlig verfehlt, privaten Unternehmen im öffentlichen Wirtschaftsrecht einen Vorrang vor öffentlichen Unternehmen einzuräumen, wie das einige Landesgesetzgeber und manche Wissenschaftler zu begründen versuchen.

b) Das Sekundärrecht

Auf der Ebene des Sekundärrechts der Gemeinschaft kommt das auf dem Feld der wirtschaftlichen Betätigung im Bereich der Strom- und Gasversorgung in den jeweiligen Art. 3 Abs. 1 der entsprechenden Binnenmarkttrichtlinien¹ deutlich zum Ausdruck. Dort heißt es: „Die Mitgliedstaaten tragen entsprechend ihrem institutionellen Aufbau unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips dafür Sorge, dass Elektrizitäts-

¹ RL 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG – Erklärungen zu Stilllegungen und Abfallbewirtschaftungsmaßnahmen, ABL. L 176 v. 15.07.2003, S. 0037-0056; RL 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30EG, ABL. L 176 v. 15.07.2003, S. 0057-0078.

unternehmen unbeschadet des Abs. 2 nach den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen und im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes betrieben werden und dass diese Unternehmen hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht diskriminiert werden.“ Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn kommunale Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung durch das kommunale Wirtschaftsrecht gegenüber privaten Wettbewerbern in ihrer Entfaltung behindert werden. Dann wird ihnen nämlich hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten gerade nicht die gleiche Behandlung zu Teil. Der Wettbewerb auf dem Elektrizitäts- und Gasmarkt ist dann im Widerspruch zum Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft gerade nicht uneingeschränkt und chancengleich gesichert. Vielmehr liegt eine unzulässige Diskriminierung kommunaler Energieversorgungsunternehmen vor.

c) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

In Richtung einer Stärkung der Rechtsposition von Unternehmen der Daseinsvorsorge wirkt auch die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Gerichtshof nimmt bei Leistungen zur Förderung der Daseinsvorsorge eine tatbestandliche Reduktion des Art. 87 EGV an und interpretiert den Beihilfebegriff restriktiv. Nach dem Urteil *Altmark Trans*² stellen öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, keine Beihilfe dar, soweit sie einen Ausgleich für Leistungen gewähren, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Zwar argumentiert der Gerichtshof insgesamt so vorsichtig und zurückhaltend, dass über die Antwort auf die entschiedene beihilferechtliche Frage hinaus keine zu optimistischen Prognosen über die zukünftige Beurteilung der europarechtlichen Stellung von kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge abgegeben werden sollten. Die Tendenz seiner Rechtsprechung ist jedoch durchaus als freundlich gegenüber der Kommunalwirtschaft zu qualifizieren.

Das entspricht der bereits gefestigten Rechtsprechung zu öffentlichen Unternehmen. Der Europäische Gerichtshof erkennt deren besondere Aufgaben durchaus an und berücksichtigt sie ausdrücklich, wenn er den rechtlichen Rahmen für deren Betätigung nach Gemeinschaftsrecht nachzeichnet. So hat der Gerichtshof schon vor mehr als zehn Jahren in seinem Urteil in der Rechtssache *Corbeau*³ 1993 entschieden, dass

² EuGH v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans GmbH*, Slg. 2003, I-07747.

³ EuGH v. 19.05.1993, Rs. C-320/91 – *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533.

Art. 86 Abs. 2 EGV es sogar rechtfertigt, einem staatlichen Unternehmen die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen als Monopol zu einheitlichen Gebühren anzuvertrauen. Wirtschaftlich tragbare Bedingungen für einen staatlichen Postdienst setzen nach dieser Entscheidung die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeiten voraus und rechtfertigen daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen. Öffentliche Unternehmen werden also vom Gemeinschaftsrecht nicht etwa rechtlich diskriminiert, sondern umgekehrt im Wettbewerb privilegiert, soweit das zur Erfüllung der ihnen obliegenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich ist. Das kann für kommunale Unternehmen gerade im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs durchaus von Relevanz sein.

d) Die Stellungnahmen der Kommission

In eine kommunalen Unternehmen gegenüber freundliche Richtung zielt auch der Bericht der Europäischen Kommission über „Leistungen der Daseinsvorsorge“ an den Europäischen Rat in Laeken aus dem Oktober 2001.⁴ In diesem Bericht skizziert die Kommission – entsprechend dem Prüfungsauftrag, den ihr der Rat von Nizza gegeben hatte – primär die Stellung von Unternehmen der Daseinsvorsorge im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Art. 16 EGV. Hier versteht die Kommission die Daseinsvorsorge als ein „Schlüsselement des Europäischen Gesellschaftsmodells.“ Sie überlässt deren Ausgestaltung unter Hinweis auf die Neutralität des Gemeinschaftsrechts gegenüber wirtschaftlicher Betätigung des Staates weitgehend den Mitgliedstaaten. Gemeinschaftsrechtlich verfolgt die Kommission das Ziel, Leistungen der Daseinsvorsorge in einem zweiphasigen Modell im Kontext des Beihilferechts zu erfassen: Auf dessen erster Stufe steht die Entwicklung eines Rechtsrahmens staatlicher Beihilfen, gefolgt von der Prüfung der Möglichkeit einer Gruppenfreistellung im Sekundärrecht. Die Perspektive des Wettbewerbsrechts wird sekundärrechtlich insoweit verlassen, als die Kommission in den Bereichen der Regelung des europäischen Energiemarkts dem Element der Versorgungssicherheit zunehmend Beachtung schenkt.

⁴ Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken, „Leistungen der Daseinsvorsorge“ v. 17.10.2001, KOM (2001) 598.

In ihrem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, das die Kommission am 14. Mai 2004 vorgelegt hat⁵, betont sie noch einmal ausdrücklich, wie wichtig Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als eine der Grundsäulen sind, auf denen das europäische Gesellschaftsmodell gründet. Sie verweist ausdrücklich darauf, dass „die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft organisiert oder privaten oder öffentlichen Unternehmen übertragen werden kann.“ Öffentlichen Unternehmen kommt also insoweit der gleiche Rang zu wie der Privatwirtschaft, sie sind aber auch auf die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen angewiesen. Nur so können sie ihre Aufgabe erfüllen.

e) *Der deutsche Literaturstreit*

Warum spielt die kommunalen Unternehmen günstige Gemeinschaftsrechtssituation in Deutschland im Rahmen der politischen und wissenschaftlichen Diskussionen eine so geringe Rolle? In der deutschen Literatur wird die neuere Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, die zu einer deutlichen Stärkung der Position der kommunalen Unternehmen geführt hat, nur von einigen Autoren rezipiert. Andere nehmen das Gemeinschaftsrecht entweder nicht zur Kenntnis oder setzen sich ohne überzeugende Begründung darüber hinweg. In den Bereich der Politik sind die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ganz offensichtlich noch nicht vorgedrungen. Die politischen Akteure fühlen sich augenscheinlich durch das Recht der Europäischen Union in ihrer Regelung des kommunalen Wirtschaftsrechts nicht gebunden.

Nur *ein* neuerer Ansatz der deutschen Literatur geht deutlich über früher im Gemeinschaftsrecht vorherrschende, eher zurückhaltende bis kritische Positionen gegenüber kommunaler Daseinsvorsorge hinaus und nimmt insoweit die jüngeren Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts auf. Vor dem Hintergrund der gewandelten Rolle der Daseinsvorsorge im europäischen Rechtsrahmen werden die Begrenzungen, die die Gemeindeordnungen der Länder der wirtschaftlichen Betätigung der kommunalen Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge auferlegen, als nicht europarechtskonforme Diskriminierungen öffentlicher Unternehmen im Vergleich zu privaten Wettbewerbern betrachtet. Darüber hinaus gewähre das Gemeinschaftsrecht auch öffentlichen Unternehmen gegen Maßnahmen „ihres“ Mitgliedstaates die Grundfreiheiten. Hieraus sei zu schließen, dass kommunalverfassungsrechtliche Maßnahmen, die

⁵ Mitteilung der Kommission v. 12.05.2004 „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004) 374.

öffentliche Unternehmen im Wettbewerb im Binnenmarkt benachteiligen – als Beispiel werden hier ausdrücklich die Subsidiaritätsregelungen des Gemeindewirtschaftsrechts genannt –, mit den Grundfreiheiten unvereinbar seien.⁶

Noch grundlegender bezweifelt mein Berliner Kollege Schwintowski, ob es jemals den abgrenzbaren öffentlichen Zweck gegeben habe, der nach dem kommunalen Wirtschaftsrecht die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen legitimiere. Jedenfalls sei er wegen des Vorrangs der Art. 16 und 86 EGV vor dem nationalen Recht überwunden. Nach seiner Auffassung „verstoßen alle mitgliedstaatlichen Regeln, die öffentlichen Unternehmen die freie und gleiche Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb beschränken oder verwehren, sowohl gegen die Wettbewerbsregeln (Artt. 81, 82, 86 EG) als auch gegen das europäische Binnenmarktprinzip (Art. 4 EG) und vor allem auch gegen die Grundfreiheiten des Vertrages, insbesondere die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG). Daraus aber folgt, dass öffentliche Unternehmen nach den Standards des europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in gleicher Weise wie jedes andere private Unternehmen auch wirtschaftlich tätig werden können, es sei denn, sie üben hoheitliche Tätigkeiten aus oder handeln zu *nicht* wirtschaftlichen Zwecken.“⁷

Im deutschen Schrifttum wird allerdings bislang verstärkt die Gegenauffassung vertreten. Danach verschlechtern die restriktiven Regeln des kommunalen Wirtschaftsrechts zwar die Wettbewerbssituation kommunaler Energieversorger, die an kommunalrechtliche Schranken gebunden bleiben, obgleich das Gebietsmonopol weggefallen ist. Doch sei dies die Folge der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, die vom Europarecht hingenommen werde. So sieht der frühere Vorsitzende der Monopolkommission Möschel die Stellung der öffentlichen Unternehmen kritisch. Für ihn stellt sich die Frage nach einer Rückkehr der Staatswirtschaft. Er sieht in Art. 16 EGV „nicht gerade eine Büchse der Pandora, aber ein Regelungspotential, welches gegenwärtig niemand abschätzen kann.“ Mit dieser Bemerkung bezieht er sich auf einen neuen Satz, der dem bisherigen Art. 16 EGV in der Europäischen Verfassung hinzugefügt wird: „Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeiten der Mitglied-

⁶ Hans-Peter Schwintowski, Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, in: ZögU, Jg. 2003, S. 283 ff. (297).

⁷ Ebenda, S. 296.

staaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“⁸

Auch ein Teil der deutschen Staatsrechtslehre sieht in öffentlichen Unternehmen einen Fremdkörper in der Marktwirtschaft. So hat mein Bonner Kollege Löwer vor einigen Jahren in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung die Auffassung vertreten, verfassungsrechtlich geschützter Wettbewerb sei der Wettbewerb Privater. Öffentliches Wirtschaften soll nach dieser Vorstellung einen Grundrechtseingriff darstellen, der rechtfertigungsbedürftig sei und den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügen müsse. Öffentliche Wirtschaftstätigkeit soll nur nach Maßgabe gesetzlicher Ermächtigung zulässig sein. Der Gesetzgeber müsse auch den zu verfolgenden Unternehmenszweck bestimmen. Nach diesem Konzept sollen die gemeindewirtschaftsrechtlichen Ordnungsnormen die betroffenen privaten Wettbewerber schützen. Zwar erwähnt Löwer durchaus das europarechtliche Gleichbehandlungsgebot, sieht darin aber erstaunlicherweise keinen Widerspruch zum kommunalen Wirtschaftsrecht.⁹

Demgegenüber ist noch einmal zu betonen: Eine Gleichbehandlung der öffentlichen mit privaten Unternehmen entspricht nicht nur der Öffnung des klassischen Bereichs der Daseinsvorsorge für wettbewerbliche Strukturen. Art. 16 EGV hat das Prinzip der Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen in das Europarecht integriert. Es prägt das gesamte deutsche kommunale Wirtschaftsrecht. Dem entspricht in Frankreich die Orientierung auf den *service publique*. Der deutsche Begriff des öffentlichen Unternehmens ist dem französischen Terminus *service publique* nachgebildet, der bis weit hinein in das 20. Jahrhundert den Kernbegriff des französischen Verwaltungsrechts ausgemacht hat und dort noch heute eine grundlegende Bedeutung aufweist. Die Lehre vom *service publique* leitet naturgemäß auch die Interpretation des maßgeblich auf französisches Betreiben hin in das Gemeinschaftsrecht aufgenommenen Artikel 16 EGV. Die besondere Betonung der Bedeutung öffentlicher Unternehmen in Art. 16 EGV schließt jedenfalls deren Diskriminierung im nationalen Wirtschaftsrecht aus. Soweit sie nicht wegen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Vorrechte beanspruchen können, müssen sie zumindest mit privaten Unternehmen gleichbehandelt werden.

⁸ Art. III-122, Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABL. C 310 v. 16.12.2004, 01 (56).

⁹ Wolfgang Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL, Bd. 60, S. 416 ff. (449ff.).

Es ist an der Zeit, dass die tatsächlichen Veränderungen, die sich in der Kommunalwirtschaft mit dem Übergang zum Wettbewerb vollzogen haben und die das Europarecht längst anerkennt, auch in Deutschland in das Bewusstsein dringen. Die zentralverwaltungsrechtlich geprägten Konzepte der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 sind längst überholt und sollten endlich verabschiedet werden. Ein Landesgesetzgeber, der zu Beginn des 21. Jahrhunderts versucht, sie neu zu beleben, verkennt nicht nur die Bedeutung der Kommunalwirtschaft für die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland. Er setzt sich auch über Vorgaben des Europarechts hinweg. Erforderlich zur Verwirklichung des Allgemeinwohls ist eine strikte Gleichbehandlung der öffentlichen mit privaten Unternehmen.

2. Das Bundesrecht

Das entspricht auch der Regelungskonzeption des öffentlichen Wirtschaftsrechts des Bundes. Die Bundesregierung hat schon unter dem früheren Bundeskanzler Kohl 1998 bei der grundlegenden Reform des Energiewirtschaftsrechts die Länder ausdrücklich aufgefordert, den Handlungsspielraum der Kommunalunternehmen dem ihrer privaten Konkurrenten anzugleichen und so die Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb im Energiebereich zu schaffen. Dieser Aufforderung sind die meisten Länder nicht nur nicht nachgekommen, sondern sie neigen vielmehr häufig dazu, den rechtlichen Rahmen für die kommunale Wirtschaftsbetätigung in der Wettbewerbswirtschaft deutlich restriktiver zu fassen als früher in der Monopolwirtschaft. Das steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zur offenen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes. Sie kennt keinen Vorrang des privaten vor dem öffentlichen Wirtschaften. Auch gewähren die Grundrechte des Grundgesetzes privaten Unternehmen keinen Schutz vor Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen, solange diese die allgemein geltenden Wettbewerbsregeln einhalten.

Der Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, den die Bundesregierung am 14. Oktober 2004 vorgelegt hat, basiert auf diesen Grundsätzen. Er zielt in Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben auf eine staatliche Regulierung, die nicht etwa einzelne Marktteilnehmer wie öffentliche, insbesondere kommunale Unternehmen diskriminiert, sondern gerade einen diskriminierungsfreien Netzzugang für alle Marktteilnehmer als Voraussetzung für den Wettbewerb sicherstellen und dadurch zugleich ein hohes Maß an Versorgungssicherheit gewährleisten soll. Ermöglicht werden soll ein wirksamer

Wettbewerb auf den dem Netzbereich vor- und nachgelagerten Märkten. Dazu stehen rechtliche Regelungen in Widerspruch, die mittels einer Verschärfung des Subsidiaritätsprinzips und weiterer restriktiver Regelungen den Marktzugang kommunaler Unternehmen erschweren oder sogar ganz unmöglich machen sollen und so die Chancengleichheit aller Marktteilnehmer beseitigen.

III. Die zugrundeliegenden Regelungsintentionen

Die gleiche Chance im Wettbewerb ist aber *ein*, wenn nicht *das* Grundprinzip der Marktwirtschaft. Warum ist diese beinahe selbstverständliche Voraussetzung einer freien Wirtschaftsordnung für die öffentliche Wirtschaft im allgemeinen und die Kommunalwirtschaft im besonderen in Deutschland so umstritten? Man könnte vermuten, der Grund liege in einer Ablehnung jeglichen wirtschaftlichen Handelns der Öffentlichen Hand. Das wäre zwar eine unhistorische, eher auf Vorurteilen denn auf nachweisbaren Erfahrungen beruhende Auffassung. Sie wäre aber immerhin konsequent. Nur leitet sie weder in Deutschland noch in vergleichbaren Ländern das Handeln der Verantwortlichen. Vielmehr hat der Staat – im weitesten Sinne verstanden – die Wirtschaft – ebenfalls ganz weit verstanden – nie nur von außen reguliert oder sogar als prinzipiell gleichrangiges System unangetastet gelassen, sondern sich immer selbst wirtschaftlich betätigt. Ausgehend von der mittelalterlichen Regalienwirtschaft und dem Merkantilismus des 18. Jahrhunderts haben sich der moderne Staat und die Kommunen sogar über die hohe Zeit des Liberalismus im 19. Jahrhundert hinweg und wieder intensiver im Interventionismus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stets in vielfältiger Weise, wenn auch in durchaus unterschiedlicher Intensität selbst am Wirtschaftsleben beteiligt, um das allgemeine Wohl zu befördern.

Ob das Allgemeinwohl in einer konkreten geschichtlichen Situation auf einem bestimmten Markt besser durch ein eigenes wirtschaftliches Handeln der Öffentlichen Hand, durch eine Förderung oder Regulierung des Handelns Privater oder durch völlige staatliche Abstinenz befördert wird, ist nicht generell zu sagen und sollte auch nicht durch den gelegentlich zu hörenden Rückgriff auf Schlagworte wie das vom „Staat als Agentur der schlechten Risiken“ vorschnell, aber nicht vorurteilsfrei entschieden werden. In der sozialen Marktwirtschaft, die unserer Verfassungsordnung nach allgemeiner Auffassung besonders adäquat ist, kann es in vielen Fällen nicht nur erlaubt, sondern geboten sein, dass öffentliche Unternehmen sich am Wettbewerb beteiligen. Wettbewerb leidet nicht unter **mehr** Wettbewerbern, sondern lebt von einer möglichst

großen Zahl von Konkurrenten. Marktzutrittsschranken sind einer freien und sozialen Marktwirtschaft fremd. Der Schutz vor Konkurrenz ist kein legitimes Ziel staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft, wie das Bundesverfassungsgericht immer wieder festgestellt hat.

Warum ist dann aber schon seit längerem in verschiedenen Ländern Deutschlands die Tendenz zu beobachten, das kommunale Wirtschaftsrecht zu verschärfen, den Kommunen den Zutritt zu den Märkten zu erschweren, wenn nicht unmöglich zu machen und den Umfang sowie die Gegenstände ihrer wirtschaftlichen Betätigung einzufrieren, obwohl gerade im Wirtschaftsleben Stillstand stärker als anderswo Rückschritt bedeutet? Ich sehe drei Gründe, auf die ich im Folgenden näher eingehen werde:

(1) Die Misswirtschaft der Deutschen Demokratischen Republik mit ihren nur vorgeblich volkseigenen Betrieben hat die öffentliche Wirtschaft im allgemeinen Bewusstsein gründlich diskreditiert und die fundamentalen Unterschiede in Vergessenheit geraten lassen, die zwischen der gleichberechtigten Beteiligung öffentlicher Unternehmen am Wettbewerb in einer Marktwirtschaft und dem Geschehen in einer Zentralverwaltungswirtschaft, in der der Staat das Wirtschaften zu organisieren versucht, privaten Konkurrenten aber keine Chance lässt, bestehen.

(2) Das kommunale Wirtschaftsrecht als Relikt der Zentralverwaltungswirtschaft des Nationalsozialismus bot und bietet den Vorurteilen gegen jegliche wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand eine geschmeidige und anpassungsfähige Hülle.

(3) Landesregierungen und Landtagen ist manchmal offenbar die Gelegenheit willkommen, durch ein Zurückdrängen kommunaler Unternehmen das Augenmerk von dem eher großzügigen Rechtsrahmen für das wirtschaftliche Handeln der Länder abzulenken.

Verfolgt man die neuere Entwicklung des Kommunalwirtschaftsrechts zurück, kann man die Wiedervereinigung als deutlich erkennbaren Wendepunkt identifizieren. Seit in Ostdeutschland die ehemals volkseigenen Betriebe abgewickelt und dabei ein bis dahin nicht vorstellbares Ausmaß der Misere der sozialistischen Misswirtschaft offenkundig geworden ist, liegt anscheinend für nicht wenige Meinungsträger innerhalb und außerhalb der Politik der Schluss nahe, die Beteiligung öffentlicher Unternehmen an einer Marktwirtschaft sei im Grunde mit der Veranstaltung einer zentral gelenkten Wirtschaft wie in der früheren DDR gleichzusetzen. Dass in der Bundesrepublik eine Wirtschaftsordnung normativ

begründet ist, die nicht auf Zentralverwaltung, sondern auf den Markt vertraut, und dass die Unterwerfung der Öffentlichen Hand unter die Regeln des Marktes, ihre Gleichordnung mit privaten Konkurrenten und das Zusammenwirken in gemischten Unternehmen etwas prinzipiell Anderes ist als der weitgehende Ausschluss Privater von einer selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsleben, wird in diesem Zusammenhang bewusst oder unbewusst übersehen und verschwiegen. So hat der Niedergang der DDR-Wirtschaft den guten Ruf der öffentlichen, nicht zuletzt der kommunalen Unternehmen nachhaltig geschädigt, ohne dass diese dafür eine Ursache gesetzt haben oder den Ansehensverlust auch nur hätten hindern können.

Zu meinem zweiten Punkt: In dieser Situation hat sich das Fortleben der kommunalwirtschaftlichen Regelungen der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 in den Gemeindeordnungen der Länder als verhängnisvoll erwiesen. Die Deutsche Gemeindeordnung ging vor 70 Jahren in Widerspiegelung des Zeitgeists von einem Konzept einer zentral gelenkten Wirtschaft aus. Die nationalsozialistische Wirtschaftsordnung, insbesondere die Wiederaufrüstung und die Vorbereitung der Kriegswirtschaft, sollten dem Modell folgen, dass die Wirtschaftseinheiten tätig werden sollten, die den öffentlichen Zweck möglichst am besten, mindestens aber ebenso gut und wirtschaftlich erfüllten wie andere. Die Nationalsozialisten wollten durch diese Form der Wirtschaftslenkung eine optimale Effizienz erzielen. Sie waren der Überzeugung, im vorhinein beurteilen zu können, wer besser und wirtschaftlicher handeln werde als ein anderer. Diese Vorstellung hat sich schon vor 1945 als Irrtum erwiesen, sie wurde während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft auch keineswegs stringent und systematisch umgesetzt.

Nach dem Zweiten Weltkrieg hielten die neugeschaffenen westdeutschen Länder zwar an der normativen Regelung fest, verzichteten jedoch auf deren Umsetzung. Vielmehr überließ man es in der Praxis der politischen Einschätzung der zuständigen kommunalen Gremien, ob die wirtschaftliche Betätigung ebenso gut und wirtschaftlich sein würde wie die Produkte und Dienstleistungen Dritter. In dieser Form war das nur so genannte Subsidiaritätsprinzip unschädlich. Die Kommunen und ihre Unternehmen konnten sich dort wirtschaftlich betätigen, wo sie das politisch im Interesse des Gemeinwohls für sinnvoll erachteten.

Das änderte sich erst, als im Gefolge der Wiedervereinigung die Kommunalwirtschaft unter verschärften Rechtfertigungsdruck geriet. Nun erwies sich die aus der zentral gelenkten Wirtschaft des National-

sozialismus stammende normative Hülle des Kommunalwirtschaftsrechts gleichsam als Trojanisches Pferd. In ihm kehrten in einer Ironie der Geschichte ausgerechnet als Reaktion auf die völlig gescheiterte Planwirtschaft der DDR zentralverwaltungswirtschaftliche Vorstellungen in das kommunale Wirtschaftsrecht zurück. Neuerdings in Hessen und Niedersachsen, zuvor schon in Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt wird das bislang nur so genannte Subsidiaritätsprinzip dahin verschärft, dass Kommunen nur noch dann wirtschaftlich tätig werden dürfen sollen, wenn sie darlegen können, dass sie besser und wirtschaftlicher als private Konkurrenten am Markt agieren werden.

Das wünscht sich zwar jedes Unternehmen, nur darlegen kann es prospektiv niemand. In einer Marktwirtschaft entscheidet qua definitionem nur der Markt selbst über wirtschaftlichen Erfolg. Könnte man Markterfolg oder -misserfolg zuverlässig vorhersagen, verlöre etwa die Aktienbörse ihre Grundlage. Die von Adam Smith treffend sogenannte unsichtbare Hand des Marktes ist aber gerade „invisible“ – und was für den Menschen nicht sichtbar ist, kann er auch weder vorhersehen noch im Vorhinein darlegen. Deshalb können auch kommunale Unternehmen weder vorhersehen noch begründet darlegen, dass sie besser und wirtschaftlicher zu handeln vermögen als ihre Konkurrenten. Rechtsaufsichtsbehörden können das auch nicht. Oder lässt sich ein Beamter der Kommunalaufsicht vorstellen, der eine verlässliche und gerechtfertigte Prognose über Qualität und Wirtschaftlichkeit des Handelns kommunaler Unternehmen abgibt? Gäbe es ihn, bliebe er vermutlich nicht bei der Kommunalaufsicht, sondern würde sein Wissen selbst am Markt zu seinem eigenen Vorteil nutzen. Die geschilderten Reformen des kommunalen Wirtschaftsrechts stellen deshalb einen Irrweg dar, vor dessen Beschreiten nicht nachdrücklich genug gewarnt werden kann.

Ich komme nunmehr zu meinem dritten Punkt: Offenbar trauen auch die Landesregierungen diesem Weg nur begrenzt. Sonst hätten sie die strikten Anforderungen gleichermaßen für die öffentlichen Unternehmen des jeweiligen Landes vorgesehen. Dann hätten sie sich immerhin auf ein in sich konsistentes Konzept berufen können. So aber erlauben die Landshaushaltsordnungen öffentlichen Unternehmen im Bereich der Länder weiterhin nach dem politischen Ermessen der Regierungen die wirtschaftliche Betätigung. Für kommunale Unternehmen werden hingegen in einigen Ländern hohe Hürden errichtet, die zumindest die organische Fortentwicklung der Unternehmen ernsthaft bedrohen. Warum gerade im Bereich der eigenen politischen Verantwortung der Länder die Regeln nicht gelten sollen, deren Durchsetzung den Landesregierungen gegenüber den Kommunen so wichtig erscheint, dass sie

deren verfassungsrechtlich garantierte Autonomie spürbar einschränken, wird nicht gesagt und ist auch sonst nicht ersichtlich. Das legt die Frage nahe, warum dann ein Land für die Kommunalwirtschaft ein restriktiveres Regime vorsieht als für die Landesunternehmen. Es ist schwer vorstellbar, dass etwa die Hessische Landesregierung ihr Engagement bei der Fraport AG oder im Banken- und Sparkassenbereich periodisch einer ausführlichen Rechtfertigung gegenüber der Öffentlichkeit unterwerfen oder sogar privaten Konkurrenten die Möglichkeit einräumen könnte, durch Verwaltungsgerichte überprüfen zu lassen, ob die wirtschaftliche Betätigung des Landes wirklich besser und wirtschaftlicher erfolgt als die privater Konkurrenten. Auch hier gilt das englische Sprichwort: Charity begins at home. Ein Land müsste zumindest erst sich selbst den strengen Regeln unterwerfen und die Tauglichkeit sowie den Erfolg des rechtlichen Regimes unter Beweis stellen, bevor es die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, die für ihr Handeln über eine eigene demokratische Legitimation verfügen, unzumutbar erschwert.

IV. Die Perspektiven für die Kommunalwirtschaft

Was sind nun die Perspektiven für die Kommunalwirtschaft? Ich bin überzeugt, dass sich mittelfristig die Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts durchsetzen wird, die im Europarecht vorgezeichnet ist. Das wird nicht nur deshalb erfolgen, weil das Europarecht Vorrang vor nationalem Recht genießt. Entscheidend ist vielmehr, dass Chancengleichheit und Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen das Konzept sind, das einer Marktwirtschaft entspricht. Marktzutrittsschranken, wie sie das letztlich auf zentralverwaltungswirtschaftlichen Vorstellungen von 1935 beruhende kommunale Wirtschaftsrecht der Länder errichtet und neuerdings mancherorts sogar erhöht, sind ein Relikt längst vergangener Zeiten, das auch in Deutschland keine Zukunft hat.

Ich fasse dementsprechend meine Position in zehn Thesen zusammen:

- (1) Marktwirtschaft lebt von Wettbewerb, Marktzutrittsschranken sind ihr fremd.
- (2) Die Öffentliche Hand ist als gleichberechtigter Marktteilnehmer ebenso legitimiert wie Privatunternehmen.
- (3) Kommunales Wirtschaftsrecht ist als Relikt einer Zentralverwaltungswirtschaft im Zeichen der Deregulierung rechtfertigungsbedürftig,

zumal Länder ihre eigene Wirtschaftstätigkeit kaum gesetzlich regulieren.

(4) Soweit kommunales Wirtschaftsrecht noch eine Existenzberechtigung hat, muss es ausdrücklich dem Schutz der kommunalen Selbstverwaltung und Demokratie dienen.

(5) Auch im Bereich der Kommunalwirtschaft treffen zuvörderst die Kommunen in unmittelbarer demokratischer Legitimation die Entscheidungen, Regulierungen des Landes sind rechtfertigungsbedürftig.

(6) Das Wettbewerbsrecht der kommunalen Unternehmen findet sich, auch für Gerichte verbindlich, im Wirtschaftsrecht des Bundes.

(7) Europarecht steht der Kommunalwirtschaft nicht entgegen, sondern erkennt sie als „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“ ausdrücklich an.

(8) Kommunale Wirtschaftstätigkeit, die keine Vorrechte beansprucht und beanspruchen darf, greift in der Marktwirtschaft nicht in Grundrechte privater Konkurrenten ein.

(9) Kommunale Wirtschaftstätigkeit muss ihren Grund in der eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft haben, ist aber wie jede andere marktwirtschaftliche Betätigung schon aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt.

(10) Kommunale Unternehmen sind in einer sozialen Marktwirtschaft kein Fremdkörper, sondern erfüllen eine wichtige Aufgabe, indem sie für ein angemessenes, verlässliches, ortsbezogenes Angebot an Produkten und Dienstleistungen sorgen und finanziellen Ertrag bringen.

Workshop 1:

Dienstleistungen des Gesundheitssektors zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Voraussetzungen für wirtschaftliches Handeln öffentlicher Krankenhäuser

I. Aktuelle Situation

Zunächst soll auf die aktuelle Situation in Deutschland eingegangen werden.

1. Stationäre Patientenversorgung in Deutschland

Derzeit macht die Seniorenpflege 18 %, die Rehabilitation 9,6 % und die Akutmedizin 71,5 % der stationären Patientenversorgung in Deutschland aus. Im folgenden soll nur die Akutmedizin betrachtet werden.

2. Akutklinikmarkt

Von den Akutkrankenhäusern waren im Jahr 2003

- 55 % kommunale Krankenhäuser
- 19 % Universitätskrankenhäuser
- 17 % sind freigemeinnützige Krankenhäuser und
- 08 % private Krankenhäuser

Betrachtet man dabei die privaten Akutkrankenhäuser so ergibt sich folgendes Bild:

Name	Rechtsform	Marktanteil
HELIOS	GmbH	17 %
Rhön	AG	18 %
Asklepios	GmbH	13 %
Sana	KgaA ¹ seit 2004	8 %

* Senatorin a.D. Dr. Ingrid Nümann-Seidewinkel ist Rechtsanwältin in Hamburg. Sie war Vorsitzende der gemeinsam tagenden Klinikvorstände und später Mitglied des Aufsichtsrates der Charité – Universitätsmedizin Berlin.

¹ KgaA = Kommanditgesellschaft auf Aktien.

SHR²	AG	6 %
Paracelsus	GmbH	5 %
Humaine	GmbH	3 %
Damp	AG	3 %
Fresenius	AG	2 %
Andere		23 %

3. Duale Krankenhausfinanzierung

Die Krankenhausfinanzierung erfolgt in Deutschland nach einem dualen System, d.h. Bund und Länder gewähren Fördermittel für die Investitionskosten und die Krankenkassen decken die laufenden Betriebskosten.

a) *Deckung der laufenden Betriebskosten*

Zur Deckung der laufenden Betriebskosten vereinbart das einzelne Krankenhaus – nach Möglichkeit für das künftige Jahr – für ein Kalenderjahr mit den Krankenkassen ein Budget.

Dabei wurden bis längstens 2003 Pflegesätze vereinbart (§ 13 BPflV³), während ab 2004 (wahlweise schon ab 2003) ein neues System, die Basisfallwerte (DRG⁴) als Abrechnungseinheiten, vereinbart werden. DRG gibt es seit fast 30 Jahren. Sie wurden 1975 in den USA entwickelt. Inzwischen ist eine ganze Reihe unterschiedlicher Systeme weltweit im Einsatz.

Nach der Definition G-DRG⁵ 2.0 des Handbuchs 2003/2004 ist

„... DRG ein Patientenklassifikationssystem, das in klinisch relevanter und nachvollziehbarer Weise Art und Anzahl der behandelten Krankheitsfälle in Bezug zum Ressourcenverbrauch des Krankenhauses setzt“.

Das heißt,

- das DRG System ist ein vollpauschaliertes Vergütungssystem, mit dem die Leistungen eines Krankenhauses (einer Abteilung) gemessen werden können,

² SRH = Stiftung Rehabilitation Heidelberg.

³ BpflVO = Bundespflegesatzverordnung.

⁴ DRG = Diagnosis Related Groups.

⁵ G-DRG = German Diagnosis Related Groups.

- DRG sind damit eine Basis für Budgetierung, Abrechnung und Finanzierung,
- DRG unterstützen die Entwicklung von Strategien zur Regelung des Zugangs zur Versorgung, der Analyse der klinischen Praxis und des Kodierverhaltens,
- DRG unterstützen bei der Bedarfsanalyse von Medikamenten und für Heil- und Hilfsmittel.

Ziele des Gesetzgebers bei Einführung des DRG Systems waren:

- ein pauschaliertes Preissystem für fast alle stationären Leistungen (unabhängig von Versorgungsstufe und Spezialisierungsgrad),
- gleiche Preise für gleiche Leistungen landesweit ab 2007,
- möglichst wenig Vergütungsgruppen neben den DRG (wenig Zusatzentgelte, wenig Leistungen sollen vom DRG-System ausgenommen werden),
- Abbildung der voll- und teilstationären Behandlungen durch DRG.

Dabei hat der Gesetzgeber folgende Entwicklungsschritte geplant:

- 2003: australisches DRG mit deutschen Verweildauern und Preisen (G-DRG 1.0)
 – freiwillige Anwendung
- 2004: erster Schritt zum deutschen DRG-Katalog (G-DRG 2.0)
 – verbindliche Anwendung
- 2005: möglichst weitgehende Anpassung an die Versorgungsstruktur in Deutschland
 – erstes Jahr mit direkter ökonomischer Wirkung
- ab 2006: jährliche Überarbeitung des DRG-Katalogs

b) Deckung der Investitionskosten

Die Deckung der Investitionskosten erfolgt nach einem völlig anderem System. Die Investitionen (§ 2 Abs. 2 KHG⁶) werden grundsätzlich öffentlich gefördert (§ 9 Abs. 1 KHG) und sind nicht in den mit den Krankenkassen abzurechnenden Erlösen (z.B. im Pflegesatz) enthalten.

Zur Verwirklichung der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser dienen die Krankenhauspläne und Investitionspläne der Länder (§ 6

⁶ KHG = Krankenhausfinanzierungsgesetz.

KHG). Eine Ausnahme bilden die Universitätskrankenhäuser, die nach dem HBFG⁷ gefördert werden.

Für alle besteht ein Rechtsanspruch nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz auf staatliche Förderung für Investitionen, wenn das Krankenhaus in den Krankenhausplan des jeweiligen Bundeslands aufgenommen worden ist, aus dem sich der Rechtsanspruch auf Förderung ergibt.

Der Anspruch auf Fördermittel liegt laut Gesetz bei 100%, aber der Staat kann diesen Anspruch nicht mehr vollständig erfüllen. Dies bedeutet, dass entweder auf erforderliche Neuinvestitionen verzichtet oder die Differenz aus Eigenmitteln erbracht werden muss.

Die Fördermittel sind im letzten Jahrzehnt dramatisch gesunken. Die Summe der Fördermittel nach dem KHG sank im Zeitraum 1991 bis 2001 in den alten Bundesländern von 2,699 Mrd. € auf 2,1418 Mrd. €, d.h. um 10,4 %. Setzt man die Entwicklung der Fördermittel ins Verhältnis zu der des BIP⁸, so verringerte sich der Anteil von 0,24 % auf 0,13 % in diesem Betrachtungszeitraum.

Diese Entwicklung führte zu einem Investitionsstau von ca. 30 Mrd. €, der sich durch notwendige Investitionen im Zusammenhang mit der Einführung des DRG-Systems auf 50 Mrd. € erhöhen dürfte.

II. Einschätzung der künftigen Entwicklung

Die Bevölkerungszahl in Deutschland wird längerfristig sinken. Dabei wäre der Bevölkerungsrückgang noch viel dramatischer, wenn die Menschen nicht gleichzeitig immer älter würden.

- Die zunehmende Überalterung führt zu einem Anstieg altersbedingter Krankheiten.
- Die Angebotssegmente werden sich verschieben. Auch wenn viele Menschen noch im hohen Alter gesund und leistungsfähig bleiben, so wird es eine immer größere Zahl älterer Patienten mit multiplen Krankheiten und entsprechend wachsender Behandlungsintensität geben.

⁷ HBFG = Hochschulbauförderungsgesetz.

⁸ BIP = Bruttoinlandsprodukt.

Unabhängig von dieser Altersentwicklung wird es folgende Entwicklungen geben:

- Da sich die staatlichen Gesundheitsausgaben nicht beliebig erhöhen lassen, wird weiteres Wachstum innovativer Bereiche durch Einsparungen in anderen Bereichen finanziert werden.
- Ein Teil der bisherigen Behandlungen verschiebt sich vom stationären in den ambulanten und teilstationären Bereich (Schätzungen: 5 % in den stationären und 25 % in den teilstationären Bereich).
- Es gibt unterschiedliche Einschätzungen, ob die Fallzahlen gleich bleiben oder steigen (+ 20 %), dies jedoch bei gleich bleibendem Budget der Krankenkassen.
- Die Verweildauer wird sinken.
- die Bettenauslastungsquote wird steigen.

Es wird Bestrebungen geben, sich dem durch die DRG-Einführung entstehenden Druck anzupassen, mit den nachstehenden Folgen:

- Nach Beendigung der Konvergenzphase ist mit einem erneuten Druck auf die Erlöse zu rechnen, sodass die Baserates niedriger sein werden als die derzeitigen durchschnittlichen Erlöse pro Fall.
- Eine Stabilisierung der Krankenhauserlöse über eine deutliche Steigerung der Fallzahlen gegenüber dem Status quo ist wenig realistisch.
- Eine Stabilisierung oder gar Steigerung der bisherigen Auslastungsquote lässt sich bei steigendem Marktdruck nur über einen Kapazitätsabbau erreichen.
- Bundesweit ergibt sich eine Überkapazität der akutstationären Betten (ca. 30 % bundesweit).
- Erforderlich sind optimierte Prozessabläufe im diagnostischen Bereich, was unmittelbare Auswirkungen auf die Baustruktur hat.
- Die Patienten von morgen werden in interdisziplinären Kompetenzzentren versorgt, in denen Fachärzte unterschiedlicher Disziplinen zusammen arbeiten.
- Kleinere Akutkrankenhäuser ohne die Möglichkeiten der Spezialisierung werden kaum überleben.

III. Handlungsoptionen

Die Krankenhäuser müssen versuchen, auf den steigenden Kostendruck durch Verbesserung ihrer Wirtschaftlichkeit zu reagieren

1. Optimierung von Medizin und Pflege

Es muss versucht werden, Medizin und Pflege noch weiter zu optimieren durch

- Integration von vor- und teilstationären Behandlungen (z.B. private Praxen ins Krankenhaus),
- enge Verzahnung mit Rehabilitationsangeboten (Nachversorgung),
- Direktverträge über Komplexpauschalen mit Krankenkassen/-versicherungen,
- Fließbandmedizin, d.h. Fallzahlsteigerung, Qualitätssteigerung und Fixkostensenkung durch ständige Wiederholung der gleichen Arbeitssegmente (Beispiel: Im DHZ⁹ wurde im November 2004 der 50.000ste Eingriff mit der Herz-Lungen-Maschine seit 1986 vorgenommen),
- Optimierung der Dienstleistungen (Da die Personalkostenquote bei ca. 70 % liegt, ist dies mit Abstand der höchste Kostenfaktor; hier eine Reduzierung der Kosten zu erreichen muss daher vordringliches Ziel sein.),
- Abschluss eines Haustarifvertrags als Möglichkeit, sich aus den Zwängen des öffentlichen Dienstrechts mit seinem starren Regelwerk und hohen Versorgungslasten (VBL-Problematik, Pensionslasten) zu befreien.

2. Optimierung der Funktionsbereiche

a) Strategischer Einkauf

Durch einen strategischen Einkauf und die Bündelung von Einkaufsvolumen können günstigere Konditionen erzielt und damit die Beschaffungskosten signifikant gesenkt werden. Dies muss durch entsprechende Datenbanken unterstützt werden, damit die Bestellung direkt von der Station papierlos erfolgen kann.

⁹ DHZ = Deutsches Herzzentrum Berlin.

b) Logistik-Allianz

Eine Logistik-Allianz erschließt weitere Einsparpotentiale. Durch die Auslagerung des Logistik-Prozesses ergeben sich erhebliche Wirtschaftlichkeitsreserven. Es macht Sinn, die Logistik-Dienstleistungen für eine Gruppe von Kliniken auf regionaler Ebene zusammenzufassen.

c) Optimierte IT-Strukturen

Angesichts der zunehmenden Komplexität der IT-Strukturen können einzelne Krankenhäuser heute kaum noch das erforderliche Know-how selbst bereitstellen. Es muss daher versucht werden, Betreiberzentrums-Lösungen zu entwickeln, die Kliniken bei der Auslagerung ihrer Informationssysteme einsatzfähige Standards bieten – mit gleichzeitig weitreichenden Anpassungsmöglichkeiten an individuelle Anforderungen.

d) Medizintechnik

Auch im Bereich der Medizintechnik wird es heute für einzelne Krankenhäuser immer schwieriger, die hochmodernen Geräte und Anlagen mit eigenen Ressourcen bei höchster Qualität wirtschaftlich zu betreiben. Auch hier ist darüber nachzudenken, diesen Bereich gemeinsam mit anderen neu zu organisieren oder diese Leistungen von außen einzukaufen.

Gleiches gilt für die Bereiche Wäscherei, Speiserversorgung und Reinigung. Auch hier gilt der Grundsatz: Make or Buy, wobei wohl fast alle Krankenhäuser diese Bereiche bereits ausgelagert oder ausgeschriben haben.

3. Fusion mehrerer Krankenhäuser

Ein weiterer Versuch der Optimierung ist die Fusion mehrerer Krankenhäuser (so z.B. Vivantes und Charité in Berlin, Landesbetrieb Krankenhäuser in Hamburg).

Der Vorteil einer solchen Fusion ist einleuchtend: Es gibt klare Strukturen, Stärken können gefördert, Doppelangebote ggf. reduziert werden,

die neue Einheit kann nach kaufmännischen Gesichtspunkten „windschnittig“ getrimmt werden.

Der große Nachteil besteht darin, dass durch eine solche Fusion kein neues Kapital zugeführt wird, das für eine Neuausrichtung dringend gebraucht wird. Fusionen lösen als formale Privatisierung nicht das Eigenkapitalproblem der Krankenhausgesellschaft.

4. Holdingmodell

Das Holdingmodell sieht vor, die kommunalen Krankenhäuser mehrerer Kommunen in einer Klinikholding als GmbH oder AG zu führen. Die Vor- und Nachteile sind ähnlich wie bei der Fusion. Auch hier gibt es keinen Cent frisches Geld. Verlustsituationen einzelner Krankenhäuser erschweren darüber hinaus den Ausgleich durch die Gesellschafter. Verluste führen auch zu Eigenkapitalverzehr.

5. Beschaffung von Eigenkapital

Viele Krankenhäuser wurden am Ende des 19. Jahrhunderts nach den Erkenntnissen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts gebaut (als Pavillons). Das neue DRG-System erfordert aber ganz andere Räumlichkeiten. Zur Erreichung kostenoptimierter Prozessabläufe sind erhebliche Investitionen notwendig. Hinzu kommt der Investitionsstau der Vergangenheit.

Diese Investitionen werden in absehbarer Zeit nicht nach dem KHG finanziert werden können. Die Beschaffung von Eigenkapital muss auf anderen Wegen erfolgen. Dabei sind folgende Varianten möglich:

a) Beteiligung von neuen Investoren = Verkauf von Anteilen

Viele Krankenhäuser haben in der letzten Zeit versucht, durch den Verkauf von Anteilen neue Investoren zu bekommen, die „frisches Geld“ einbringen. Dabei gibt es drei Möglichkeiten, in welchem Umfang man den potentiellen neuen Investor beteiligt, nämlich

- Minderheitsbeteiligung
- Mehrheitsbeteiligung
- Pari-Beteiligung.

Minderheitsbeteiligung

Steht eine Stadt vor der Entscheidung des Verkaufs kommunaler Krankenhäuser, entsteht in der Öffentlichkeit ein starker Druck auf die Stadt, selbst Mehrheitsgesellschafter zu bleiben. Ein Beispiel ist Hamburg, wo sich 2004 ca. 75 % der wählenden Bevölkerung dafür ausgesprochen haben sicherzustellen, dass die Freie und Hansestadt Hamburg Mehrheitseigentümer des Landesbetriebes Krankenhäuser bleibt.

Allerdings ist der derzeitige Markt ein reiner Käufermarkt. Die Investoren akzeptieren eine Minderheitsbeteiligung – wenn überhaupt – nur unter restriktiven Bedingungen, die nicht zu den wünschenswerten Folgen führen, nämlich zusätzlichem Kapital. Ein solcher Verkauf ist zurzeit allenfalls inklusive Managementvertrag möglich.

Mehrheitsbeteiligung

Einen besseren Kaufpreis kann man erzielen, wenn die Mehrheitsbeteiligung an einem Krankenhaus abgegeben wird. Gleichzeitig kann vertraglich die Investitionsverpflichtung aus Eigenmitteln vereinbart werden. Der Versuch, sich über die Satzung möglichst viel Einfluss auch als Minderheitsgesellschafter zu sichern, wird wieder einen negativen Einfluss auf den Kaufpreis haben.

Pari-Beteiligung

Bei der Pari-Beteiligung bleiben Verkäufer wie Käufer in der Minderheit, und für einen bestimmten Prozentsatz wird ein Treuhänder eingesetzt. Es gibt also keinen Mehrheitsgesellschafter, was den politischen Konsens einfacher machen kann. Allerdings muss dem Treuhänder eine Treuhandgebühr gezahlt werden und es besteht die Gefahr, dass sich beide Minderheitsgesellschafter gegenseitig blockieren. Insofern ist dieses Modell eher theoretischer Natur: Dies zeigen auch die Krankenhausverkäufe der jüngsten Vergangenheit:

Zwischen 2001 und Juli 2004 wurden 69 Krankenhausfinanzierungen durchgeführt (ohne Anteilsaufstockungen). Die Beteiligungsquoten der Investoren betragen:

- in 40 Fällen 100 %,
- in 13 Fällen zwischen 75 % und 99,9 %,

- in 11 Fällen zwischen 51 % und 74,9 %,
- in 3 Fällen 50 % und
- in 2 Fällen weniger als 49 %.

Diese Übersicht zeigt, dass ein Investor möglichst Einzeleigentümer werden, aber zumindest keine Sperrminorität des alten Eigentümers dulden möchte.

b) Ausgliederung von Funktionsbereichen

Häufig wird versucht, eine Optimierung der Funktionsbereiche durch eine rechtliche Ausgliederung der Funktionsbereiche zu erreichen. Das Ziel ist dabei häufig die Flucht aus dem öffentlichem Tarifvertrag. Die Ausgliederung einzelner Funktionsbereiche kann zu einer Effizienzsteigerung führen und aus diesem Grund sinnvoll sein. Eine solche Ausgliederung generiert aber kein zusätzliches Kapital, außer ggf. durch die Herannahme von Lieferanten, was aber eine Abhängigkeit von diesen Lieferanten schafft. Außerdem muss gesehen werden, dass bei einer Ausgliederung Umsatzsteuer anfällt, außer bei einer Sicherstellung der Organschaft.

Auch in den ausgegliederten Funktionsbereichen ergibt sich grundsätzlich die Möglichkeit der Eigenkapital-Akquisition. Faire Kaufpreise sind dann aber eher unwahrscheinlich.

c) Immobilienkonzept

Bei einem Immobilienkonzept werden die Immobilien an das Klinikum übertragen. Dann erfolgt eine Ausgliederung der Immobilien in eine Besitz- und Betriebsgesellschaft sowie der Verkauf an Spezialfonds bzw. am Markt. Nicht betriebsnotwendige Immobilien werden verkauft. Das Klinikum mietet die betriebsnotwendigen Immobilien an und bezahlt die Pacht aus den laufenden Erträgen der Spezialfonds. Der Vorteil liegt in der Hebung stiller Reserven und deren Kapitalisierung sowie der Konzentration auf das Kerngeschäft. Allerdings kann es ein hohes Pachtisiko durch indexierte Pachten geben, und es besteht ein erhebliches Streitpotential bei Nachinvestitionen.

d) *Genussscheinkapital*

Ohne Privatisierung bietet die Ausgabe von Genussscheinen die einzige Möglichkeit, schnell und flexibel an neues Eigenkapital zu kommen, um sich unabhängig vom KHG zu finanzieren. Eine solche Ausgabe von Genussscheinen ist zurzeit allerdings bisher theoretischer Natur; denn ein Investorenmarkt hat sich in Deutschland noch nicht etabliert. Der Vorteil liegt in der Kapitalzuführung ohne Stimmrechtsveränderung sowie in der hohen Flexibilität bei den Investitionen. Die Ausgabe von Genussscheinen erfordert ein Rating¹⁰ des jeweiligen Unternehmens, was mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist. Außerdem muss eine relativ hohe Verzinsung (7,5-9 %) garantiert werden, sonst besteht die Gefahr, dass die Genussscheine als Junk-Bonds angesehen werden.

e) *Fremdfinanzierungen*

Kredit- und Leasingfinanzierungen sind nur zum Teil geeignet zur Investitionsfinanzierung im Krankenhausbereich.

Kreditfinanzierung

Eine Finanzierung von Investitionen über mittel- und langfristige Darlehen wäre möglich, wobei allerdings die Besicherung unklar ist. Ein Krankenhaus ist eine Spezialimmobilie, bei der eine Nutzung zu anderen Zwecken nur mit großen zusätzlichen Investitionen möglich ist. Dies hat wieder Auswirkungen auf ihre Beleihungsfähigkeit.

Factoring

Eine Liquiditätsverbesserung ist auch durch den Verkauf von Forderungen aus Krankenhausleistungen möglich. Eine Reihe von Krankenkassen verlängert Zahlungsziele immer mehr, zurzeit liegt die Zahlungsfrist bei 90 Tagen. Allerdings ist ein Verkauf von solchen Forderungen wenig attraktiv, da hierbei ein hohes Beanstandungsrisiko (ca. 40 % Abschlag) besteht und die Besicherung unklar ist.

Mobilienleasing

Die Finanzierung von medizin-technischen Geräten ist auch über ein Geräteleasing möglich. Dies führt zu einer Liquiditätsentlastung und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsposition, erfordert aber optimal gesteuerte Gerätelaufzeiten.

¹⁰ Rating von deutschen privaten Kliniken: HELIOS = Standart & Poor's BB+/stable und Rhön Klinikum = Moody's Baa2/stable.

Bezüglich der Beschaffung von Eigenkapital ist als Fazit festzustellen, dass im gegenwärtigen dualen System Kapital für Investitionen nur als Vorfinanzierung, d.h. ergänzend und beschleunigend, eingesetzt werden kann. Dabei müssen Kapital- und Finanzierungskosten – ebenso wie die Tilgung aus dem Gewinn bzw. Cash Flow – finanziert werden. Das alles macht aber nur Sinn, wenn der Krankenhausbetrieb profitabel ist.

IV. Fazit

Daher lässt sich als Gesamtfazit feststellen:

Krankenhäuser, die sich *nicht* innerhalb der nächsten Zeit profitabel aufstellen können, werden in naher Zukunft keine Chance mehr haben.

Dienstleistungen im Gesundheits- und Krankenhaussektor und der Europäische Binnenmarkt

Die Kompetenzen der Europäischen Union in der Gesundheitspolitik sind nach wie vor stark begrenzt. Dennoch entfaltet der Europäische Binnenmarkt erhebliche Folgewirkungen für die nationalen Leistungserbringer im Gesundheitswesen. Der folgende Beitrag beschreibt vor diesem Hintergrund die Zuständigkeiten Brüssels im Gesundheitswesen sowie die daraus für das deutsche Gesundheitswesen und die nationale Gesundheitspolitik folgenden Konsequenzen.

I. Die „echte“ Gesundheitspolitik der Europäischen Union

Eine eigenständige, „echte“ Gesundheitspolitik der Europäischen Union gibt es erst seit relativ kurzer Zeit – eigentlich erst seit dem Vertrag von Maastricht von 1992, etwas ausgeweitet mit dem Vertrag von Amsterdam von 1998 – und nur in sehr begrenztem Umfang.¹ Entsprechend beschränkt fallen die Folgen dieser „echten“ europäischen Gesundheitspolitik für die nationalen Gesundheitssysteme und die Anbieter von medizinischen und gesundheitlichen Leistungen aus. Einschlägig für die Zuständigkeit und die Aktivitäten der Union ist bislang – solange die Europäische Verfassung durch Verabschiedung in den einzelnen Mitgliedstaaten noch nicht in Kraft getreten ist – Artikel 152 des Europäischen Vertragswerks. Dort wird zunächst die äußerst eingeschränkte Kompetenz Brüssels in diesem Politikfeld betont: Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung ist demnach die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung „in vollem Umfang“ zu wahren. Eine Harmonisierung der Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten, insbesondere in den zentralen Fragen der Organisation, Finanzierung und Leistungserbringung wird damit also ausdrücklich ausgeschlossen.

Gleichwohl werden der Union auch schon in Art. 152 gesundheitspolitische Zuständigkeiten zugewiesen – die meisten fallen dabei relativ vage aus und verweisen auf die begrenzte Kompetenz der EU. So soll die Union ein hohes Gesundheitsschutzniveau bei der Festlegung und

* Dr. Martin Schölkopf ist Leiter des Referats Finanzielle Grundsatzfragen der Sozialpolitik im Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Berlin.

¹ Vgl. als guten Überblick zum Stand der europäischen Gesundheitspolitik Stein (2003).

Durchführung aller Gemeinschaftspolitiken sicherstellen und auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung sowie die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von deren Ursachen zielen (wobei hier auch die Forschung angesprochen wird). Sie soll zudem die Gesundheitsinformation und -erziehung fördern. Weiter soll sie – und hier kann es je nach Grad der Konkretisierung der darauf beruhenden Maßnahmenvorschläge Brüssels Konflikte mit dem o.g. Harmonisierungsverbot geben – die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in der Gesundheitspolitik fördern und Initiativen zur Förderung der Koordination dieser Politiken der Mitgliedstaaten entfalten.

Konkret wird es in Art. 152 allerdings dann, wenn es um die grenzüberschreitende Sicherstellung des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung geht. Neben der Zuständigkeit für Maßnahmen im Veterinärwesen und im Pflanzenschutz – Ergebnis der BSE-Krise – kann die Union seither auch Maßnahmen zur Festlegung von Sicherheits- und Qualitätsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate entfalten. Hier hat die zuständige Generaldirektion in den letzten Jahren umfangreiche Aktivitäten ergriffen, die für die nationalen Leistungserbringer von erheblicher Bedeutung sind. So wurden insbesondere zwei EU-Richtlinien zur Sicherstellung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Blut und Blutprodukte sowie für Zellen und Gewebe auf den Weg gebracht, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen sind.

Zur Erreichung der weiter oben aufgeführten, eher vagen Ziele stehen der Union angesichts ihrer begrenzten Kompetenz demgegenüber nur Instrumente des europäischen „soft laws“ zur Verfügung. So hat die Kommission in den letzten Jahren beispielsweise Empfehlungen zur Antibiotikaresistenz und zur Bekämpfung des Tabakkonsums vorgelegt. Anders als Richtlinien sind Empfehlungen der Kommission allerdings nicht rechtlich bindend, ihre Umsetzung in den Mitgliedstaaten kann also auch nicht rechtlich durchgesetzt werden.

Regen Gebrauch hat die Kommission zudem von den in Art. 152 genannten „Fördermaßnahmen“ gemacht. In der zweiten Hälfte der 90er Jahre hat Brüssel zunächst insgesamt acht unterschiedliche Aktionsprogramme zur Krankheitsbekämpfung aufgelegt (u.a. zur Krebsbekämpfung, zur Suchtprävention, zur AIDS-Prävention und Verhütung von Verletzungen). Diese insgesamt vergleichsweise wirkungslosen Förderprogramme sind bis Ende 2002 ausgelaufen; sie wurden im Jahr 2003 von einem einzigen, integrierten Aktionsprogramm – dem sog. „Ak-

tionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der Öffentlichen Gesundheit“ – ersetzt.²

Das EU-Aktionsprogramm verfügt über eine Laufzeit von sechs Jahren und ein Budget von insgesamt 312 Mio. Euro. Es verfolgt drei Zielsetzungen:

- Erstens ist die Einrichtung eines gemeinschaftsweiten Gesundheitssysteminformationssystems im Sinne einer europäischen Gesundheitsberichterstattung beabsichtigt. Auf diese Weise sollen Informationen und Vergleiche über Leistungen, Qualität und Kosten der Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten ermöglicht werden. Ziel der Kommission war ursprünglich auch das Benchmarking im Sinne der Identifikation von Best Practices; darauf wurde jedoch aufgrund von Vorbehalten vieler Mitgliedstaaten – die hier „Harmonisierungsbestrebungen“ witterten – im Verlauf des Entscheidungsprozesses verzichtet. Zurzeit entwickelt die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und dem Statistischen Amt der EU Indikatoren, die solche Vergleiche in verschiedenen Bereichen ermöglichen.
- Zweitens zielt das Programm auf die Verbesserung der Fähigkeit zur schnellen und koordinierten Reaktion auf Gesundheitsgefahren (z.B. neue übertragbare Krankheiten). Um das zu erreichen, wird ein europaweites Frühwarnsystem eingerichtet, das von einem – 2003 beschlossenen und mittlerweile in Stockholm gegründeten – Europäischen Zentrum zur Prävention und Bekämpfung von Seuchen koordiniert wird.³
- Und drittens will das Programm u.a. durch „Ermittlung der wirksamsten Maßnahmen“ Verbesserungen im Bereich der Gesundheitsförderung, Prävention und Verhütung von Krankheiten erreichen.

Parallel zur Verabschiedung des EU-Aktionsprogramms im Bereich der Öffentlichen Gesundheit hat die EU-Kommission zudem das sog. „Europäische Gesundheitsforum“ gegründet. Damit wurde ein „Runder Tisch“ der in der europäischen Gesundheitspolitik aktiven Verbände eingerichtet, der der Abstimmung und Information über aktuelle Vorhaben und Maßnahmen in diesem Politikfeld dient. Auch die europäischen Verbände der Leistungserbringer – z.B. der Ständige Ausschuss der Krankenhäuser in der EU – sind dort vertreten und können so ihre Interessen einbringen. Die Kommission wiederum hat auf diese Weise die Einflussmöglichkeiten der organisierten Interessen zentralisiert und „europäi-

² Nähere Informationen dazu auf der Internet-Präsenz der Generaldirektion Gesundheit unter http://europa.eu.int/comm/health/ph_programme/programme_de.htm

³ Vgl. dazu die unlängst neu eingerichtete Internet-Präsenz des Zentrums (<http://www.ecdc.eu.int>).

siert“; denn für rein nationale Verbände des Gesundheitswesens ist an diesem „Runden Tisch der europäischen Gesundheitspolitik“ kein Platz vorgesehen.

Trotz der in den letzten Jahren unzweifelhaft erfolgten Stärkung originär gesundheitspolitischer Kompetenzen kann von einer eigenständigen Gesundheitspolitik der Europäischen Union bisher kaum die Rede sein: Die wenigen Richtlinien sowie die in den einzelnen Mitgliedstaaten kaum praktische Wirkung zeitigenden Empfehlungen und Aktionsprogramme der Union konnten bislang nur wenig dazu beitragen, „die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern und zu unterstützen“ – wie dies in Art. 152 EGV ausdrücklich gefordert wird. Gleichwohl hat Brüssel in verschiedenen Bereichen Aktivitäten entwickelt, mit denen erhebliche Folgen für die nationalen Gesundheitssysteme verbunden sind. Diese Aktivitäten entstammen jedoch, wie im folgenden zu zeigen sein wird, nicht der eigentlichen Gesundheitspolitik.

II. Die „Offene Methode der Koordinierung“ der EU im Gesundheitswesen

Die „Offene Methode der Koordinierung (OMK)“ zielt als „weiches“, bislang nicht kodifiziertes Politikinstrument auf die Beeinflussung jener Politikfelder, die von der europäischen Harmonisierung ausgenommen sind. Hervorgegangen ist die OMK aus den Schlussfolgerungen des Gipfeltreffens von Lissabon im März 2000. Dort war u.a. hervorgehoben worden, dass die Sozialschutzsysteme der Mitgliedstaaten der Reform bedürften, um auch weiterhin medizinische Leistungen von hoher Qualität erbringen zu können. Neben der Sozialhilfe und der Alterssicherung sollten daher auch die Gesundheitssysteme einem von Brüssel koordinierten Prozess des systematischen Vergleichs im Sinne eines Benchmarking auf Basis gemeinsamer Ziele und Leitlinien unterworfen werden. Auf dieser Basis wären dann Empfehlungen im Sinne von Best Practices, also an die jeweiligen Mitgliedstaaten gerichtete Verbesserungs- und Veränderungsvorschläge, möglich. Damit erhalte die Europäische Union auch – allerdings vergleichsweise „weiche“, weil nicht sanktionierbare – Kompetenzen im Bereich der Organisation und Finanzierung der nationalen Gesundheitssysteme.

Der Gipfel der europäischen Staats- und Regierungschefs von Göteborg erteilte der EU-Kommission im Juni 2001 den Auftrag, für den Europäischen Rat in Barcelona im Frühjahr 2002 einen ersten Bericht über entsprechende Leitlinien im Bereich des Gesundheitswesens und der

Altenpflege zu erstellen. Die Kommission hat dieser Aufforderung mit einer Mitteilung vom 5. Dezember 2001 entsprochen.⁴ Sie kam darin zum Ergebnis, dass die nationalen Gesundheitssysteme trotz ihrer großen Unterschiede mit ähnlichen Herausforderungen – insbesondere dem demographischen Wandel und dem medizinisch-technischen Fortschritt – konfrontiert seien. Angesichts dieser gemeinsamen Herausforderungen sollten die nationalen Gesundheits- und Pflegesysteme für die Verwirklichung von drei zentralen Zielen Sorge tragen:

- Sicherung des allgemeinen Zugangs zu einer hochwertigen Gesundheitsversorgung unter besonderer Berücksichtigung der Situation pflegebedürftiger älterer Menschen.
- Erhöhung von Transparenz und Qualität der Gesundheitssysteme, insbesondere durch Evaluierung von medizinischen Verfahren und Erzeugnissen sowie der Versorgungsstrukturen des Gesundheitswesens.
- Sicherung der langfristigen Finanzierbarkeit durch Fortsetzung der auf Kostendämpfung abzielenden Reformen.

Ausgehend von dieser ersten Mitteilung hat die Kommission in den letzten Jahren rege Aktivitäten entfaltet, um die Offene Methode der Koordination im Gesundheitswesen voranzutreiben. So folgte zur Jahreswende 2002/2003 ein Bericht der Kommission, der beschreibt, inwiefern die verschiedenen Gesundheitssysteme den drei o.g. Zielen bislang Rechnung tragen.⁵ Der Bericht kommt z.B. zum Ergebnis, dass der umfassende Zugang zur Gesundheitsversorgung EU-weit in der Regel für nahezu die gesamte Bevölkerung sichergestellt sei. Gleichzeitig seien jedoch vor allem in den letzten Jahren die Kriterien der Inanspruchnahme häufig verschärft und die Zuzahlungen erhöht worden. Damit sei die Gefahr verbunden, Menschen mit geringem Einkommen von der Inanspruchnahme notwendiger Gesundheitsleistungen auszuschließen. Es sei deshalb notwendig, neue Behandlungsmethoden und -technologien einer Bewertung zu unterziehen, Wartelisten für planbare Krankenhausbehandlungen abzubauen, die Gesundheitssysteme stärker an den Bedürfnissen älterer und chronisch Kranker auszurichten, die Prävention zu intensivieren und die Verfügbarkeit von qualifizierten Fachkräften auch zukünftig zu sichern.

Auch beim zweiten Ziel, der Sicherstellung der Qualität der Versorgung, sieht der Bericht der Kommission Nachholbedarf, der allerdings in den verschiedenen Mitgliedstaaten und Versorgungssektoren unterschiedlich

⁴ Vgl. dazu KOM(2001) 723 endgültig vom 05.12.2001.

⁵ Vgl. dazu KOM(2002) 774 endgültig vom 03.01.2003.

stark ausgeprägt ist. Eher beschreibend bleibt der Bericht, wenn es um das Ziel der langfristigen Finanzierbarkeit geht. Hier lautet ein Fazit, dass die Ausgaben für die Gesundheit in den letzten Jahren aufgrund demographischer Entwicklung und medizinisch-technischen Fortschritts fast überall gestiegen seien. Während dieser Anstieg in einigen Ländern allerdings das Ergebnis unzureichender Kostensenkungsmaßnahmen gewesen sei, hätten andere Länder die Ausgaben gezielt erhöht, um Lücken in der Gesundheitsversorgung zu schließen.

Auch in den Folgejahren hat die Kommission ihr Ziel, die OMK im Gesundheitswesen voranzutreiben, trotz der Widerstände einiger Mitgliedstaaten weiterverfolgt.⁶ So hat sie in einem Vorschlag zur Straffung und Vereinfachung der gesamten Offenen Methode der Koordinierung aus dem Jahr 2003 auch ihre Position zur Frage der Koordinierung der Gesundheitspolitik dargelegt: Gesundheitssysteme und Gesundheitspolitiken der Mitgliedstaaten seien immer stärker miteinander verflochten, und zahlreichen gesundheitspolitischen Fragen komme eindeutig eine europäische Dimension zu. Die politische Koordinierung in diesem Bereich müsse deshalb verstärkt werden. Dieser Absicht trägt auch die Europäische Verfassung Rechnung: Sie fordert, dass die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in der Gesundheitspolitik intensiviert werden soll. Die Kommission soll hier künftig insbesondere im Wege von Initiativen tätig werden, „die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“.⁷ Nach der endgültigen Verabschiedung in den einzelnen Mitgliedstaaten hätte damit die „Offene Methode der Koordinierung“ im Gesundheitswesen ihren Platz im europäischen Recht gefunden.

Zurzeit befindet sich die OMK im Gesundheitswesen und der Langzeitpflege in der Phase der Konkretisierung: Kommission und Mitgliedstaaten befassen sich mit der Identifikation und Messung von Indikatoren, die zur Beschreibung der drei o.g. Ziele geeignet scheinen. Dieser Prozess soll im Laufe des Jahres 2005 abgeschlossen werden. Von der Entscheidung über die zu betrachtenden Indikatoren, ihren Ergebnissen sowie von deren politischer Bewertung auf europäischer und nationaler Ebene wird abhängen, in welchem Umfang die Offene Methode der Koordinierung das deutsche Gesundheitswesen beeinflussen wird.

⁶ Vgl. zum weiteren Verlauf die Informationen auf der Internet-Präsenz der Generaldirektion Beschäftigung unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_protection/health_de.htm

⁷ So Art III-278 der Europäischen Verfassung, im Internet zu finden auf Seite 129 des entsprechenden Dokuments: http://europa.eu.int/constitution/download/part_III_de.pdf

III. Die Freiheiten des Binnenmarkts und die Dienstleistungen im Gesundheitswesen

Die originäre Gesundheitspolitik der EU und die Offene Methode der Koordinierung bleiben nicht ohne Einfluss auf das deutsche Gesundheitswesen. Direktere und oft auch heftigere Wirkungen auf die nationale Gesundheitspolitik entfalten jedoch die aus den vier Grundfreiheiten des Binnenmarkts – freier Personenverkehr, freier Warenverkehr, freier Dienstleistungsverkehr und freier Kapitalverkehr – abzuleitenden europäischen Rechtsetzungen und -auslegungen. Dies soll im folgenden anhand einiger zentraler Beispiele verdeutlicht werden.

1. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Gesundheitsleistungen

Diverse Instrumente sorgen auf europäischer Ebene dafür, dass Arbeitnehmer im europäischen Binnenmarkt mobil sein können. So stellt die Verordnung 1408/71 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁸ sicher, dass Wanderarbeitnehmer ihre einmal erworbenen Ansprüche auf Sozialleistungen nicht verlieren, wenn sie das Land der Beschäftigung wechseln. Im Krankheitsfall sichert sie die Gewährung medizinischer Leistungen im Ausland (bei kurzfristigem Arbeitsaufenthalt bzw. Urlaub). Dabei gilt das Prinzip der sog. Sachleistungsanhilfe nach dem Territorialitätsprinzip: Entsprechende Leistungen werden nach den Vorgaben des Landes gewährt, in dem sich der Urlauber oder Arbeitnehmer befindet. Die Leistungen werden als Sachleistungen erbracht und dann mit der Krankenkasse der erkrankten Person abgerechnet. In den letzten Jahren ist dieses Verfahren unter Druck geraten; die Verordnung wird daher zurzeit reformiert. Unter anderem wird dabei auf eine Verbesserung des grenzüberschreitenden Zugangs zur Gesundheitsversorgung für ehemalige Grenzgänger gezielt. Außerdem plant die EU-Kommission die Einführung einer EU-weiten Krankenversicherungskarte, die das als bürokratisch empfundene Formular E 111 ablösen soll.⁹ Deutlich wird bereits hier: Zug um Zug wird die – bislang nur sehr eingeschränkt mögliche – grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen vereinfacht.

Die grenzüberschreitende Mobilität der Gesundheitsberufe wird ergänzend durch die Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung beruf-

⁸ Näheres unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_security_schemes/index_de.htm im Internet.

⁹ Mehr Informationen zum Stand der Einführung der europäischen Krankenversicherungskarte unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/healthcard/index_de.htm im Internet.

licher Befähigungsnachweise¹⁰ gefördert. Sie gelten für Ärzte, Apotheker, Krankenpflegekräfte, Physiotherapeuten und Masseur und erfassen auch Qualifikationen aus Drittstaaten, wenn diese in einem EU-Mitgliedstaat zugelassen sind. Ihre Relevanz für die nationalen Gesundheitssysteme wird deutlich, wenn es um die Frage der Zulassung von Gesundheitsberufen hierzulande geht, die aus einem anderen Mitgliedstaat der EU stammen. So hat die Kommission z.B. gegen Deutschland ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) angestrengt, weil hier die Anerkennung der allgemeinärztlichen Qualifikation bei ausländischen Antragstellern bislang zu restriktiv ausfiel. Frankreich wiederum stand beim EuGH am Pranger, weil seine Rechtsvorschriften bezüglich der Regelung des Zugangs zum Beruf des Krankenhausdirektors ausländische Bewerber diskriminierten.

2. Europäisches Arbeitszeitrecht und Krankenhäuser

Erhebliche Folgewirkungen für das deutsche Gesundheitswesen hat das europäische Arbeitszeitrecht. So beinhaltet die EU-Arbeitszeitrichtlinie¹¹ u.a. Vorgaben für die maximale Arbeitszeit, die Nachtarbeit, einzuhalten Pausen und Urlaub. Mehrere Urteile des EuGH, aber auch nationaler Gerichte haben in den letzten Jahren verdeutlicht, dass das deutsche Arbeitszeitrecht und hier insbesondere die in Krankenhäusern geltende spezifische Regelung der Arbeitszeit des ärztlichen Bereitschaftsdienstes (Einordnung der Bereitschaftsdienste als Ruhezeit) im Konflikt zur europäischen Richtlinie steht. Am Ende hat dies zu einer Reform des deutschen Arbeitszeitrechts geführt, mit der nach ihrer Umsetzung deutliche Mehrkosten für die Krankenhäuser und in der Folge auch für die Krankenkassen verbunden sind. Allerdings hat die EU-Kommission in Reaktion darauf mittlerweile eine Revision der EU-Arbeitszeitrichtlinie auf den Weg gebracht, die in Deutschland wohl die alte Regelung der Bereitschaftsdienste wieder möglich machen würde.

3. Die Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitswesen

Bis vor kurzer Zeit war die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen bei Anspruch auf Kostenerstattung durch die Krankenkassen nur nach vorheriger Genehmigung möglich.¹² Gegen

¹⁰ Das entsprechende Recht wird zur Zeit überarbeitet. Vgl. dazu den Vorschlag der Kommission KOM(2002) 119 endgültig vom 07.03.2002.

¹¹ Nähere Informationen dazu unter <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/cha/c10405.htm>

¹² Vgl. als Überblick hierzu z.B. Eichenhofer (2003).

diese Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im EU-Binnenmarkt haben in den letzten Jahren mehrfach Betroffene geklagt, die sich in einem anderen als ihrem Heimatland medizinisch versorgen ließen und – da die Inanspruchnahme ohne vorherige Genehmigung erfolgte – die Kosten selbst übernehmen sollten. Alle entsprechenden Fälle landeten letztlich vor dem Europäischen Gerichtshof; Ausgangspunkt waren die mittlerweile berühmt gewordenen Fälle von Kohll und Decker.¹³ Dort ging es u.a. um den Kauf einer Brille im Ausland und die Frage der Erfordernis einer vorherigen Genehmigung vor der Kostenerstattung durch die Krankenkasse des luxemburgischen Käufers. Hier entschied der EuGH, dass eine solche Erfordernis eine unzulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle und somit nicht mit europäischem Recht vereinbar sei.

Deutschland hatte sich den Rechtsfolgen dieser Entscheidung zunächst nicht gestellt und dies mit dem Argument gerechtfertigt, dass die EuGH-Rechtsprechung nur für Systeme mit Kostenerstattung gelte; außerdem schienen medizinische Dienstleistungen davon zunächst ebenfalls nicht betroffen. In einer ganzen Serie von Entscheidungen zu unterschiedlichen Fällen hat der EuGH aber mittlerweile klargestellt, dass die Binnenmarktfreiheiten auch für Gesundheitssysteme gelten, die durch das Sachleistungsprinzip geprägt sind. Außerdem hat er entschieden, dass die Binnenmarktfreiheiten auch für die Inanspruchnahme einer ambulanten Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt greifen.¹⁴ Mit anderen Worten: Auch der Gang zu einem niedergelassenen Arzt in Österreich oder den Niederlanden ist für einen deutschen GKV-Versicherten nun ohne vorherige Genehmigung möglich; seine Krankenkasse muss die Kosten erstatten (allerdings nur nach deutschen Kostensätzen). In Folge dieser EuGH-Urteile hat der deutsche Gesetzgeber die entsprechenden Passagen im SGB V im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes so modifiziert, dass sie mit europäischem Recht übereinstimmen.

Eine Ausnahme gilt allerdings für die stationäre Behandlung. Hier ist eine Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten durch die Voraussetzung der vorherigen Genehmigung deshalb erlaubt, weil der EuGH ansonsten die finanzielle Stabilität der nationalen Gesundheitssysteme als gefährdet ansieht. Dort darf deshalb die Praxis der vorherigen Genehmigung grundsätzlich aufrechterhalten werden. Allerdings hat der EuGH auch

¹³ Vgl. Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 28.04.1998 in der Rechtssache C-158/96 (Kohll) sowie in der Rechtssache C-120/95 (Decker).

¹⁴ Vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13.05.2003 in der Rechtssache C-385/99 (Müller-Fauré/van Riet).

hier die Einschränkung der Binnenmarktfreiheiten abgeschwächt: Wird dem Patienten die stationäre Behandlung im Ausland unter Hinweis auf ein in seinem eigenen Land zur Verfügung stehendes, aber internationalem Standard nicht genügendes Behandlungsverfahren verweigert, kann er sich auch ohne Genehmigung im Ausland behandeln und erhält die Kosten dann erstattet. Gleiches gilt dann, wenn die vorherige Genehmigung mit dem Argument versagt wird, die Behandlung stehe im Inland grundsätzlich zur Verfügung, aber der Patient muss darauf unangemessen lang warten.¹⁵ Angesichts der Tatsache, dass viele EU-Mitgliedstaaten gerade in der stationären Versorgung lange Wartelisten aufweisen, ist zumindest mittelfristig auch hier mit einer Zunahme der Inanspruchnahme grenzüberschreitender Behandlungen zu rechnen. Entsprechende Initiativen – z.B. der Abschluss von Verträgen zwischen ausländischen Krankenkassen und deutschen Krankenhäusern – sind aus Großbritannien und den Niederlanden bereits bekannt geworden.

4. Wettbewerbsrecht, Beihilfeproblematik und deutsche Krankenhäuser

Insbesondere für das deutsche System der stationären Akutversorgung zentral ist die Anwendung des europäischen Wettbewerbs- und Beihilferechts.¹⁶ So leitet sich aus dem Wettbewerbsrecht (und den Binnenmarktfreiheiten) das Verbot der Preisdiskriminierung ab, das eindeutig grundsätzlich auch für den Fall der Krankenhausbehandlung gilt. So ist spätestens seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Ferlini¹⁷ klar, dass Bürgern aus anderen EU-Mitgliedstaaten kein höheres Entgelt für eine medizinische Behandlung als einheimischen Bürgern abverlangt werden darf.

Noch relevanter für die deutschen Krankenhäuser sind allerdings die Vorgaben des europäischen Beihilferechts, denn sie tangieren das in Deutschland geltende System der Planung und Investitionskostenfinanzierung im stationären Sektor. Entsprechendes gilt für das gerade im kommunalen Bereich übliche Verfahren der Defizitdeckung. Einschlägig sind hier die Art. 87 ff. des EG-Vertrags. Demnach ist eine Zuwendung dann eine unerlaubte Beihilfe, wenn sie eine Begünstigung darstellt, aus staatlichen Mitteln erfolgt, bestimmten Unternehmen oder Wirtschaftszweigen zugute kommt, diesen einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft,

¹⁵ Vgl. die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 12.07.2001 in den Rechtssachen C-157/99 (Smits/Peerbooms) und C-368/98 (Vanbraekel).

¹⁶ Vgl. zu diesem Thema u.a. Koenig/Engelmann (2003) sowie Mossialos/McKee (2002).

¹⁷ Vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 in der Rechtssache C-411/98 (Ferlini).

dabei den Wettbewerb verfälscht und geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Zahlungen der öffentlichen Hand sind dann als Beihilfe zu qualifizieren, wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind.

Auch staatliche Zuschüsse für Krankenhäuser könnten daher unter den Beihilfebegriff fallen. Denn: Europäisches Recht stellt hier auf einen funktionalen Unternehmensbegriff ab; es zählt also die Ausübung einer wirtschaftlichen Aktivität, und dazu zählt grundsätzlich auch die Behandlung Erkrankter. Erfasst ist zudem auch der wirtschaftliche Vorteil, der sich nicht aus einer direkten Subvention, sondern aus der Verpflichtung zur Defizitdeckung ergibt. Entscheidend ist dann der selektive Charakter des wirtschaftlichen Vorteils. Dieser liegt jedoch auch dann vor, wenn es sich um eine gezielte Förderung von nicht gewinnorientierten Unternehmen bei Ausschluss anderer Unternehmen handelt. Folgt man dem Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, dann gilt dies auch für den Fall, dass eine finanzielle Förderung von der Aufnahme in einen Bedarfsplan abhängig gemacht wird. Das Gericht empfand hier die Nichtaufnahme eines französischen Anbieters als Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 EGV. Würde sich diese Interpretation durchsetzen, wäre freilich das – an anderer Stelle vom EuGH ausdrücklich bestätigte¹⁸ – System der Planung von Krankenhauskapazitäten gefährdet.

Allerdings gilt auch: Nicht alle öffentlichen Zuwendungen sind als Beihilfen zu qualifizieren, und manche Beihilfen sind als unschädlich anzusehen. Denn öffentliche Zuwendungen können auch einen angemessenen Ausgleich für einen öffentlichen Versorgungsauftrag darstellen; in diesem Fall beeinträchtigen sie den Wettbewerb nicht. Zudem gilt das Beihilfeverbot nicht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind bzw. falls die Erfüllung der übertragenen Aufgabe ohne Beihilfe gefährdet wäre.

Der EuGH hat mittlerweile in einem Urteil – dem sog. Fall Altmark-Trans¹⁹ – klar gestellt, wann Zuwendungen für die Erbringung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine wettbewerbswidrige Beihilfe, sondern einen mit europäischem Recht vereinbaren finanziellen Ausgleich darstellen. Demnach ist eine staatliche Maßnahme dann keine Beihilfe, soweit sie ein Ausgleich für Leistungen ist, die vom begünstigten

¹⁸ Der Europäische Gerichtshof hat die Notwendigkeit der Planung von Krankenhauskapazitäten und die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für diese Planung in seinen Urteilen zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen ausdrücklich bestätigt (Quellen dazu in Fußnote 13).

¹⁹ Vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.07.2003 in der Rechtssache C-280/00 (Altmark-Trans).

Unternehmen zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erbracht werden. Er hat dazu allerdings mehrere Voraussetzungen genannt, die kumulativ erfüllt sein müssen. Insbesondere zwei dieser Voraussetzungen sind aus Sicht deutscher Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft zentral: Zum einen muss eine Zahlung auf Basis vorher erstellter, objektiver und transparenter Parameter erfolgen; sie darf kein nachträglich festgestellter Verlustausgleich sein. Außerdem darf sie nicht mehr als den tatsächlich für die Dienstleistung erforderlichen Aufwand ausmachen.

Durch den EuGH sind damit erste Klarstellungen darüber erfolgt, unter welchen Voraussetzungen eine öffentliche Zuwendung als wettbewerbswidrige Beihilfe einzustufen und deshalb ggf. zurückzuzahlen ist. Inwieweit dies alles für den Krankenhaussektor gilt und ob davon sowohl die Übernahme von Betriebskostendefiziten als auch die Zahlung von Investitionskostenzuschüssen betroffen sind, ist zur Zeit noch ungeklärt. Informell hat die Kommission bereits im Jahr 2003 die klare Auffassung vertreten, dass insbesondere im ersten Fall die Vorgaben des EuGH auch für Krankenhäuser gelten. Das hätte zur Folge, dass die Kommunen zukünftig die Bezuschussung ihrer Krankenhäuser viel klarer und rechtssicherer als bisher ausgestalten müssten, um keine Klagen von – in der Regel wohl privatgewerblichen – Konkurrenzkrankenhäusern zu riskieren.

Zu einer Klärung dieser Frage wird es wohl spätestens dann kommen, wenn der EuGH über eine entsprechende, bereits im letzten Jahr von der Krankenhauskette Asklepios eingereichte Klage entscheidet.²⁰ Diese beschwert sich explizit über die Übernahme von Betriebskostendefiziten bei einem kommunalen Krankenhaus, das dadurch im Wettbewerb mit einem Krankenhaus von Asklepios ungerechtfertigt begünstigt werde. Unter Umständen erübrigt sich die Klage allerdings durch die jüngsten Aktivitäten der EU-Kommission, die im Rahmen des sog. „Monti-Pakets“ über eine Anwendung von Art. 86 EGV auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entscheiden will.²¹ Dort soll klargestellt werden, wann Ausgleichszahlungen mit Art. 86 Abs. 2 EGV vereinbar sind und nicht im voraus notifiziert werden müssen. Als Voraussetzung der Vereinbarkeit benennt die EU-Kommission dabei ausdrücklich, dass die Ausgleichszahlung Krankenhäusern zugute kommt. Auch der nach-

²⁰ Vgl. DKG-Brüssel-Info vom Juni 2004, Seite 17 (zu finden auf <http://www.dkgev.de/pdf/446.pdf>). Der Französische Verband der Privatkrankenhäuser hat eine gleichgerichtete Klage eingereicht (ebenda).

²¹ Vgl. dazu als Überblick Schulz-Weidner (2004) sowie die auf der Internet-Präsenz der Generaldirektion Wettbewerb (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others) zu findenden Dokumente.

trägliche Verlustausgleich soll zudem weiter möglich sein. In diesem Fall könnte die geltende Praxis der Bezuschussung kommunaler Krankenhäuser wohl weiter aufrecht erhalten werden.

IV. Fazit

Bislang hat sich die „echte“ Gesundheitspolitik der Europäischen Union auf wenige Einzelmaßnahmen beschränkt, die kaum Konsequenzen für die Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten hatten. Dass das so bleiben wird, ist unwahrscheinlich. Bereits jetzt sorgen die Folgen der verschiedenen Binnenmarktfreiheiten immer wieder für Anpassungsbedarf in der nationalen Gesundheitspolitik. Viel spricht daher dafür, dass der europaweite Binnenmarkt langfristig zu einer stärkeren Harmonisierung der unterschiedlichen Systeme und zu mehr Kompetenzen Brüssels in diesem Sektor führen wird. Die Offene Methode der Koordination ist ein erster Schritt auf diesem Weg.

Literatur:

- Eichenhofer, E.** (2003): Rechtliche Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, in: Klusen, N. (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und Wettbewerb – Zukunftsszenarien für die GKV, Baden-Baden, S. 145-160.
- Greß, S. / Axer, P. / Wasem, J.** (2003): Europäisierung des Gesundheitswesens. Perspektiven für Deutschland, Gütersloh.
- Koenig, C. / Engelmann, C.** (2003): Gestaltungsvorgaben des Europäischen Wettbewerbsrechts für die Regulierungsinstrumente und den Wettbewerb in der GKV, in: Klusen, N. (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und Wettbewerb – Zukunftsszenarien für die GKV, Baden-Baden, S. 107-123.
- Mossialos, E. / McKee, M.** (2002): EU Law and the Social Character of Health Care, Brüssel u.a.
- Schulz-Weidner, W.** (2004): Das europäische Beihilferecht und sein Einfluss auf die Sozialversicherung, in: Deutsche Rentenversicherung, Bd. 59 (2004), Nr. 10, S. 592-613.
- Stein, H.** (2003): Instrumente der europäischen Gesundheitspolitik – Offene Koordination, Empfehlungen, Programme, in: Klusen, N. (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und Wettbewerb – Zukunftsszenarien für die GKV, Baden-Baden, S. 13-27.

Krankenhausdienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

I. Einführung

1. Freie Wohlfahrtspflege zwischen den Polen Eigenerstellung und Wettbewerb

„Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb“ heißt der Titel dieses Symposiums. Auf den ersten Blick könnte man hinter diesem Titel eine einfache Alternative vermuten. Eigenerstellung *oder* Wettbewerb. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass Eigenerstellung und Wettbewerb die Pole sind, *zwischen* denen Kommunen ihre durchaus unterschiedlichen Wege bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gehen. Ziemlich genau zwischen diesen beiden Polen liegt der Bereich, für den ich verantwortlich bin: die Arbeit der Diakonie als einem der großen Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege. Die Freie Wohlfahrtspflege arbeitet mit den Kommunen auf den verschiedenen Ebenen intensiv zusammen. Im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge engagieren wir uns seit über 100 Jahren partnerschaftlich mit den Kommunen bei der Gestaltung und der Reform des Sozialstaats. Ich plädiere dafür, diese Zusammenarbeit unter Einbeziehung der neuen Konzepte des New Public Management weiterzuentwickeln.

In diesem Beitrag will ich exemplarisch das Verhältnis von Kommune und Krankenhaus behandeln, nicht nur weil hier die Dynamik der Privatisierung gegenwärtig sehr groß ist, sondern weil es in diesem Bereich eben nicht nur die Alternativen „öffentlich“ oder „privat“ gibt, sondern mindestens drei Wege der Erbringung dieser lebenswichtigen Dienstleistungen.

2. Privatisierung und die Bedeutung der Träger- und Rechtsform

Zur Privatisierung von Krankenhäusern sei an dieser Stelle in Erinnerung gerufen, was in den letzten zwei bis drei Jahren in der Presse zu lesen war:

* Pfarrer Dr. h.c. Jürgen Gohde ist Präsident des Diakonischen Werkes der Ev. Kirche in Deutschland, Berlin.

- Die Defizite, Schulden und Investitionsbedarfe kommunaler Krankenhäuser bringen die Frage der Krankenhausprivatisierung auf die Tagesordnung nahezu jeder Kommune.
- Prognosen großer Unternehmensberatungen gehen davon aus, dass aus betriebswirtschaftlichen Gründen die meisten Kommunen ihre Krankenhäuser abgeben werden.
- Die derzeitigen Krankenhauskapazitäten entsprechen – unter DRG¹ – und Wettbewerbsbedingungen – nicht der Nachfrage.
- Langfristig wird ein Krankenhaus nur mit stark verändertem Gesicht eine Rolle auf dem sich entwickelnden Gesundheitsmarkt spielen. (Als Stichworte sind vor allem zu nennen: sektorenübergreifende Versorgung, Demographie, medizinisch-technischer Fortschritt.)

Diese Gesichtspunkte machen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – verständlich, warum Kommunen ihre Krankenhäuser privatisieren und warum private Investoren kommunale Häuser übernehmen wollen.

Werden Krankenhäuser aus der Hand der Kommunen einem privat-kommerziellen oder freigemeinnützigen Träger überantwortet, so geht diese Entscheidung in aller Regel nicht aus einer bewussten Entscheidung der Kommunen für eine intendierte qualitativ bessere Kunden- und Bürgerorientierung hervor. Die Privatisierungen im Gesundheitswesen erfolgen eher aus Gründen zunehmender Finanzschwäche der Kommunen. Das duale Finanzierungssystem mit der Verpflichtung, neben den Krankenversicherungen regelmäßige finanzielle Anteile, wie Investitionszuschüsse, zu leisten ist das eine; zusätzlich zu Buche schlägt die Einstandspflicht der örtlichen Gebietskörperschaften im Falle von Zahlungsschwierigkeiten und Insolvenz der medizinischen Einrichtung. Der reduzierte Entscheidungsspielraum für die Kommunen angesichts ihrer finanziellen Lage liegt auf der Hand.

Allerdings bedeutet der Verkauf eines Klinikums den Verlust jeglichen Einflusses der Kommune auf die Ausgestaltung des Versorgungsauftrags, in medizinischer und personalpolitischer Hinsicht.

Wir kennen drei klassische Optionen: öffentliche, private und freigemeinnützige Krankenhäuser. Die Art und Weise der konkreten Erbringung einer Dienstleistung hängt zwar mit der Träger- und Rechtsform zusammen und mit den daraus resultierenden Möglichkeiten unternehmerischen Handelns. Flexibles und patientenorientiertes Handeln ist gleich-

¹ DRG = Diagnosis Related Groups.

wohl nicht automatisch mit einem bestimmten rechtlichen Rahmen verbunden: Trägerschaft und Betreiberform geben nicht den Ausschlag, sondern die Effizienz des Managements in der einzelnen Einrichtung.

3. Das Krankenhaus als Aufgabe vor Ort

Es sei daran erinnert, dass die stationäre Krankenversorgung eine Aufgabe von eminenter kommunaler Bedeutung ist und bleibt. Wenn man die Einzugsgebiete von Krankenhäusern untersucht, stellt sich heraus, dass der größte Teil der Patienten aus der Umgebung kommt. Deshalb plädiere ich dafür, das bewährte System der dezentralen Krankenhausversorgung beizubehalten.

Die deutsche Tradition der lokalen Leistungserbringung verdient eine Fortsetzung auch in einer durch den europäischen Binnenmarkt bestimmten Zukunft. Zum einen sind Subsidiarität im Föderalismus prinzipiell geboten. Dezentrale Entscheidungen über konkrete Gesundheitsdienste können grundsätzlich den Belangen der Bürger besser Rechnung tragen als zentralisierte; sie ermöglichen ein effizientes raumbezogenes Angebot an Gesundheitsleistungen. Freigemeinnützige Anbieter sind durch ihre lokale Verwurzelung in das gemeindliche Umfeld noch über die günstigen Effekte eines dezentralen Angebots hinaus von besonderem Interesse: Die Beteiligung der Bürger an den Entscheidungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Leistung wird in diesen Strukturen besonders gefördert. Dies kann die Bürgerverantwortung stärken und somit einer demokratischen Entwicklung förderlich sein. Förderung von zivilgesellschaftlichem Engagement wirkt sich als Ergänzung professioneller Arbeit bereichernd für Patient und Team aus. Privat-gewerbliche Übernahmen von stationärer Krankenversorgung können hingegen Großunternehmen begünstigen, bezüglich derer die Gefahr besteht, dass sie von einer ortsfernen Konzernzentrale aus das Geschehen bestimmen. Dieser Umstand erschwert es den Gemeinden, auf Dauer die Belange der Patienten im lokalen und regionalen Einzugsbereich nachhaltig zu wahren.

Fragt man nach den Gründen, warum eine wohnortnahe Versorgung derzeit häufig zu scheitern droht, so begegnet man rasch der Frage nach der notwendigen betriebswirtschaftlichen Größenordnung eines Krankenhauses, das überhaupt entsprechende wohnortnahe Leistungen erbringen kann. Hier sollte die Öffnung von Krankenhäusern auch zur Erbringung ambulanter Leistungen oder zur Kooperation mit nieder-

gelassenen Ärzten stärker in Betracht gezogen werden, bevor man über eine gewerbliche Trägerschaft nachdenkt.

II. Staats- und Gesellschaftsverständnis als Hintergrund für die Neugestaltung kommunaler Dienstleistungen

Zu Anfang der 80iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts begannen weltweit Aktivitäten zur Modernisierung der Verwaltung. Unter der Bezeichnung „New Public Management“ sollte der Wettbewerb auch für Leistungen der öffentlichen Hand unter Marktbedingungen gestärkt werden. Die beiden einander gegenüberstehenden Staatsauffassungen, die bislang vorherrschend für die Ausprägung von Gesellschaftsverständnis waren – einerseits der Liberalismus und andererseits der soziale Wohlfahrtsstaat – wurden immer mehr einander angenähert. Die Strukturen, die der neue Ansatz des New Public Management schuf, konnten beide genannten Staatsauffassungen berücksichtigen. Es bildete sich der „Gewährleistungsstaat“ heraus, der sich heute als vorherrschendes Staatsverständnis in den meisten europäischen Ländern findet.

Da die deutsche Wirtschaftsverfassung vom Grundsatz her wettbewerbspolitisch neutral ist, gibt es weder einen Vorrang noch einen Betätigungsschutz für private Unternehmen. Kommunen, die sich wirtschaftlich betätigen, sind ihrerseits dem allgemein geltenden Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Wettbewerbsrecht, unterworfen.

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in den klassischen Feldern der Daseinsvorsorge ist in Deutschland ein historisch gewachsener Bestandteil gemeindlicher Aufgabenerfüllung. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung umfasst auch diese wirtschaftliche Betätigung, etwa als Betreiber eines Krankenhauses. Die ordnungspolitische Entscheidung bezieht sich darauf, ob die Erstellung der Dienstleistung durch weitestgehenden Ausstieg der Kommunen geschieht oder durch eine Beteiligung am Wettbewerb unter fairen Bedingungen.

III. Freigemeinnützige Träger und ihre Vorzüge und Charakteristika

Wer sich mit freigemeinnützigen Trägern beschäftigt, wird früher oder später das Thema „Steuervergünstigungen“ anschneiden. Diese Vergünstigungen räumt der Staat gemeinnützigen Trägern von gemeinwohlorientierten Tätigkeiten ein, weil sie mit dem Betrieb eines Krankenhauses keine oder nicht in erster Linie erwerbswirtschaftliche Ziele ver-

folgen. Dies geschieht, damit der Staat bei der Erfüllung seines Versorgungsauftrags von zwei Lasten befreit wird: zum einen von der Aufgaben- und zum anderen auch von der Ausgabenlast. Durch das Gebot, mit den erwirtschafteten Gewinnen keine externe Anlage- und Investitionsstrategie zu betreiben, sondern diese wiederum in den gemeinwohlorientierten Zweck zu reinvestieren, neutralisieren sich diese sogenannten Steuervergünstigungen in wettbewerbsrechtlicher Sicht.

Allgemein kommt dem freigemeinnützigen Sektor eine wichtige Rolle zwischen Markt und Staat zu. Ein öffentliches Gut kann nicht über einen freien Markt an die Menschen abgegeben werden, die einen entsprechenden Bedarf haben. Marktmechanismen versagen, wo ein allgemeines Versorgungsniveau zu gewährleisten ist und wo nicht alle zu Versorgenden für die erhaltenen Leistungen finanziell aufkommen können. Im Krankenhausbereich hat insbesondere die regelmäßig vorhandene Zusatzkapazität den Charakter eines öffentlichen Gutes, die aus nicht ständig ausgelasteten technischen Geräten und Gebäuden sowie der Kombination spezialisierter Fachkräfte resultiert. Diese staatlich durch Gewährleistung vorzuhaltende Zusatzkapazität schafft den Bewohnern der umliegenden Region die Sicherheit, im Bedarfsfall versorgt zu werden. Unabhängig vom Status der Gemeinnützigkeit greift hier die Idee der öffentlichen Investitionsförderung im Wege der dualen Finanzierung.

Die durch freigemeinnützige Träger geschaffene Verbindung von Gesundheitsleistungen – als Teil der sozialen Dienste – mit der lokalen Zivilgesellschaft ist ein wesentliches Charakteristikum. Der zivilgesellschaftliche Wert liegt in der Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, welches sich aus der Verbundenheit von ehrenamtlich Tätigen mit dem freigemeinnützigen Träger eines örtlichen Krankenhauses ergibt. In Bereichen des Besuchdienstes, der ambulanten psychosozialen Nachsorge oder auch beim Knüpfen von Kontakten zu anderen Patienten und ehemaligen Patienten wird Solidarität in der örtlichen Gemeinschaft praktiziert.

Entscheidender Unterschied der freigemeinnützigen gegenüber anderen Trägern ist, dass ihre konkrete Leistung nicht allein durch Professionalität geprägt ist, sondern ganz entscheidend durch die unterschiedliche Wertgebundenheit dieser freigemeinnützigen Träger und ihrer Verbände. Gesundheitsleistungen setzen nicht erst mit professionellen Diensten ein. Auch im Umfeld der stationären Gesundheitsversorgung gibt es einen „Vorraum“ dieser Hilfe, innerhalb dessen durch Familie und Nachbarschaft sowie durch privat organisierte Netze geholfen wird, und zwar

gestützt auf individuelle Motivationen und Wertvorstellungen, wie sie einer pluralistischen Gesellschaft eigen sind. Der darin erkennbare zivilgesellschaftliche Ansatz setzt sich in dem Verständnis von Krankenhausführung fort. Jeder Mitarbeiterin und jedem Mitarbeiter muss der dafür notwendige individuelle, eigenverantwortlich zu nutzende Spielraum eingeräumt werden. Nur so kann das Ziel erreicht werden, in besonderer Weise den Bedürfnissen der Patienten gerecht zu werden.

Die Einbettung in lokale und regionale Strukturen der freigemeinnützigen Träger lässt zudem Raum für die Berücksichtigung kultureller Eigenheiten und Mentalitäten der Menschen vor Ort.

IV. Die Dynamik des Rechtsetzungsprozesses auf EU-Ebene

Die Vorträge im Plenum dieses Symposiums haben Bezug genommen auf den Ordnungsrahmen, den die Europäische Kommission setzt, und auf die Daseinsvorsorge, welche die EU mit ihrem Wettbewerbsregime konfrontiert. Spezifische weitergehende Regelungen dazu, etwa in welcher Rechtsform ein Krankenhaus zu führen oder welche Leistungs- und Kostengestaltung vorzunehmen ist, sind noch immer Angelegenheiten der Mitgliedstaaten. Da allerdings die Wechselwirkungen zwischen dem rechtlichen und faktischen EG-Rahmen einerseits und nationaler Gesundheitspolitik andererseits immer intensiver werden, wäre es gefährlich, sich in einer Art Kompetenzgelassenheit zurückzulehnen.

Die Frage, die das Symposium aufwirft, steht in direktem Zusammenhang mit der zentralen Ausrichtung der EU auf die Öffnung der nationalen Märkte für einen europäischen Binnenmarkt. In der Annahme, Deregulierung, Liberalisierung und Privatisierung seien ein guter Weg, wurden öffentliche Monopole nach und nach abgebaut und staatliche Eingriffe ganz allgemein begrenzt.

Diese Strömung aus anderen Sektoren überträgt sich tendenziell auch auf den Gesundheitssektor, um vor allem in finanzieller Hinsicht verlässlichere Grundlagen für die Sozial- und Gesundheitspolitik zu schaffen. Besonders ausgeprägt ist dies aktuell in dem vorgelegten Entwurf der EU-Kommission für eine Dienstleistungsrichtlinie.²

Die Richtlinie will das *Herkunftslandprinzip* für Dienstleistungen als wesentliches Prinzip einführen. Jedem Dienstleister aus dem EU-Aus-

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, 25.02.2004, KOM(2004) 2 endgültig/2 - 2004/0001 (COD).

land wird durch dieses Prinzip ermöglicht, seine Leistungen in Deutschland nach seinen Heimatstandards anzubieten. Das heißt, Deutschland darf von ausländischen Dienstleistern die Erfüllung zahlreicher Anforderungen nicht mehr verlangen. Dies soll sowohl für vorübergehend erbrachte Dienstleistungen gelten als auch für Niederlassungen.

Im *Gesundheitssektor* könnte ein allgemeiner Eingriff in die nationale Gestaltungshoheit drohen: Die Richtlinie schreibt bei grenzüberschreitenden Behandlungen das Kostenerstattungsprinzip fest, das zwar auch der Europäische Gerichtshof in Fällen von Patientenmobilität anwendet; ohne vorherige Genehmigung der Krankenversicherung lässt dies die Rechtsprechung allerdings nur im stationären Bereich zu. Die Grenzen zwischen stationärer und ambulanter Versorgung sind oftmals fließend und deshalb Teil der mitgliedstaatlichen Organisation des Gesundheitswesens. Die Richtlinie will eine Definition von Krankenhausversorgung³ vornehmen und beginnt deshalb mit einer Harmonisierung; sie nimmt also den Staaten die Freiheit, selbst zu bestimmen, was ambulant oder stationär ist. Die Festlegung des Prinzips der Kostenerstattung in Art. 23 ist einerseits die logische Fortsetzung der seit längerem entwickelten Rechtsprechung des EuGH; andererseits würde die Richtlinie eine Definition der Krankenhausversorgung vornehmen, deren Auswirkungen noch unklar sind.

Für *nationale Auflagen*, die nicht unmittelbar als markthemmend unter-sagt werden, ist im Richtlinienentwurf ein Evaluierungsverfahren vorge-sehen, in dem bestimmte staatliche Auflagen EU-weit gesammelt und auf ihre Erforderlichkeit hin überprüft werden sollen.

Dieser Überprüfung können dann z.B. Anforderungen, die vom Dienst-leister eine Mindestbeschäftigtenzahl oder eine bestimmte Rechtsform (z.B. die Gesellschaft ohne Erwerbszweck) verlangen, zum Opfer fallen.

In concreto könnte das Verbot relevant werden, die Aufnahme einer Dienstleistung von einer vorausgehenden Überprüfung der wirtschaft-lichen Gebotenheit der Tätigkeit abhängig zu machen.⁴ Die Diskussion

³ Vgl. Artikel 4 Ziff. 10: „Krankenhausversorgung“: die medizinischen Behandlungen, die nur innerhalb einer medizinischen Einrichtung erbracht werden können und für die grundsätzlich eine stationäre Aufnahme der Person, die diese Behandlung erhält, erforderlich ist. Die Zielsetzung, die Organisa-tion, und die Art der Finanzierung der medizinischen Einrichtung sind für die Einordnung der betref-fenden Behandlung unerheblich.

⁴ Vgl. Artikel 14 Ziff. 5: Die Aufnahme der Tätigkeit darf nicht von einer Anforderung abhängig gemacht werden wie einer wirtschaftlichen Überprüfung im Einzelfall, bei der die Genehmigung vom Nach-weis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder einer Nachfrage im Markt abhängig gemacht wird, die tatsächlichen oder möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen der Tätigkeit beurteilt werden, oder ihre

um die Krankenhausplanung würde dadurch in eine eindeutige Richtung gedrängt werden.

In Wettbewerbsfragen gilt das Recht des EG-Vertrags, der vor allem mit seinem Art. 86 Abs. 2 die Diskussionen um zulässige und unzulässige Beihilfen beherrscht. Auf dessen Grundlage – auch in Verbindung mit dem Altmark-Trans-Urteil⁵ – hat ein privater deutscher Krankenhauskonzern im Mai dieses Jahres Klage beim EuGH eingereicht.⁶ Diese Klage bezieht sich auf die bei öffentlichen Krankenhäusern gängige Praxis, auflaufende Betriebsverluste aus Steuermitteln von ihren Trägern ausgleichen zu lassen. In diesem Verhalten sieht die private Krankenhausesellschaft eine unzulässige Beihilfe, die gegenüber privaten Krankenhausbetreibern ungleiche Bedingungen schaffe. Parallel zur Klage ist bereits seit Januar diesen Jahres das sogenannte Monti-Paket⁷ im Raum, das die Rechtsunsicherheit im Beihilfebereich für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aufheben soll. Der Entwurf dieser Freistellungsentscheidung sieht ausdrücklich vor, dass der Krankenhaussektor unabhängig von Umsatzhöhen und der Höhe staatlicher Zuschüsse aus der Beihilfekontrolle ausgenommen werden soll. Für andere Sektoren sind Schwellenwerte für jährliche Zuschüsse im Gespräch, die bei 15 bis 20 Mio. € im Jahr liegen.

Mit dem Entwurf des Monti-Pakets hat die Kommission das Zeichen gesetzt, dass im Krankenhausbereich keine Wettbewerbsverzerrungen durch Beihilfen gesehen werden. Ebenso wird deutlich, dass seitens der EU in diesem Bereich kein Druck auf eine Marktliberalisierung im Sinne von Privatisierungen ausgeübt wird.

Eignung für die Verwirklichung wirtschaftlicher, von der zuständigen Stelle festgelegten Programmziele bewertet wird.

⁵ EUGHE Altmark-Trans, C-280/00.

⁶ Rechtssache T-167/04: Klage der Asklepios Kliniken GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 13.05.2004.

⁷ (1) Entwurf zu einer Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG- Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden. (2) Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden. (3) Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und den öffentlichen Unternehmen.

Dienstleistungen des Gesundheitssektors zwischen Eigen- erstellung und Wettbewerb

Die Diskussion im Workshop

Frau Dr. *Nümann-Seidewinkel* eröffnete ihren Vortrag mit Daten über die Größe und die Struktur des Krankenhaussektors. Anschließend ging sie auf die duale Krankenhausfinanzierung und die daraus resultierenden Probleme, insbesondere die mangelnde Bereitstellung von Investitionsmitteln seitens der Länder, ein. In diesem Kontext sei zu sehen, dass gerade die vor kurzem erfolgte Einführung von diagnoseabhängigen Fallpauschalen (Diagnoses Related Groups – DRG) einen (zusätzlichen) Anpassungs- und Investitionsbedarf auslöse. Des Weiteren sprach die Referentin über die von den DRG ausgehenden Anreize, z.B. den Anreiz zur Verweildauersenkung, sowie über technische Details der DRG-Umsetzung (Ermittlung der Baserate, Zu- und Abschläge etc.). Es folgte eine Einschätzung der weiteren Entwicklung: Auszugehen sei von einem Rückgang der Bevölkerung bei zunehmender Alterung. Für den Krankenhausbereich ergebe sich daraus zum einen eine Verschiebung der nachgefragten Leistungen aufgrund vermehrt auftretender altersspezifischer Erkrankungen. Zum zweiten sei aufgrund der DRG von einer teilweisen Verlagerung stationärer Leistungen in den ambulanten Bereich und einer Steigerung der Fallzahlen auszugehen. Insgesamt bestünden damit Krankenhausüberkapazitäten, deren Abbau insbesondere das Überleben von kleinen Krankenhäusern in Frage stelle. Als Handlungsstrategien für Krankenhäuser nannte Dr. Nümann-Seidewinkel u.a. die vertikale Integration verschiedener Stufen des medizinischen Leistungsprozesses, die Leistungsstandardisierung, die Realisierung größerer (Einzel-)Leistungsmengen („Fließbandmedizin“), die Senkung der Personalkosten vor allem durch den Abschluss neuer Tarifverträge, die bessere Nutzung logistischer Potentiale, den vermehrten Einsatz von Informationstechnologien sowie Fusionen und Kooperationen. Angesichts des bestehenden Investitionsstaus und mangelnder Aussicht auf öffentliche Finanzierung hob die Referentin die Bedeutung der Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung seitens der Krankenhäuser hervor und ging in

* Prof. Dr. Holger Mühlenkamp ist Ordinarius für Volkswirtschaftslehre an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Professor Mühlenkamp leitete die Diskussion im Workshop „Gesundheitssektor“.

diesem Zusammenhang auf verschiedene Finanzierungsformen und -möglichkeiten ein. Abschließend verwies sie in Zusammenhang mit der Beihilfeproblematik (der mutmaßlich abnehmenden Verlustübernahmefähigkeit der Krankenhausträger) auf das Rentabilitätsanfordernis von Krankenhäusern.

Herr Dr. *Schölkopf* referierte über Gesundheitsleistungen und den Europäischen Binnenmarkt. Nach Art. 152 des EG-Vertrags besitze die Europäische Kommission (EK) zunächst keine zentrale Kompetenz im Gesundheitsbereich. Allerdings dürfe sie in einzelnen gesundheitsrelevanten Fragen spezifische Richtlinien erlassen, wie sie dies z.B. in Form einer Richtlinie zur Qualität von Blutprodukten bereits getan hat. Darüber hinaus habe die EK Aktionsprogramme im Bereich des Gesundheitswesens gestartet. Beispielhaft nannte der Referent ein Projekt zur europaweiten Gesundheitsberichterstattung sowie die Absicht der EK, die Methode der offenen Koordinierung (auch) im Gesundheitsbereich einzusetzen. Anschließend wurden die Bedeutung bzw. die Auswirkungen der verschiedenen „Binnenmarktfreiheiten“ für bzw. auf Gesundheitsdienstleistungen skizziert. Danach sei zukünftig mit einer weiteren Intensivierung des Wettbewerbs im Gesundheitssektor zu rechnen. Dazu trüge auch das europäische Wettbewerbsrecht bei, welches u.a. keine Preisdiskriminierung zwischen EU-Bürgern unterschiedlicher Nationalität erlaube. Ein weiteres Vortragsthema waren Beihilfen. Es liege bereits die Klage eines überregional tätigen privaten Krankenhausträgers (der Asklepios Kliniken GmbH) gegen den Verlustausgleich öffentlicher Krankenhäuser vor. Nach Ansicht von Dr. Schölkopf würden die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Rahmen des Altmark-Trans-Urteils definierten Anforderungen an die Zulässigkeit von Beihilfen auch für Krankenhäuser gelten, so dass der bisher praktizierte Verlustausgleich öffentlicher Krankenhäuser in Zukunft nicht mehr haltbar sein werde. Schließlich verwies Dr. Schölkopf auf die Vorhaben der EK im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Grün- und Weißbuch der EK), so dass die Frage aufgeworfen würde, inwieweit dies Wirkungen z.B. auf Krankenhäuser entfaltet.

Herr Dr. *Gohde* hob einleitend die ethische Komponente von Gesundheitsleistungskürzungen insbesondere gegenüber älteren Personen hervor. Anschließend präsentierte er die Diakonie als Träger von überwiegend kleinen Krankenhäusern. Er wies auf die derzeit zögerlichen Entgeltzahlungen von Krankenkassen an Krankenhäuser hin. Er sehe momentan – wie bereits die Referenten vor ihm – überhöhte Krankenhauskapazitäten. Die Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser sei das Ergebnis der desolaten Finanzlage der öffentlichen Hand. Er schilderte

die Konsequenzen der Aufgabe öffentlicher Krankenhäuser aus seiner Sicht. Danach berge die Veräußerung an Krankenhauskonzerne u.a. die Gefahr der „Fernsteuerung“ durch Konzernzentralen. Dagegen plädierte er für eine dezentral organisierte Krankenhausversorgung. Zudem vertrat er die Auffassung, dass die Höhe der von der Bevölkerung akzeptierten Gesundheitskosten vom Ausmaß demokratischer Kontrolle mitbestimmt werde. Er rechtfertigte ferner die Steuerbegünstigung gemeinnütziger Träger, die sich ohnehin nur auf die Bereiche außerhalb des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erstrecke, und betonte in diesem Zusammenhang die Wertgebundenheit der konfessionellen Träger. Schließlich problematisierte er vor allem unter dem Qualitätsaspekt die Anwendung des Herkunftslandprinzips für Dienstleistungen. Dadurch erhalte die Qualitätssicherung einen noch höheren Stellenwert als bisher. Zum Abschluss wies Dr. Gohde auf die Entscheidung der EK über die Anwendung von Artikel 86 des EG-Vertrags vom 16. Januar 2004 hin, wonach Krankenhäuser von der Beihilfekontrolle freigestellt werden können.

In der anschließenden Frage- bzw. Diskussionsrunde wurden die duale Krankenhausfinanzierung, die Auswirkungen des General Agreement on Trade in Services (GATS) auf den Gesundheitsbereich, die DRG-bedingt steigende „Umlaufgeschwindigkeit“ von Patienten im Krankenhaussektor und im Gesundheitswesen insgesamt, der (potenzielle) Konflikt zwischen ablauforganisatorischen Anforderungen und Patienten- bzw. Besucherbedürfnissen bei der architektonischen Gestaltung von Krankenhäusern, ganz allgemein das Verhältnis zwischen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zielen sowie bestehende Inkonsistenzen des EU-Rechts angesprochen. Von besonderer Bedeutung und Erhaltenswürdigkeit schien mehreren Fragestellern/Diskutanten die Beibehaltung bzw. Sicherstellung der kommunalen Selbstverwaltung.

Workshop 2:

**Dienstleistungen des Öffentlichen
Personennahverkehrs zwischen
Eigenerstellung und Wettbewerb**

Der ÖPNV nach der Altmark-Entscheidung des EuGH

I. Ausgangslage

Der ÖPNV trägt mit mehr als 1 % zur gesamten Bruttowertschöpfung der Bundesrepublik Deutschland bei. Von seinem Umsatz entfallen 45 % auf Fahrgeldeinnahmen und 55 % auf staatliche Hilfen. Dies weckt Begehrlichkeiten der europäischen Systemanbieter, die auf den deutschen Markt drängen. Während die EU-Kommission den ÖPNV schon lange dem europäischen Wettbewerb öffnen will, versuchen etliche nationale Gesetzgeber, die gewachsenen Strukturen ihres ÖPNV zu erhalten. Das gilt auch für die Bundesrepublik. Die Vereinbarkeit dieses Versuchs mit Gemeinschaftsrecht ist noch unentschieden. Auch die Altmark-Rechtsprechung hat noch keine abschließende Klärung gebracht. Das dürfte damit zusammenhängen, dass auf Gemeinschafts- wie auch auf nationaler Ebene nur verschwommene Vorstellungen von der rechtlichen Struktur des ÖPNV bestehen.

II. Historische Entwicklung

1. Nationale Entwicklung

Bei den Frühformen einer geschäftsmäßigen Personenbeförderung handelte es sich primär um Veranstaltungen der öffentlichen Hand („cursus publicus“, Postregal). Es gab aber seit jeher private Konkurrenz, die sich vom örtlichen Bereich in den Bereich des Fernverkehrs ausdehnte. Nach Einführung der Gewerbefreiheit wurde die entgeltliche Personenbeförderung auf der Straße im örtlichen Bereich als Gewerbe behandelt, auf das die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund und später die Reichsgewerbeordnung Anwendung fanden. Die Unternehmer von ÖPNV-Einrichtungen waren private Gewerbetreibende. Die gewerbliche Personenbeförderung war sogar genehmigungsfrei. Dem örtlichen Nahverkehr dienten zunehmend auch Klein- oder Lokalbahnen. Für diese führte das preußische Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschluss-

* Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch ist Ordinarius für Öffentliches Recht an der Universität Tübingen.

bahnen vom 28. Juli 1892¹ ein Genehmigungsverfahren ein. Die Genehmigung für die dem örtlichen Verkehr dienenden Kleinbahnen wurde aufgrund einer polizeilichen Prüfung erteilt, bei der auch die Interessen des öffentlichen Verkehrs zu wahren waren. In der Praxis setzte sich gleichwohl die Ansicht durch, die der Kleinbahngenehmigung ausschließlich polizeilichen Charakter zusprach.² Der gewerbliche Charakter des ÖPNV verhinderte nicht die Kommunalisierung der Straßenbahnen und Buslinien seit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert. Hatten anfänglich private Unternehmer auf besonders verkehrsreichen Strecken Linien betrieben, erzwang die rasche Urbanisierung und die damit einhergehende Notwendigkeit der Bevölkerung, größere Entfernungen zwischen Wohnung und Arbeitsplatz zu überwinden, die Kommunen, entferntere Stadtteile und Vororte mit Nahverkehrsmitteln zu verbinden. Zwischen den 1880er und 1930er Jahren entstand so der moderne dezentralisierte, deregulierte und wettbewerbsorientierte ÖPNV.

Die Zunahme des Personenverkehrs machte eine Koordinierung aller Verkehrsträger des Landverkehrs unumgänglich. Diese verkehrswirtschaftliche Regelung erfolgte zusammenhängend durch das Reichsgesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. Dezember 1934³ und die Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 26. März 1935⁴. Das PBefG 1934 regelte insofern den Wettbewerb der Personenbeförderer, als es die für sie geltenden Vorschriften vereinheitlichte. Die gesamte gewerbsmäßige örtliche und überörtliche, linienförmige oder gelegentliche Personenbeförderung wurde genehmigungspflichtig. Die Genehmigung einer Straßenbahn durch die höhere Verwaltungsbehörde erfolgte nun nicht mehr aufgrund einer rein polizeilichen Prüfung, sondern unter Berücksichtigung verkehrlicher Voraussetzungen einschließlich des Verkehrsbedürfnisses. Mit dem Recht des ÖPNV-Unternehmers auf Erfüllung der öffentlichen Verkehrsinteressen korrespondierte die Betriebspflicht nach § 23 PBefG 1934, aus der sich weitere öffentlich-rechtliche Pflichten ableiteten. Nicht jeder, wohl aber ein „volkswirtschaftlich ungesunder“ Wettbewerb sollte indessen im Verkehrswesen verhindert werden. Maßgeblich war allein das Interesse der Allgemeinheit an einem geordneten Verkehrswesen, nicht das wirtschaftliche Interesse der Unternehmer.

Nach 1945 galt das PBefG mit einigen Änderungen fort. So ersetzte das Änderungsgesetz von 1955 die wirtschaftliche Bedürfnisprüfung als Ge-

¹ GS S. 225.

² PrOVG 31,374,381; 83, 381, 385 f.

³ RGBI I S. 1217.

⁴ RGBI I S. 472.

nehmungsvoraussetzung durch die Prüfung des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses. Nach vergeblichen Anläufen brachte die Bundesregierung 1958 den Entwurf des PBefG⁵ im Bundestag ein. Zu diesem Zeitpunkt waren Vorlagebeschlüsse beim Bundesverfassungsgericht anhängig, die die Verfassungsmäßigkeit der Prüfung des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses bei der Zulassung zum Kraftdroschken- und Mietwagenverkehr betrafen. Unter Berücksichtigung des Beschlusses des BVerfG vom 8. Juni 1960⁶ konnte das Gesetz im Frühjahr 1961 verabschiedet werden. Das PBefG 1961 machte die Personenbeförderung mit Straßenbahnen, Obussen, Kraftfahrzeugen im Linienverkehr oder Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr vom Vorliegen einer Unternehmergenehmigung abhängig. Die Genehmigungsvoraussetzung der öffentlichen Verkehrsinteressen nach § 13 Abs. 2 N. 2 PBefG 1961 diente dem Bestandsschutz der bisherigen Genehmigungsinhaber und wirkte sich faktisch als Wettbewerbshindernis aus.

2. Europäische Entwicklung

Ziel der europäischen Verkehrspolitik war es schon immer, Wettbewerbshindernisse abzubauen. Die VO (EWG) Nr. 1191/69 des Rates über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs vom 26. Juni 1969⁷ zwang die nationalen Gesetzgeber zur Anpassung ihrer den Personenverkehr regelnden Gesetze. Während die Ursprungsverordnung nur für die Staatseisenbahnen galt, erfasste die Änderungsverordnung alle Verkehrsunternehmen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs mit der Möglichkeit einer Bereichsausnahme für den ÖPNV. Die Verordnung zielte in erster Linie darauf ab, den Mitgliedstaaten nur noch begrenzt die Möglichkeit zu belassen, den Verkehrsunternehmen Verpflichtungen aufzuerlegen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbunden sind. Sollte den Verkehrsunternehmen ein stärker wettbewerbsorientierter Status zugebilligt werden, wurde es nötig, die politische Ebene von der unternehmerischen Ebene zu trennen.

3. Anpassung des nationalen Rechts an das Gemeinschaftsrecht

Die Trennung zwischen Bestellung und Erstellung von Verkehrsleistun-

⁵ BT-Drs III/255.

⁶ BVerfGE 11,168.

⁷ ABI L 156 vom 28.6.1969, S. 1. idF der VO (EWG) Nr.1893/91 (ABI L 196 vom 29.6.1991, S. 1).

gen wurde durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 27. Dezember 1993⁸ realisiert. Die Trennung erfolgte nicht nur im Eisenbahnbereich, sondern auch für den „übrigen ÖPNV“. Mit dem ÖPNV beschäftigt sich vorrangig das Regionalisierungsgesetz. § 1 Abs. 1 Regionalisierungsgesetz bezeichnet die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Zur Erfüllung dieser Aufgabe können nach § 4 Satz 1 Regionalisierungsgesetz „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“ nach Maßgabe der VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91 mit einem Verkehrsunternehmen vertraglich vereinbart oder einem Verkehrsunternehmen auferlegt werden. Die „Stellen“, die diese Aufgaben wahrnehmen, werden durch Landesrecht bestimmt. Bis zum 1. Januar 1996 erließen die Länder Gesetze zur Neuregelung des Ordnungsrahmens im ÖPNV. Die Gesetze qualifizieren den ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge, geben als Zielsetzung den Beitrag des ÖPNV zur Mobilitätsgewährleistung im Rahmen eines integrierten Gesamtverkehrsystems an, führen als Planungsinstrument und Lenkungsmittel den Nahverkehrsplan ein und gehen von der Trennung zwischen Besteller und Ersteller des ÖPNV aus. Auf Drängen der Länder wurde auch das am 8. August 1990 neu bekannt gemachte PBefG⁹ geändert. In der seit 1. Januar 1996 maßgeblichen Fassung gibt das PBefG als Zielsetzung der Genehmigungsbehörde und des Aufgabenträgers das Interesse an einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung an, Am wichtigsten ist die neu eingeführte Unterscheidung von eigenwirtschaftlichen und „gemeinwirtschaftlichen“ ÖPNV-Verkehrsleistungen in § 8 Abs. 4 Satz 1, §§ 13 und 13 a PBefG 1996.

III. Deutsches Genehmigungsrecht für den ÖPNV

1. Genehmigungspflicht

Nach § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 PBefG ist die Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linien- oder Gelegenheitsverkehr genehmigungspflichtig. Die Genehmigung ergeht in Form einer Unternehmergenehmigung. Die Genehmigung wird dem Unternehmer für seine Person erteilt; er muss den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreiben. Ferner wird die Genehmigung für einen bestimmten Verkehr ausge-

⁸ BGBl I S. 2378.

⁹ BGBl I S. 1690.

sprochen. Bei Straßenbahnen und Obussen sowie bei Omnibussen gibt es im Gegensatz zum Eisenbahnbereich Liniengenehmigungen, die gesondert für jede Linie ergehen. § 9 Abs. 2 PBefG eröffnet obendrein die Möglichkeit zur gebündelten Genehmigung mehrerer Linien. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn bestimmte, im PBefG im Einzelnen geregelte Voraussetzungen erfüllt sind. Durch die Genehmigung wird der Unternehmer verpflichtet, nur die (beantragten) von der Genehmigungsbehörde zugelassenen Fahrpreise zu erheben, den ebenfalls genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen. Gleichsam als Gegenleistung erhält der Unternehmer durch die Genehmigung eine Rechtsstellung, die in weiteren Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen ist und praktisch auf ein befristetes Monopol hinausläuft. Die Genehmigungspflicht war niemals rein polizeilich motiviert, sondern hatte immer schon einen planerischen Einschlag. Aus Gründen der Anpassung des deutschen Rechts an das Gemeinschaftsrecht ist im Genehmigungsrecht strikt zwischen eigenwirtschaftlichen und „gemeinwirtschaftlichen“ Linienverkehrsleistungen zu unterscheiden. Verkehrsleistungen im ÖPNV sind grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG). Soweit eine eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist, muss im Einklang mit der VO (EWG) Nr. 1191/69 idF der VO (EWG) Nr. 1893/91 vorgegangen werden, um eine „gemeinwirtschaftliche“ Verkehrsbedienung zu gewährleisten (§ 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG).

2. Eigenwirtschaftliche Verkehre

Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre ist vom Vorliegen objektiver und subjektiver Genehmigungsvoraussetzungen anhängig. Zentrale Bedeutung kommt hier dem Verkehrsinteresse und der finanziellen Leistungsfähigkeit zu. Die objektive Genehmigungsvoraussetzung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG („öffentliche Verkehrsinteressen“) bewirkt einen relativen Besitzstandsschutz der vorhandenen Verkehrsunternehmen. Die gestaffelten Anforderungen (keine befriedigende Bedienung des Verkehrs mit den vorhandenen Verkehrsmitteln > wesentlichen Verbesserung der durch die Altunternehmer wahrgenommenen Verkehrsbedienung > fehlende Bereitschaft der Altunternehmer die zusätzliche Verkehrsbedienung zu übernehmen) schließen freilich Konkurrenz nicht völlig aus. Dem Wettbewerbgedanken entspricht auch das Anhörungsverfahren nach § 14 PBefG, das Konkurrenten in die Lage versetzt, ebenfalls Genehmigungsanträge für denselben Verkehr oder dieselbe Linie zu stellen. In subjektiver Hinsicht darf nach § 13 Abs. 1 Nr. 1

PBefG die Genehmigung nur erteilt werden, wenn „die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind“. Zur Gewährleistung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Betriebs kommen auch Zuwendungen der öffentlichen Hand in Betracht. Kontrovers war bislang ob im Hinblick auf solche Zuwendungen die Eigenwirtschaftlichkeit der Verkehrsleistungen mit der Folge entfällt, dass nach § 13 a PBefG vorgegangen werden müsste.

3. „Gemeinwirtschaftliche“ Verkehre

Soweit eine ausreichende eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist, kann sie „gemeinwirtschaftlich“ im Sinne von § 13 a PBefG erfolgen. Durch Verweis in § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG gelten für die nur bezuschusst zu betreibenden „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre die Regelungen der VO (EWG) Nr. 1191/69 idF der VO (EWG) Nr. 1893/91. Eine Leistung ist nur dann „gemeinwirtschaftlich“, wenn sie eine „Verpflichtung des öffentlichen Dienstes“ betrifft und deswegen vereinbart oder auferlegt werden muss. Da nur die zur Durchführung dieser Verordnung zuständige Behörde zur Sicherstellung ausreichender Verkehrsbedienung „gemeinwirtschaftliche“ Verkehrsleistungen mit dem Unternehmen vertraglich vereinbaren oder auferlegen kann, geht es um behördeninitiierte Verkehrsleistungen. Zur Entlastung der öffentlichen Haushalte sieht § 13 a Abs. 1 PBefG vor, dass bei der Auferlegung oder Vereinbarung diejenige Lösung gewählt werden soll, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Zur Ermittlung der geringsten Kosten findet nach § 1 Abs. 2 der Verordnung zur Anwendung von § 13 a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes vom 15. Dezember 1995¹⁰ regelmäßig ein Vergabeverfahren im Wettbewerb, verbunden mit einer Ausschreibung nach VOL statt. Gegenüber dem im Vergabeverfahren vom Aufgabenträger ermittelten Bewerber besteht für die Genehmigungsbehörde grundsätzlich eine Genehmigungspflicht. Das Vergabeverfahren ist nicht nur ein Auswahlverfahren, sondern zugleich ein Vorverfahren, das dem eigentlichen Genehmigungsverfahren vorgeschaltet ist. Bei Zuschussbedürftigkeit eines Linienverkehrs wird dem Aufgabenträger die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung der Genehmigungsbehörde eröffnet.

4. Verhältnis der Verkehre

Eigenwirtschaftliche Leistungen sind marktinitiiert, „gemeinwirtschaftliche“ Leistungen behördeninitiiert. Aus dem Wortlaut von § 8 Abs. 3

¹⁰ BGBl I S. 1705.

Satz 2 PBefG geht die Unterscheidung nicht ganz so eindeutig hervor, obwohl die Regelung klar genug ist. Eigenwirtschaftlich sind danach solche Verkehrsleistungen, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt wird. Ein Unsicherheitsfaktor bedeutet der Begriff der sonstigen Erträge im handelsrechtlichen Sinne. Der handelsrechtliche Begriff des Unternehmensertrags wird in den §§ 275 und 277 HGB näher aufgeschlüsselt. Der Begriff ist grundsätzlich weit zu verstehen und umfasst Umsatzerträge aller Art, ohne dass es auf Handelsüblichkeit, auf eine Gegenleistung oder eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage ankommt. Auch finanzielle Zuwendungen der öffentlichen Hand sind in jedem Fall Erträge. Überwiegend werden diese den „sonstigen betrieblichen Erträgen“ (§ 275 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 6 HGB) zugerechnet, die als Sammelbegriff für alle nicht anderweitig erfassten Zugänge dienen. Der handelsrechtliche Begriff des Unternehmensertrags umfasst mithin auch Ausgleichszahlungen staatlicher Stellen an Verkehrsunternehmen. Derartige Ausgleichszahlungen lassen nach den Intentionen des Gesetzgebers.¹¹ die Eigenwirtschaftlichkeit der begünstigten Verkehrsunternehmen nicht entfallen. Fraglich ist freilich, ob diese Interpretation des nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Dies Frage stand im Mittelpunkt des Altmark-Streits.

IV. Altmark-Streit

1. Hintergrund

Die Firma Altmark Trans (jetzt Zeitfracht Immobilien GmbH) und die Firma Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (NVGA) machten sich wechselseitig einen Teil der Linienverkehrsgenehmigungen streitig, die ursprünglich der Altmark Trans erteilt, später aber auf die beiden Gesellschaften aufgeteilt worden waren. Die Genehmigungen sind zwischenzeitlich abgelaufen. Genehmigungsinhaberin aller Genehmigungen ist nunmehr wieder Zeitfracht GmbH (Altmark Bus). Die Tatsachengerichte hatten sich mit den Konkurrentenklagen beider Gesellschaften zu befassen, wobei ein Teil der Genehmigungen vor Inkrafttreten der Neufassung des PBefG erteilt worden war. Nach früherer Rechtslage war die Anwendbarkeit der VO (EWG) Nr. 1191/69 F. 1991 bis zum 31. Dezember 1995 ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang traf das Oberverwaltungsgericht Sachsen Anhalt die Überraschungsentscheidung, dass

¹¹ BT-Drs 12/6269, S. 143.

keine Genehmigung nach § 13 PBefG hätte erteilt werden dürfen. Das Bundesverwaltungsgericht verwies die Altfälle an das OVG zurück.¹² Dieser Rechtsstreit wurde für erledigt erklärt. Das die nach Neufassung des PBefG erteilten Genehmigungen betreffende Revisionsverfahren über die Klage der NVGA setzte das BVerwG demgegenüber mit Beschluss vom 6. April 2000 aus¹³, um eine Vorabentscheidung des EuGH zur Klärung dreier Fragenkomplexe einzuholen.

1. Unterliegen Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr überhaupt dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG oder fehlt ihnen wegen ihrer regionalen Bedeutung von vornherein die Eignung, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen? Kommt es insoweit möglicherweise auf die konkrete Lage und Bedeutung des jeweiligen Nahverkehrsgebietes an?
2. Eröffnet Art. 83 EG dem nationalen Gesetzgeber generell die Möglichkeit, öffentliche Zuschüsse um Ausgleich von Defiziten im öffentlichen Personennahverkehr ohne Rücksicht auf die Verordnung (EWG) Nr.1191/69 zuzulassen?
3. Eröffnet die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, den Betrieb einer Linie im öffentlichen Personennahverkehr, der zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesen ist, ohne Beachtung der Abschnitte II, III und IV der genannten Verordnung zuzulassen und die Anwendung dieser Regelungen nur vorzuschreiben, wenn andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist? Ergibt sich diese Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers insbesondere daraus, dass er nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO (EWG) Nr. 1191/69 F. 91 das recht hat, Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs gänzlich vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen?.

2. EuGH

Die Entwicklung der EU von einer Wirtschaftsgemeinschaft hin zu einer umfassenderen politischen Gemeinschaft lässt es nicht mehr zu, den Wettbewerb als wichtigstes Gemeinschaftsziel zu betrachten. Das zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Nach Abgabe der mündlichen Stellungnahmen in Vorlageverfahren erging das Ferring-Urteil des EuGH vom 22. November 2001¹⁴, mit dem sich Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen im Altmark-Streit und Generalanwalt Jacobs in seinem Schlussantrag in der Rechtssache GEMO mit unterschiedlichen Akzenten auseinander setzten. Der EuGH sah sich veranlasst, die mündliche Verhandlung im Altmark-Streit wieder zu eröffnen. Das vom Plenum des EuGH gefällte Altmark-Urteil wird nur

¹² GewArch 2001, 341.

¹³ NVwZ 2001, 320.

¹⁴ EuZW 2002, 48.

verständlich, wenn man seine sukzessiv entstandenen Entscheidungsschichten trennt.

In seinen Vorbemerkungen legt der EuGH sich die Vorlagenfragen so zurecht, wie er sie beantworten will. Dabei interpretiert er das Ausgangsverfahren so, dass die Erteilung der Genehmigungen an Altmark Trans nur insoweit beanstandet wird, als diese für die Erfüllung der sich aus diesen Genehmigungen ergebenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen öffentliche Zuschüsse benötigen. Folglich betreffe der Rechtsstreit im Wesentlichen die Frage, ob die öffentlichen Zuschüsse rechtmäßig gewährt worden seien. Dies habe das BVerwG nach nationalem Recht bejaht. Somit komme es darauf an, ob die Zuschüsse mit Gemeinschaftsrecht vereinbar seien. Zur Klärung dieser Frage werden die Zuschüsse unmittelbar am Beihilfeverbot des Art. 87 EG gemessen und in diesem Zusammenhang sogleich die Ausnahmemöglichkeit für den Verkehrssektors erwähnt (Art. 71 EG). Beide Primärrechtskomplexe würden aber durch die VO 1191/69 konkretisiert, so dass zunächst geprüft werden müsse, ob diese VO auf die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verkehrsdienste anzuwenden sei, da die VO selbst eine Ausnahmeregelung enthalte. Nur wenn die Ausnahmeregelung greife, sei die Anwendung der allgemeinen Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen auf die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse zu prüfen.

Zunächst stellt der EuGH klar, dass die VO eine bindende Regelung auferlegt, zu deren Einhaltung die Mitgliedstaaten zwingend verpflichtet seien, wenn sie Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sektor des landgebundenen Verkehrs auferlegen wollen. Sodann subsumiert er die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Genehmigung unter die VO und gelangt dann zur Ausnahmeregelung des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2. In diesem Zusammenhang greift der EuGH das von den deutschen Prozessbeteiligten verfochtenen a-maiore-ad-minus Argument auf: Wenn eine Vollausnahme möglich sei, müsse das auch für eine Teilausnahme gelten. Nach dem Motto: Besser etwas als gar nichts, führt der EuGH aus, durch die Einfügung des § 13 a PBefG sei der deutsche Gesetzgeber den Zielen der VO 1191/69 „näher gekommen“. Der deutsche Gesetzgeber dürfe bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen vorsehen, dass gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und Zuschüsse ohne Einhaltung der VO 1191/69 gewährt werden. Um feststellen zu können, in welchem Fall diese Ausnahme gelte, müsse in den nationalen Rechtsvorschriften jedoch klar festgelegt sein, in welchem Umfang von dieser Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht werde. Der Vorlagebeschluss lasse Raum für Zweifel, ob diese Erfordernisse der Klarheit hier eingehalten worden seien. Das BVerwG habe festgestellt, dass das

vom Gesetzgeber gewollte Wahlrecht des Unternehmers für den zu großen Teilen defizitären Linienverkehr im öffentlichen Personenverkehr praktisch beseitigt würde, wenn die Notwendigkeit öffentlicher Zuschüsse automatisch die Zuordnung zum gemeinwirtschaftlichen Verkehr zur Folge hätte. Das ist dem EuGH zu unbestimmt. Gleichwohl erklärt er § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG nicht für gemeinschaftsrechtswidrig, sondern führt aus, es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Anwendung der Ausnahmebefugnis des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der VO 1191/69 durch den deutschen Gesetzgeber den nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit gebotenen Erfordernissen der Bestimmtheit und Klarheit genüge.

Für die Prüfung gab der EuGH dem BVerwG zwei Hinweise mit auf den Weg: Verstoße die nationale Regelung gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit, müsse geprüft werden, ob im Ausgangsverfahren die VO 1191/69 beachtet worden sei. Nur soweit das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die VO 1191/69 nicht auch für den bezuschussten eigenwirtschaftlichen Verkehr gilt, sei zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse im Einklang mit den Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen gewährt worden seien. Der erste Teil der Vorlagefrage, dessen Beantwortung den EuGH zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung veranlasste, betrifft die Frage, ob Zuschüsse zum Defizitärausgleich im ÖPNV überhaupt dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV unterliegen. Damit ist der EuGH beim wichtigsten Teil seiner Entscheidung angelangt, nämlich bei der Frage, ob die streitige staatliche Maßnahme unter Art. 87 EGV fällt, d.h. ob eine der vier Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt ist. Diese sind:

- (1) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.
- (2) Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
- (3) Es muss dem Begünstigten ein Vorteil gewährt werden.
- (4) Die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

Die dritte Voraussetzung verknüpft der EuGH mit dem Beihilfecharakter der Maßnahme. Zunächst weist der EuGH auf den weiten Beihilfebegriff seiner früheren Rechtsprechung hin. Danach sind Beihilfen Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen oder als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Sodann greift der EuGH seine Rechtsprechung auf, wonach Zuschüsse zum

Ausgleich der die für die Erfüllung auferlegter gemeinwirtschaftlicher Pflichten entstandenen Kosten keine (unzulässige) Beihilfen darstellen. Der EuGH bezieht sich dabei vor allem auf das erwähnten Ferring-Urteil, um dessen Aufhebung oder jedenfalls Relativierung die Generalanwälte gekämpft hatten. Demgegenüber bekräftigt der EuGH diese Rechtsprechung. Rn 87 lautet:

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 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.

Die Relativierung folgt aber wiederum sogleich. Der EuGH gibt nämlich ein enges Prüfungsraster für den Ausgleich ohne Beihilfecharakter vor:

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. (*Betrauungsgrundsatz*),
- (2) Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Fehlt es an dieser Voraussetzung und gleicht ein Mitgliedstaat nachträglich die gemeinwirtschaftlichen Kosten aus, stellt dies ein finanzielles Eingreifen mit Beihilfecharakter dar (*Vorherigkeits- und Transparenzgebot*).
- (3) Der Ausgleich darf 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 (*Kostendeckungsgrundsatz*).
- (4) Erfolgt die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht in einem Vergabeverfahren zur Ermittlung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, 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 Verpflichtung hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen

und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind (*Gebot der Verfahrensadäquanz mit ersatzweiser Marktanalyse*).

Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, handelt es sich bei den öffentlichen Zuschüssen um eine Beihilfe. Praktisch am wichtigsten ist die Kombination der zweiten und vierten Voraussetzung. Das eigentlich Neue des Altmark-Urteils liegt darin, dass die Mitgliedstaaten bereits vor Gewährung der Ausgleichsleistungen die Parameter zu ihrer Berechnung in objektiver und transparenter Weise zu dokumentieren haben. Die exakte Höhe erfolgt dabei nach dem im Beihilferecht auch sonst üblichen Private Investor-Test, es sei denn die Vergabe erfolgt in einem Ausschreibungsverfahren. Das ist eine offene Flanke für Wettbewerbsfetischisten, die behaupten werden, ein Kostennachweis lasse sich bei den regelmäßig schwer quantifizierbaren Gemeinwohlverpflichtungen nicht führen. Es ändert indessen nichts an dem Grundsatz: Ein transparenter Private Investor-Test erübrigt die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens.

Der zweite Teil der Vorlagefrage geht dahin, ob Art. 71 EG unmittelbar auf öffentliche Zuschüsse angewandt werden kann, mit denen die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ohne Rücksicht auf die VO 1191/69 ausgeglichen werden. Der EuGH verklammert durch seine Antwort auf den zweiten Teil der Vorlagefrage die Antworten auf deren andere Teile. Prämisse der Antwort ist, dass nach Art. 71 EG 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. Wenn nun im Ausgangsverfahren keine VO anwendbar wäre, wäre zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren fraglichen Zuschüsse Beihilfen seien. Sei die VO 1191/69 anwendbar, so brauche das vorliegende Gericht nicht zu prüfen, ob diese Zuschüsse mit den Bestimmungen des Primärrechts vereinbar seien. Sei die VO 1191/69 nicht anwendbar, müsse geklärt werden, ob die Zuschüsse überhaupt unter Art. 87 EGV fielen. Sei das nicht der Fall, bestehe kein Anlass, auf Art. 71 EGV zurückzugreifen.

Daraus folge, 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 VO 1191/69 fallen und nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, wonach Zuschüsse keine Beihilfe darstellen. Gleichsam als *deus ex machina* zaubert der EuGH an dieser Stelle die VO 1107/70 hervor, die

es den Mitgliedstaaten verwehre, sich für Beihilfen, die zum Ausgleich für mit dem öffentlichen Dienst verbundene Belastungen gewährt wurden, unmittelbar auf Primärrecht zu berufen. Soweit die VO 1191/69 nicht anwendbar sei und die Zuschüsse unter Art. 87 fielen, lege die VO 1107/70 abschließend fest, unter welchen Voraussetzungen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen im Sinne von Art. 71 EGV gewähren könnten.

3. Würdigung

Das EuGH-Urteil hatte keinen Einfluss auf den Ausgang des konkreten Rechtsstreits, weil dieser sich mit dem Ablauf der streitgegenständlichen Genehmigungen erledigt hatte. Das Urteil besitzt aber über den Bereich des ÖPNV hinausreichende Bedeutung für den gesamten Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge. Das brisante Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge hat zu einem unglücklichen Stellungskrieg geführt, bei dem jedes Lager versucht, sich mit passenden Textfragmenten des Altmark-Urteils zu munitionieren. Dabei besteht die Gefahr, dass das Urteil einerseits zerredet wird und dass es andererseits in einer Weise kanonisiert wird, die seiner Bedeutung nicht gerecht wird.

Im deskriptiven Teil fällt auf, dass der EuGH sich nicht auf die Einzelheiten des deutschen PBefG einlässt. Der nationale Gesetzgeber mag sich noch so große Mühe mit differenzierenden Lösungen geben, der EuGH schaut nur auf das praktische Ergebnis. Die nationalrechtliche Differenzierung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren ist gemeinschaftsrechtlich zulässig. Das sollte eigentlich keiner besonderen Hervorhebung bedürfen. Echte eigenwirtschaftliche Verkehre ohne Zuschüsse gehen den EuGH nichts an, d.h. sie sind gemeinschaftsrechtlich nicht relevant. Streitig sind allein bezuschusste Verkehre. Zentrale Aussage des EuGH ist, dass auch bezuschusste Verkehre von der VO 1191/69 ausgenommen werden dürfen, wenn die Ausnahme bestimmt genug gefasst ist. Bei den eigenwirtschaftlichen Verkehren in deutschem Recht zweifelt der EuGH an der Bestimmtheit, weil ein Wahlrecht bestehe, ob diese als eigen- oder gemeinwirtschaftliche Verkehre etikettiert werden. Der EuGH stößt sich an der Formulierung des BVerwG „Wahlrecht“ des Unternehmers. Die Formulierung ist in der Tat missverständlich. In Wirklichkeit geht es beim „Wahlrecht“ um die Unternehmerfreiheit.

Die Frage der Bezuschussung ist dagegen vom Aufgabenträger zu beantworten und ist der Genehmigungserteilung vorgelagert. Der Auf-

gabenträger hat zu entscheiden, welche Ausgleichszahlungen er leistet. Um sein Wahlrecht geht es. Nur für auferlegte Leistungen findet die VO 1191/69 Anwendung. Das BVerwG hat sich vorerst der Aufgabe entzogen, zu prüfen, ob das PBefG so interpretiert werden kann, dass es den Bestimmtheitsanforderungen des Gemeinschaftsrechts genügt. Da nicht alle gemeinwirtschaftlichen Verkehre unter die VO 1191/69 fallen müssen, kommt es darauf an, ob die Zuordnung der vom Anwendungsbereich der VO ausgenommenen Verkehre zu den eigenwirtschaftlichen Verkehren zulässig war. Das ist auch unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes der Fall. Das Verhältnis von § 13 und § 13 a PBefG ist nicht wie folgt zu verstehen: Eigenwirtschaftlich sind Verkehre, die der Antragsteller als eigenwirtschaftliche Verkehre beantragt; alle Zuschüsse, die er nach Genehmigungserteilung erhält, sind Erträge im handelsrechtlichen Sinn; die Zuschüsse machen die eigenwirtschaftlichen nicht zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren. Vielmehr verhält es sich so: Eigenwirtschaftlich sind nur solche Verkehre, die entweder überhaupt nicht bezuschusst werden oder für die Ausgleichszahlungen für auferlegte gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ohne Beihilfecharakter gewährt werden; ob Ausgleichszahlungen Beihilfecharakter haben, richtet sich abstrakt nach den Kriterien des EuGH, die dieser nicht entwickelt hätte, wenn er sie für zu unbestimmt hielte.

Wichtigstes Ergebnis des EuGH-Urteils ist, dass der EuGH sich von den Bedenken der Generalanwälte gegenüber die Ferring-Rechtsprechung nicht beeindruckt ließ, sich aber durch Vermeidung eines Eingehens auf die Kontroversen im Schrifttum dogmatisch nicht festlegte. Eine eindeutige Aussage zu Gunsten der Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung wurde nicht getroffen. Aber im Ergebnis spricht alles für die Tatbestandslösung. Die Voraussetzungen dafür, dass eine Ausgleichszahlung keine (unzulässige) Beihilfe darstellen, sind als negative Tatbestandmerkmale formuliert. Konsequenz der Tatbestandslösung ist die fehlende Notifizierungspflicht (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG) der Ausgleichszahlungen ohne Beihilfecharakter. Dies ist für die Betroffenen freilich mit erheblichen Risiken verbunden. Erweist sich bei unterbliebener Notifikation eine Ausgleichszahlung bei Überprüfung durch die Kommission als Beihilfe, folgt daraus die Pflicht zur Rückerstattung, ohne dass sich der Empfänger auf Vertrauensschutz berufen könnte. In Zweifelsfällen ist eine vorsorgliche Anzeige bei der Kommission mit der Bitte um autoritative Feststellung, dass keine anmeldepflichtige Beihilfe vorliegt, ratsam. Da das PBefG bestimmt genug ist, dem Gemeinschaftsrecht zu entsprechen, kommt es bei der konkreten Ausgleichszahlung darauf an, ob die Voraussetzungen vorliegen, nach denen Zuschüsse keine Beihilfe darstellen. Dies ist in einem über diese Frage geführten Rechtsstreit nach

nationalem Recht zu beurteilen. Handelt es sich dann um eine Beihilfe, bedarf diese der Rechtfertigung.

V. Folgerungen

1. Konsequenzen für das nationale Recht

Das Gemeinschaftsrecht steht einer Zweiteilung in eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehre nicht entgegen. Eigenwirtschaftliche Verkehre ohne jegliche Zuschüsse entziehen sich dem Gemeinschaftsrecht sub specie Beihilfeverbot. Bei den gemeinwirtschaftlichen Verkehren sind solche mit auferlegten Verpflichtungen und bezuschusste Verkehre zu unterscheiden. Genehmigungen für Verkehre, die Zuschüsse ohne Beihilfecharakter erhalten, können ausgeschrieben werden, müssen es aber nicht. Auf sie ist die VO 1191/69 nicht zwingend anwendbar. Dem nationalen Gesetzgeber steht es frei, sie wie echte eigenwirtschaftliche Verkehre zu behandeln. Die Zuschüsse, die keinen Beihilfecharakter haben, sind weiterhin „Erträge im handelsrechtlichen Sinn“. Letztlich könnte man das nationale Recht unverändert fortbestehen lassen. Um Missverständnisse des EuGH zu vermeiden, sollte der nationale Gesetzgeber jedoch eine klarstellende Regelung treffen.

2. Konsequenzen für das Gemeinschaftsrecht

Gemeinschaftsrechtlich ist dem Verständnis des EuGH Rechnung zu tragen, der Verordnungsgeber könne im Hinblick auf alle Zuschüsse zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren – genauer: zu Verkehren mit Daseinsvorsorgecharakter –, d.h. im Hinblick auf Ausgleichszahlungen und Beihilfen, eine Sonderregelung treffen. Daher sollte entweder wieder wie bisher eine Ausnahmeregelung aufgenommen werden oder – besser – die Möglichkeit der Direktvergabe in Anlehnung an Ausnahmevoraussetzung 4 des Altmark-Urteils des EuGH formuliert werden.

VI. Schlussbemerkung

Aus dem Altmark-Urteil des EuGH wurden schon Schlüsse gezogen, ehe es veröffentlicht war. Da es verschiedene Entscheidungsschichten enthält und durch Regeln, Ausnahmen und Gegenausnahmen geprägt ist, glauben viele, für ihr jeweiliges Vorverständnis Honig saugen zu können. Manche sehen im Altmark-Urteil ein Bekenntnis zu mehr Wettbewerb

und Ausschreibungspflichten. Andere betrachten – realistischer – die Entscheidung als Absage an ein überzogenes Wettbewerbsdogma. Einen Freibrief für die bisherige deutsche Finanzierungspraxis im ÖPNV stellt das EuGH-Urteil keineswegs dar. Pauschale Verlustübernahmen oder Quersubventionierungen unterliegen beispielsweise dem Beihilferegime der Art. 87 ff. EGV. Wer mehr Wettbewerb will, kann den ÖPNV wie bisher direkt durch eine Vorgehensweise nach § 13 a PBefG betreiben. Durch Kostentransparenz bei den Ausgleichszahlungen lässt sich aber auch ein Ausschreibungswettbewerb vermeiden. Generell bedeutet das Altmark-Urteil kein Bekenntnis zu mehr Wettbewerb im ÖPNV, sondern zu mehr Transparenz bei den für den ÖPNV unverzichtbaren Zuschüssen.

Eigenerstellung und Wettbewerb im ÖPNV Perspektiven für Rollenverständnisse von Aufgabenträgern und Unternehmen

Mein etwas sperrig formuliertes Thema entstammt der Praxis, und mein Bericht kann nicht den Anspruch erheben, bezogen auf die gesamte Bundesrepublik statistisch oder empirisch gesichert zu sein. Er schildert lediglich das, was wir derzeit im Spannungsfeld zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen in der Praxis erleben. Da unser Beratungsfokus im kommunalen Raum liegt, beziehen sich meine Ausführungen schwerpunktmäßig auf diesen Marktsausschnitt. Dort gibt es die Besonderheit, dass die Aufgabenträger häufig auch Anteilseigner der kommunalen Verkehrsunternehmen sind. Das gilt zumindest für die größeren Städte.

I. Rückblick auf die kommunale Tradition der Daseinsvorsorge in Deutschland

Um die heutige Situation verstehen und richtig einordnen zu können, ist es hilfreich zu wissen, aus welcher Tradition man kommt. Deshalb vorab ein Rückblick:

Schaut man zurück mit dem Erfahrungshorizont der WIBERA, die traditionell seit den 30er Jahren Kommunen und kommunale Unternehmen berät, kann man konstatieren, dass die Frage, welcher Typus von Aufgabenerfüllung angezeigt ist – Erfüllungsverantwortung oder Gewährleistungsverantwortung – über Jahrzehnte im Grunde keine Rolle gespielt hat. Wir haben eine kommunale Tradition der Daseinsvorsorge dahingehend, dass eine Aufgabe, die man vor Ort als wahrnehmungswürdig erachtet hat, mit eigenen Einrichtungen im Sinne einer Erfüllungsfunktion in Angriff genommen wurde, traditionell in Form kommunaler Eigenbetriebe, und das gilt auch für den ÖPNV.

Wir erlebten dann die Umwandlungswelle mit dem Ergebnis einer formellen Privatisierung, so dass die Unternehmen seit Ende der 60er, Anfang

* Dieter Marszalek ist Leiter der Abteilung Verkehrswirtschaftliche Beratung der WIBERA Wirtschaftsberatung AG, Düsseldorf.

der 70er Jahre zunehmend als Kapitalgesellschaften verfasst sind. Bayern folgte dabei mit einer gewissen Verzögerung; ich erinnere z.B. an die Umwandlung der Stadtwerke München vor nicht allzu langer Zeit. Häufig sind diese Kapitalgesellschaften mit spartenbezogenen Unternehmensgegenständen der Versorgung oder des ÖPNV in Holdingkonstruktionen eingebunden. Das ist heutzutage der Standardorganisationsfall in den großen Städten. Im Verhältnis zwischen den umgewandelten Eigenbetrieben und den Anteilseignern kann man im Vergleich zum Status quo ante einen spürbaren Autonomiegewinn zugunsten der Unternehmen feststellen.

Bezüglich der Anteilseigner lässt sich feststellen, dass das Beteiligungscontrolling noch bis in die 80er Jahre hinein nicht besonders ausgeprägt war. Auch in den Fällen, in denen die Unternehmen nicht ausschließlich im Querverbund finanziert werden konnten, sondern weitere Mittelzuführungen aus den öffentlichen Haushalten erforderlich waren, gab es einen für die Unternehmen komfortablen eingespielten Mechanismus: Der Verkehrsdirektor meldete den meist von Jahr zu Jahr gestiegenen Verlust an, und der Kämmerer stellte ihn in den Haushalt ein. Dieser Mechanismus wurde nach meiner Wahrnehmung seit Anfang der 90er Jahre gestoppt, und die Haushaltsrestriktionen führten in einer wachsenden Zahl von Fällen zu klaren Begrenzungen der aus Sicht des Anteilseigners noch tragfähigen Verkehrsverluste.

Beteiligungscontrolling im Sinne von Einflussnahme des Anteilseigners hat es allerdings in wesentlichen Angelegenheiten immer gegeben, entweder bei dem politisch sensiblen Thema Tarife – jedoch sehr unterschiedlich von Stadt zu Stadt – oder aber bei Großinvestitionen, insbesondere im Bereich des Stadtbahnbaus.

Auf dem flachen Land war die Entwicklung eine andere: Die Struktur der ÖPNV-Bedienung ist dort nicht mit städtischen Anforderungen vergleichbar, und auch die Unternehmenslandschaft stellt sich anders dar. Hier hatten insbesondere im Westen der Republik Bundesunternehmen die Versorgung sichergestellt, und zwar auf eigenwirtschaftlicher Grundlage. Dies hat sich geändert mit der zunehmenden Verbreitung von Verkehrsverbänden, in denen diese Unternehmen ihre Haustarife zugunsten der häufig weniger ergiebigen Verbundtarife aufgeben mussten. Dadurch sind notwendigerweise Schnittstellen entstanden zwischen diesen eigentlich nach wie vor eigenwirtschaftlichen Unternehmen und den – seinerzeit nicht so genannten – Aufgabenträgern. Allerdings waren diese Schnittstellen sehr regelungsarm ausgestaltet. Es ist immer wieder erstaunlich, dass man auch heute noch sehr kurze Altverträge mit ge-

ringem Pflichtenkatalog der Verkehrsunternehmen vorfindet, auf deren Basis aber z.B. siebenstellige Ausgleichszahlungen geleistet werden.

Bei einer Würdigung dieser Verträge muss man bedenken, dass die Unternehmen historisch eine sehr starke Stellung als Konzessionäre hatten und es keinen rechtlichen Hebel gab, sie in die Verbände hinein-zwingen. Um den notwendigen Anreiz zu schaffen, wurde den Unternehmen ein Besitzstand gewährt, und es wurden verbundbedingte Lasten ausgeglichen. Weit verbreitet waren dynamische Alteinnehmergarantien, die man in einigen Verbänden auch heute noch vorfindet.

II. Einführung des Aufgabenträgers und Unterscheidung zwischen Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit im ÖPNV

Ein großer Einschnitt kam im Zuge der Regionalisierung des SPNV mit der Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) als Bestandteil des Eisenbahnneuordnungsgesetzes vom Dezember 1993, die uns die Auslegungsschwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit gebracht hat, indem sie einen sehr eigenen Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit kreierte: Dieser gestattet, sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne mit anzusetzen, um den Eigenwirtschaftlichkeitsnachweis zu erbringen.

Mit der Novelle wurde formal der Aufgabenträger für den nach PBefG konzessionierten Verkehr geschaffen, dessen Bestimmung sich nach dem Landesrecht bemisst. Die wesentliche Aufgabe des Aufgabenträgers ist der Sicherstellungsauftrag für den ÖPNV, der in den meisten ÖPNV-Gesetzen der Länder klar abgegrenzt wird von der Aufgabenteilung der Verkehrsunternehmen als Erbringer der Verkehrsleistungen.

Die Aufgabenträger haben im Wesentlichen zwei Instrumente, um ihrem Sicherstellungsauftrag nachkommen zu können: Das ist zum einen die Planungskompetenz in Form des Nahverkehrsplans und zum anderen die Behördenfunktion nach der EG-Verordnung 1191/69. Aber § 8 Abs. 4 des PBefG errichtet einen Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehre, und nach meinem Verständnis greift damit der Sicherstellungsauftrag der Aufgabenträger immer nur dann, wenn die eigenwirtschaftlichen Verkehre keine ausreichende Verkehrsbedienung für die Allgemeinheit bieten. Das wird nicht von jedem Aufgabenträger in der notwendigen juristischen Schärfe gesehen. Häufig wird von den Aufgabenträgern eine Art Allzuständigkeit auch für eigenwirtschaftliche Verkehre reklamiert, und dies führt zu Kontroversen mit den Unternehmen, die ihre von Ge-

setzes wegen stark ausgeprägte Stellung gegen Ausgestaltungsansprüche der Aufgabenträger ins Feld führen.

Dieser weite Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit hat – und das war vom historischen Gesetzgeber so gewollt – die Fortführung tradierter Finanzierungsformen, insbesondere in den steuerlichen Querverbänden gestattet, deren Finanzierungskraft nach wie vor in den Städten eine maßgebliche Säule des ÖPNV ist.

Irgendwelche besonderen Anforderungen stellt das nationale Eigenwirtschaftlichkeitsrecht an diese nicht vom Markt kommenden Finanzierungsbeiträge nicht. Nur in wenigen Fällen wurden städtische Finanzierungsbeiträge zur Verlustabdeckung vertraglich mit dem Verkehrsunternehmen geregelt. In Berlin gibt es seit einiger Zeit einen solchen Vertrag zwischen dem Land Berlin und der BVG, der die Finanzierung und Restrukturierung regelt; in einigen anderen Städten ist das auch der Fall.

Diesen Verträgen lag im Wesentlichen das Motiv zugrunde, gegenseitige Planungssicherheit durch Vereinbarung von Zuschusslinien zu schaffen. Ansonsten sind diese Verträge wenig regelungsfreudig und nicht annähernd vergleichbar mit klassischen Verkehrsverträgen aus der SPNV-Ausschreibungspraxis.

Auch die Nahverkehrspläne der ersten Generation waren in aller Regel wenig konkret, was die Definition des Leistungsangebots angeht, sowohl qualitativ als auch quantitativ. So nimmt es nicht Wunder, dass vielfach die Unternehmen selbst die Federführung für die Inhalte der Nahverkehrspläne der ersten Generation eingeräumt bekamen. Man kann festhalten, dass sich die ÖPNV-Landschaft trotz Implementierung des Aufgabenträgers und seiner Aufgaben im nationalen ÖPNV-Recht mit Inkrafttreten 1996 nicht einschneidend verändert hat.

III. Europäische Initiativen für Wettbewerb im ÖPNV

Seit der zweiten Hälfte der 90er Jahre haben wir aber eine Diskussion über eine möglicherweise anstehende radikale Änderung der Rahmenbedingungen für den ÖPNV-Markt. Ein Blick über die Grenzen zeigte, dass es seit Anfang der 90er Jahre in einigen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft entwickelte Wettbewerbsmärkte auch im ÖPNV gibt; verwiesen sei auf das Beispiel Skandinavien. Das heißt, diese Staaten haben den Markt geöffnet in Form von Ausschreibungswettbewerben um

ÖPNV-Leistungen. Und seit Mitte der 90er Jahre gibt es auch erste Verlautbarungen der EU-Kommission mit groben Politikzielbestimmungen. Diesen liegen Bewertungen der unterschiedlichen Marktsysteme im ÖPNV zugrunde, die darin münden, dem kontrollierten Wettbewerb nach skandinavischer Art gegenüber liberalisierten oder geschlossenen Märkten den Vorzug zu geben. Dieser Ansatz findet sich bereits in dem Grünbuch der Kommission „Das Bürgernetz“ von 1995. Seitdem gibt es Voraussagen, dass der Wettbewerb im Endeffekt zum bestimmenden Marktprinzip im ÖPNV werden wird.

Aufgrund dieser Diskussion haben die Unternehmen erkannt, dass die Erlangung der Wettbewerbsfähigkeit die strategische Option ist, auf die sie setzen müssen. Sie ist zum Unternehmensziel erhoben worden, und die Unternehmen ringen mehr oder weniger intensiv darum, Wettbewerbsfähigkeit zu erlangen. In fast jedem Unternehmen gibt es entsprechende Restrukturierungskonzepte, die Wege dorthin aufzeigen sollen.

Die EU-Kommission hat ihre Politikziele mit der Präferenz für einen kontrollierten Wettbewerb 2000 und 2002 in ihren Vorschlägen für eine Nachfolgeregelung zur VO 1191/69 bestätigt.

Angesichts der Bemühungen der Unternehmen seit Mitte der 90er Jahre, „fit“ für den Wettbewerb zu werden, drängt sich die Frage auf, was die Aufgabenträger angesichts eines von Brüssel gewollten Wettbewerbs im ÖPNV unternommen haben. Zum Wettbewerb gehört ja immer auch derjenige, der den Wettbewerb initiiert, also als Vergabestelle die Ausschreibung durchführt – als Pendant zu demjenigen, der im Wettbewerb mitbietet. Die Antwort auf die Frage lautet, dass bei den Aufgabenträgern, abgesehen von einigen Vorreitern, eine erhebliche Verzögerung festzustellen war, sich der Wettbewerbsherausforderung zu stellen. Die Aufgabenträger haben erst sehr spät erkannt, dass Wettbewerb ihre Bestellfähigkeit voraussetzt.

Erst in der zweiten Generation der Nahverkehrspläne – in der Regel beträgt der Planungszeitraum fünf Jahre – werden jetzt die Grundlagen für wettbewerbliche Vergaben, insbesondere Linienbündelungen für den Loszuschnitt, geschaffen.

IV. Stärkung der Stellung der Aufgabenträger

Auf die Frage, wo wir heute stehen, ist meine Antwort: Es gibt Treiber, die dazu führen werden, dass das Realität wird, was mit dem Stichwort

Besteller-/Erstellerstrukturen grob umschrieben wird. Selbstverständlich gilt dies dort, wo förmlich ausgeschrieben wird. Einige Länder drängen bereits in diese Richtung: Das Beispiel Hessens ist bekannt, aber auch die Novellen der ÖPNV-Gesetze in Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern gehen eindeutig dahin, die Mittel, wie im SPNV, beim Aufgabenträger zu poolen, also ihm als Besteller eine wesentlich stärkere Stellung gegenüber der Unternehmensebene einzuräumen.

Das Altmark Trans-Urteil des EuGH ist ein solcher Treiber für diese Entwicklung. Die Umsetzung des Urteils in der Praxis als marktorientierte Direktvergabe drückt dies sprachlich treffend aus: Direktvergabe ist auch eine Form der Vergabe. Eine Betrauung nach dem ersten Kriterium des Urteils bedarf auch einer Regelung zwischen dem Betrauenden und dem Betrauten. Ich bin überzeugt, auch das künftige Gemeinschaftsrecht wird bei zulässiger Eigenproduktion verlangen, dass der Aufgabenträger den ÖPNV durch einen Vertrag steuert.

Die Herausforderung an die Aufgabenträger betrifft nicht nur die Definition eines Loses, das in den Wettbewerb gegeben wird – z.B. 5 Mio. Nutzwagenkilometer mit Bussen in Niederflurtechnik. Der Aufgabenträger steht vielmehr vor der anspruchsvollen Aufgabe, im Vorfeld ein Marktmodell zu konzipieren, das die Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Risiken zwischen dem Aufgabenträger und dem Unternehmen absteckt. Dafür gibt es sehr unterschiedliche Modelle. Der Aufgabenträger kann im einen Extrem ein gesamtes Netz vergeben, wie es beispielsweise in Frankreich Praxis ist. Den anderen Extremfall bildet die Ausschreibung einer reinen Carrierleistung in Form eines Fahrplanblatts. Es ist un schwer zu erkennen, dass sich der Aufgabenträger im Fall einer Netzausschreibung nicht um operatives ÖPNV-Geschäft wie die Erstellung eines Fahrplans zu kümmern hat – was er in dem anderen Fall sehr wohl zu tun hat und wozu er auch fachlich in der Lage sein muss.

Die Risikoallokation wurde bereits als weiteres Regelungsfeld angesprochen. Auch hier bestehen zwischen den Ausgestaltungspolen gravierende Unterschiede zwischen einem Bruttovertrag, der dem Unternehmer nur das Produktionsrisiko aufbürdet, und einem reinen Nettovertrag, bei dem er auch das gesamte Markterlösrisiko trägt.

Und nicht zuletzt geht es um die Definition von Freiheitsgraden für die Unternehmen. Diese stehen im Mittelpunkt der Diskussion, wenn um die zweckmäßige Ausgestaltung der Aufgabenträgerrolle gerungen wird. Wie soll ausgeschrieben werden, funktional oder konstruktiv? Pointiert gewendet: Bekommen wir den vielzitierten „Behörden-ÖPNV“ oder bleibt

es dabei, dass im Wesentlichen die Unternehmen am Markt, mit vielen Freiheitsgraden versehen, agieren können?

V. Bestellfähigkeit und Zielvorstellungen der Aufgabenträger

Was die aktuelle Bestellfähigkeit der Aufgabenträger als solche angeht, kann man ein breites Spektrum konstatieren: Es gibt Verbände mit einer bereits weit zurückreichenden Ausschreibungspraxis; beispielsweise schreibt der Münchner Verkehrs- und Tarifverbund seit Langem aus. In Hessen beobachten wir derzeit eine große Ausschreibungswelle von Busverkehrsleistungen. Andere Verbände simulieren schon einmal Wettbewerb in Form von Verträgen zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen; dies ist der Fall im Großraum Hannover, und auch der Verkehrsverbund Bremen-Niedersachsen hat eine Übungsausschreibung gemacht. Dann gibt es Verbände, die bereits sehr ausgefeilte Konzepte in der Schublade haben, z.B. der HVV in Hamburg. Aber es gibt auch viele Aufgabenträger, die noch in der ganz groben Findungsphase sind, wie sie eigentlich mit einer Bestellerrolle umgehen sollen oder wollen.

Die Zielvorstellungen, die die Aufgabenträger mit Wettbewerb verknüpfen, sind sehr unterschiedlich. Für Ballungsräume ist der Trend stark fahrgastorientiert, und Qualität, gemessen als Kundenzufriedenheit, steht im Mittelpunkt. In der Fläche geht es zumeist um Kosteneinsparung. So verkünden die hessischen Ausschreibungsakteure gern, dass sie 20-25 % Kosteneinsparung durch die Ausschreibung erzielt haben – ob nun durch Dumpingangebote oder nicht.

Bei den Aufgabenträgern, die ein eigenes Unternehmen haben, spielt die Sicherung dieses Unternehmens durch eine marktorientierte Direktvergabe entsprechend dem Altmark Trans-Urteil des EuGH eine große Rolle. Man will kommunales Vermögen sichern und Remanenz- sowie Transaktionskosten vermeiden, die mit einer Ausschreibung einhergehen oder bei Leistungsverlust des eigenen Unternehmens drohen würden.

Zu beobachten ist, dass die ausschreibenden Aufgabenträger ein sehr ausgeprägtes Sicherheitsbedürfnis haben. Dies ist bedenklich, weil es zu einer Regelungswut führt, alles bis ins Kleinste festzulegen. Ich fürchte, dass wir hiervon im Busbereich nicht verschont bleiben, zumindest in der ersten Welle von Ausschreibungen. Man orientiert sich bei den Aufgabenträgern sehr stark an den SPNV-Vergaben, und bei diesen füllen die Leistungsbeschreibungen mittlerweile im Fall größerer Aus-

schreibungen mehrere Leitzordner. Häufig sind diejenigen, die SPNV-Ausschreibungserfahrung haben, auch diejenigen, die Busausschreibungen durchführen werden – ob direkt als Aufgabenträger oder als dienstleistende Verbundgesellschaft.

VI. Wahlfreiheit zwischen marktorientierter Direktvergabe und Ausschreibungswettbewerb

Bezüglich der marktorientierten Direktvergabe ist festzuhalten, dass ein Aufgabenträger die Wahl hat, diesen Weg zu gehen oder auf den Wettbewerb zu setzen. Das heißt, die an einer Direktvergabe interessierten Unternehmen müssen für die Direktvergabe streiten. Um seinen Aufgabenträger hierfür zu gewinnen, muss man ihn überzeugen, dass die Einhaltung des objektiven Kostenmaßstabs des vierten Kriteriums des EuGH-Urteils tatsächlich zu Kostenreduzierungen führen wird, ggf. gestützt durch eine ambitionierte Restrukturierung. Und man wird nicht umhin kommen, diesem direktvergebenden eigenen Anteilseigner oder Aufgabenträger gewisse Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten einzuräumen. Damit ist allerdings ein schwieriges Feld eröffnet; denn die Fachverwaltungen denken sehr schnell in der Kategorie des Verkehrsvertrags, wenn es um die Umsetzung des EuGH-Urteils geht. Das muss aber nicht unbedingt so sein; der EuGH spricht lediglich davon, dass man betraut werden muss. Bezüglich der Handlungsform und der Regelungsintensität besteht meines Erachtens ein erheblicher Ausgestaltungsspielraum.

VII. Perspektiven und Prognosen

Grundsätzlich meine ich, dass der Rechtsrahmen eine breite Palette von Gestaltungsmöglichkeiten einräumt. Das gilt für den bestehenden Rechtsrahmen, und zwar sowohl im Bereich der Eigenwirtschaftlichkeit als auch im Bereich der Gemeinwirtschaftlichkeit; denn die VO 1191/69 gibt nur einen ziemlich weiten Rahmen vor. Aber auch das Gemeinschaftsrecht wird – wenn man die vorliegenden bekannten Vorschläge der Kommission zugrundelegt – einen weitgefassten Rahmen bilden und damit viele Marktmodelle zulassen. Die Regelungswut Brüssels ist also an dieser Stelle gar nicht so groß, wie häufig beklagt wird.

Interessant wäre es, wenn wir in Europa einen Wettbewerb wirklich unterschiedlicher Systeme bekämen, also zwischen dem Vergabewettbewerb einerseits und einer nachhaltig gesicherten Eigenerzeugung andererseits. Nach dem Verständnis der EU-Kommission lässt, wie gesagt, der kontrollierte Wettbewerb Freiraum für die unterschiedlichsten Marktmodelle.

Zur Ausgestaltung der marktorientierten Direktvergabe als Form der Eigenerzeugung macht das EuGH-Urteil wenig Vorgaben. Diese „Vergabefreiheit“, wie ich es nennen will, führt zum Beispiel dazu, dass auch im Fall integrierter Unternehmen eine marktorientierte Direktvergabe möglich ist. Und es gibt viele Beispiele dafür, dass man sich, auch bei Schienenverkehrsunternehmen, dezidiert zu den integrierten Unternehmen bekennt, etwa in Rostock oder in Erfurt. Ich denke, auch die Aufrechterhaltung dieser Integration im Unternehmen stellt ein Marktmodell im Rahmen einer marktorientierten Direktvergabe dar, und darin sehe ich eine positive Perspektive, weil nämlich eine sehr schlanke Aufgabenträgerorganisationen ermöglicht wird.

Mit der marktorientierten Direktvergabe kann man durchaus die Zielstellungen der Fachämter und Beteiligungsverwaltungen realisieren, auch wenn diese nicht immer deckungsgleich sind. Denn der Nahverkehrsplan bekommt Verbindlichkeitscharakter, wenn man eine Betrauung vornimmt. Man kann den Querverbund fortführen – was den Kämmerer freut. Und man vermeidet Remanenzkosten – was ebenfalls den Kämmerer, aber auch die Belegschaft freut. Insbesondere vermeidet man die nicht zu unterschätzenden Transaktions- und Strukturänderungskosten, die eine Ausschreibung mit sich brächte.

Ob wir nachhaltig auf eine marktorientierte Direktvergabe setzen können, wissen wir derzeit noch nicht. Offene Fragen sind die Wirksamkeit der Teilbereichsausnahme im PBefG, aber auch die Voraussetzungen für eine marktorientierte Vergabefreiheit. Nicht zuletzt ist auch noch offen, ob das künftige Sekundärrecht Raum für eine marktorientierte Direktvergabe lassen wird.

Bezüglich des kontrollierten Wettbewerbs bin ich eher skeptisch, ob die Freiräume, um die zwischen den Akteuren gerungen wird, tatsächlich ausgeschöpft werden. Die angesprochene Fixierung der Vergabestellen auf die Vergaberechtssicherheit – also die Gerichtsfestigkeit einer Ausschreibung – führt zu den genannten „Leitzordner-Ausschreibungen“ und bedeutet letztendlich auch, dass Aufgabenträger zunehmend Unternehmerfunktionen übernehmen und Erlösrisiken tragen. Ob das richtig

ist, mag jeder für sich entscheiden. Ich bin da eher skeptisch, zumal das Streben nach Perfektion und Lückenvermeidung zwangsläufig kosten-treibend wirkt.

Wichtig erscheint mir die Feststellung, dass kontrollierter Wettbewerb zwar auf einem sehr hohen Qualitätsniveau stattfindet, dies allerdings Preiswettbewerb nicht ausschließt. Dieser Aspekt wird häufig übersehen, wenn Qualitätswettbewerb und Preiswettbewerb als Gegensatzpaar dargestellt werden. Es handelt sich aber nicht um ein Gegensatzpaar; denn es kann extrem hohe Qualität ausgeschrieben werden, und dennoch kann zwischen Geboten, die alle die gleiche geforderte Qualität versprechen, ein 5-Cent-Unterschied über den Zuschlag entscheiden. Den Zuschlag erhält dann der Bieter, der die günstigeren Lohntarife anwendet.

Mit Sorge sehe ich die Entwicklung, dass gut funktionierende kommunale Unternehmen aus ordnungspolitischen Gründen desintegriert werden. Einen rechtlichen Ansatzpunkt dafür, dass ein integriertes kommunales Schienen- und Busunternehmen in eine Infrastruktureinheit und in einen Fahrbetrieb aufgeteilt werden muss, kann ich derzeit nicht erkennen. Jedoch wird dies zunehmend diskutiert, und es wurde ja auch an der einen oder anderen Stelle in Deutschland bereits realisiert.

Ich befürchte, dass wir in Zukunft gar nicht mehr so viel Flexibilität haben werden, Marktmodelle immer wieder auf den Prüfstand zu stellen und zu revidieren. Ich kann mir nicht vorstellen, dass wir, wenn die Bestellerorganisationen sich erst einmal aufgestellt haben, entsprechend ausgestattet sind und die ersten „Leitzordner-Ausschreibungen“ durchgeführt haben, davon wieder wegkommen. Denn es gibt dann die Mitarbeiter bei den Aufgabenträgern, die sich damit beschäftigt haben – und dies auch weiterhin tun wollen. Da wird dann wohl das Parkinsonsche Gesetz greifen.

Wir sollten in den kommenden Jahren nach Holland schauen. Dort hat man eine breite Palette sehr unterschiedlicher Modelle ausgeschrieben. Sollte sich zeigen, dass die unternehmerisch bezogenen Ausschreibungen vielleicht die besseren Ergebnisse zeitigen, also fahrgastfreundlicher sind und auch zu geringeren Zuschüssen führen, könnte dies als Best Practice und den hiesigen Aufgabenträgern als Lehre dienen, um wieder Öffnung in die ÖPNV-Landschaft zu bringen.

EuGH-konforme ÖPNV-Finanzierung in der Praxis Das Beispiel der Bundesstadt Bonn

I. Auftrag der Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH (SWBV)

Die Geschäftsführung der Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH (im Folgenden „SWBV“) und die Verwaltung der Bundesstadt Bonn haben gutachterlich feststellen lassen, welche Voraussetzungen für eine Betrauung und Finanzierung der SWBV durch den Aufgabenträger erfüllt werden müssen, um den Anforderungen des EuGH-Urteils vom 24. Juli 2003¹ zu genügen. Dadurch soll möglichst weitgehende Rechtssicherheit hinsichtlich der Möglichkeiten einer zukünftigen marktorientierten Direktvergabe von ÖPNV-Dienstleistungen durch die Bundesstadt Bonn an die SWBV erreicht werden. Insbesondere soll festgestellt werden, ob die vier Prüfkriterien des EuGH vom 24. Juli 2003 erfüllt sind bzw. welche Maßnahmen ggf. zu ergreifen sind, um diese zu erfüllen.

Der Auftraggeber erwartet auch eine Stellungnahme zu den „Spannungsfeldern“ zwischen dem beihilferechtlich geforderten „Betrauungsakt“ und dem Erhalt des steuerlichen Querverbunds und der Umsatzsteuerneutralität der Ausgleichszahlungen sowie zwischen der beihilferechtlichen Forderung nach einer vorherigen objektiven und transparenten Festlegung der Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen und dem Erhalt des steuerlichen Querverbunds.

Mit der Untersuchung wurde federführend die BPG GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft, Krefeld, die auch die Jahresabschlüsse der Gesellschaften des Stadtwerke Bonn-Konzerns prüft, beauftragt. Mitgewirkt haben die Industrie- und Verkehrstreuhand Gesellschaft mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München, und die WIBERA Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Düsseldorf.

Mit der bei Erfüllung der EuGH-Kriterien möglichen marktorientierten Direktvergabe möchte die SWBV keinesfalls dem Wettbewerb auswei-

* Prof. Dr. Hermann Zemlin ist Vorsitzender der Geschäftsführung der Stadtwerke Bonn GmbH. Dr. Peter Kraushaar ist Vorstandsvorsitzender der BPG AG und Geschäftsführer der BPG Beratungs- und Prüfungsgesellschaft GmbH, Krefeld.

¹ EUGHE Altmark-Trans, C-280/00.

chen; denn das vom EuGH aufgestellte Kriterium „gut geführt“ bringt den Zwang zu ständigem Vergleich und ständiger Verbesserung mit sich und führt auf diesem Weg zum Wettbewerb.

II. Ausgangssituation bei der SWBV

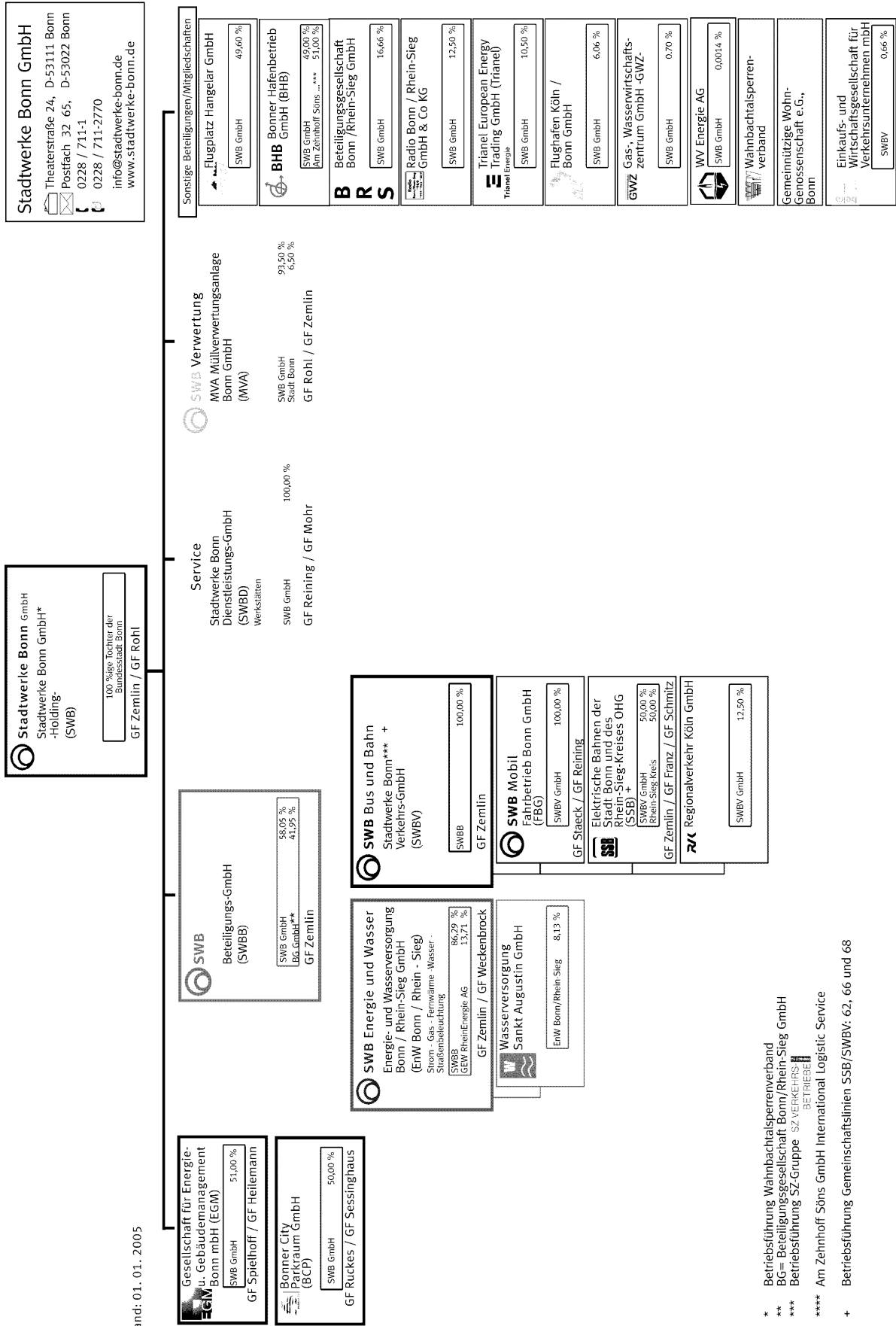
1. Konzernstruktur

Die SWBV ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Stadtwerke Bonn Beteiligungs-GmbH (im Folgenden „SWBB“). Die Anteile an der SWBB hält mehrheitlich die Stadtwerke Bonn GmbH (SWB), deren Anteile wiederum zu 100 % bei der Bundesstadt Bonn liegen. Eine Schwester-gesellschaft der SWBB ist die Stadtwerke Bonn Dienstleistungs-GmbH (im Folgenden „SWBD“). Ihre Anteile hält zu 100 % die SWB. An der Fahrbetrieb Bonn GmbH (im Folgenden „FBG“) hält die SWBV 100 % der Anteile. Zwischen der SWBB und der SWBV besteht ein Ergebnis-abführungsvertrag. Auf Grund des Ergebnisabführungsvertrags werden die bei der SWBV eintretenden Verkehrsverluste mit den Versorgungsgewinnen der Energieversorgung Bonn Rhein Sieg GmbH (EnW), mit der die SWBB ebenfalls einen Ergebnisabführungsvertrag geschlossen hat, „querverbunden“. Darüber hinaus besteht ein Ergebnisabführungsvertrag zwischen der SWBV und der FBG. Die SWBD führt ihr Ergebnis unmittelbar an die SWB ab, mit der ein Ergebnisabführungsvertrag besteht (Abbildung 1).

2. Wirtschaftliche Situation

Die Verkehrsverluste sind im Konzern im Wesentlichen bei der SWBV alloziert. Die SWB als Holding, die SWBD als Dienstleister für Werkstattleistungen und die FBG als Fahrbetriebsgesellschaft rechnen ihre Leistungen, von „Spitzen“ abgesehen, zu kostendeckenden Preisen mit der SWBV ab. Die SWB berechnet Overhead-Leistungen sowie Pacht für die Überlassung der eigentumsmäßig bei ihr verbliebenen Infrastruktur und Fahrzeuge. Die SWBD berechnet Werkstattleistungen und die FBG Fahrbetriebsleistungen. Der auf der SWBV-Ebene entstehenden Verluste überstiegen in den letzten Jahren die Versorgungsgewinne.

Abbildung 1: Konzernstruktur



* Betriebsführung Wahnbachtalsperrenverband
 ** BG= Beteiligungsgesellschaft Bonn/Rhein-Sieg GmbH
 *** Betriebsführung SZ Gruppe
 **** Am Zehnhoff Söns GmbH International Logistic Service
 + Betriebsführung Gemeinschaftslinien SSB/SWBV: 62, 66 und 68

3. Gegenwärtige rechtliche Grundlagen der „Betrachtung“ und der Ausgleichszahlungen der Bundesstadt Bonn

Derzeit sind die gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die die SWBV für die Bundesstadt Bonn erfüllt, nicht klar definiert bzw. dokumentiert. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Der *Nahverkehrsplan* des Aufgabenträgers (Bundesstadt Bonn) und *Genehmigungen* nach PBefG sind wesentliche Grundlagen der von der SWBV zu erbringenden gemeinwirtschaftlichen Pflichten. Der Nahverkehrsplan enthält die Anforderungen und Vorgaben, die die Bundesstadt Bonn als Aufgabenträger an die Ausgestaltung des ÖPNV stellt. Allerdings muss festgehalten werden, dass der Nahverkehrsplan keine unmittelbare Verbindlichkeit für das Unternehmen hat und als Betrachtungsakt deshalb nicht ausreicht. Eine darüber hinausgehende konkrete Beauftragung liegt nur noch für einzelne Zusatz-, Sonder- und Gelegenheitsverkehre vor.

Hinsichtlich des *Verlustausgleichs* wurde bei der Bundesstadt Bonn bis einschließlich 2003 so vorgegangen, dass die auf Ebene der SWB-Holding entstehenden Verluste, die sich im Wesentlichen aus eigenem Aufwand und den die Versorgungsgewinne übersteigenden Verkehrsverlusten zusammensetzen, aufgrund eines Ratsbeschlusses ausgeglichen werden. Innerhalb eines Dreijahreszeitraumes wurden Differenzen zwischen den entstandenen Verlusten und den Ausgleichsleistungen hingenommen. Ein Verkehrsvertrag oder andere bilaterale Vereinbarungen zwischen der Bundesstadt Bonn und der Holding bestehen bisher nicht. Die Verlustausgleichsleistungen deckten – jedenfalls im Dreijahreszeitraum – pauschal und ohne weitere Differenzierungen vollständig den überhängenden Verlust auf SWB-Ebene ab.

Ab dem 1. Januar 2004 wird die Verrechnung von Verkehrsverlusten und Versorgungsgewinnen zunächst auf der Ebene der SWBB erfolgen. Überhängende Verluste der SWBB sollen erneut von der SWB ausgeglichen werden; die Bundesstadt Bonn wiederum gleicht die Fehlbeträge der SWB nach dem bis einschließlich 2003 geltenden Verfahren aus.

4. Steuerlicher Querverbund zwischen Versorgungsgewinnen und Verkehrsverlusten

Der steuerliche Querverbund zwischen Versorgungsgewinnen und Verkehrsverlusten erfolgt ab 2004 auf der Ebene der SWBB. Da die von der

SWBV übernommenen Verkehrsverluste die von der EnW an die SWBB abgeführten Versorgungsgewinne übersteigen, werden die Versorgungsgewinne in vollem Umfang körperschaftsteuerlich entlastet. Das zuständige Finanzamt hat durch verbindliche Auskunft vom 27. Oktober 2003 den steuerlichen Querverbund zwischen Versorgungsgewinnen und Verkehrsverlusten auf Ebene der SWBB sowie die sogenannte inkongruente Gewinnverteilung steuerlich anerkannt.

III. Bedeutung der Prüfkriterien

Bei der Untersuchung wurde von folgenden Grundüberlegungen ausgegangen: Die – kumulative – Erfüllung der Kriterien ist Voraussetzung für die Möglichkeit der marktorientierten Direktvergabe, nämlich der Betrauung eines Verkehrsunternehmens mit ÖPNV-Betriebsleistungen durch den Aufgabenträger. Die marktorientierte Direktvergabe kann bei Erfüllung der Kriterien an die Stelle einer zeit- und kostenintensiven Ausschreibung treten. Nach dem Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 kann der Aufgabenträger unter bestimmten Voraussetzungen Ausgleichszahlungen für Verkehrsleistungen, die nicht durch Markterlöse gedeckt werden, gewähren, ohne dass der Tatbestand der Beihilfe erfüllt ist. Bei den meisten öffentlichen Verkehrsunternehmen übersteigen die IST-Kosten die „wettbewerbsfähigen“ und damit beihilferechtlich ohne weiteres ausgleichsfähigen SOLL-Kosten. Gleichwohl kann insbesondere die Erfüllung des Prüfkriteriums 4 attestiert werden, wenn und soweit konsequente Restrukturierungsmaßnahmen eingeleitet wurden bzw. konkret geplant sind und diese planmäßig zu einem wettbewerbsfähigen Kostenniveau führen.

Für den Aufgabenträger/Eigentümer gilt es deshalb, auf Basis eines methodisch klaren und plausiblen Nachweises der Erfüllung des Prüfkriteriums 4 frei zwischen der marktorientierten Direktvergabe und der Ausschreibung wählen zu können.

IV. Spannungsfelder und Zielkonflikte

1. Spannungsfeld zwischen dem beihilferechtlich geforderten Betrauungsakt (Prüfkriterium 1) und dem Erhalt des steuerlichen Querverbunds sowie dem Erhalt der Umsatzsteuerneutralität der Ausgleichszahlungen

Gelegentlich ist die Auffassung geäußert worden, Querverbunds-Ausgleichsleistungen würden grundsätzlich in den Anwendungsbereich des

Altmark-Trans-Urteils fallen. Begründet wurde diese Auffassung damit, dass der Aufgabenträger bei der typischen Querverbundgestaltung auf Mittel, auf die er wegen seines beherrschenden Einflusses auf die am Querverbund teilnehmenden Unternehmen zurückgreifen könnte (z.B. Versorgungsgewinne), verzichtet. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass § 14 des Körperschaftsteuergesetzes im Rahmen der steuerlichen Organschaft ausdrücklich die Verrechnung von Verlusten und Gewinnen zulässt und dass deshalb Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, die allen Wirtschaftsteilnehmern im Gebiet eines Mitgliedstaats zugute kommen, nicht „per se“ als Beihilfen qualifiziert werden können.

Unstrittig ist allerdings, dass ein Ergebnisabführungsvertrag als Grundlage für die Ausgleichsleistungen keinesfalls ausreicht. Prüfkriterium 1 fordert vielmehr den ausdrücklichen Betrauungsakt, der z.B. durch Abschluss eines Verkehrsvertrags vollzogen werden kann. Verkehrsverträge zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen sind vielerorts bereits abgeschlossen worden. Die Finanzverwaltung hat hierin bisher keine leistungsvertragliche Beziehung gesehen, mit der Folge, dass die Ausgleichsleistungen als Entgelte für die Erbringung der Verkehrsleistung ertragsteuerlich und umsatzsteuerlich relevant sind.

2. Spannungsfeld zwischen der Erfüllung der beihilferechtlichen Forderung nach einer vorherigen, objektiven und transparenten Festlegung der Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen (Prüfkriterium 2) und dem Erhalt des steuerlichen Querverbunds

Mit dem Ergebnisabführungsvertrag verpflichtet sich die SWBB, die Verluste der SWBV zu übernehmen. Die steuerliche Verlustübernahme verstößt nicht gegen das Prüfkriterium 2, mit dem eine vorherige, objektive und transparente Festlegung der Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen gefordert wird. Dies wäre nur dann der Fall, wenn zwischen der Bundesstadt Bonn und der SWBV außer den bestehenden Ergebnisabführungsverträgen keine weiteren im Vorhinein klar und transparent festgelegten Ausgleichsregelungen getroffen sind bzw. getroffen werden.

Die Bundesstadt Bonn wird aber in Zukunft in einer gesonderten Betrauungsvereinbarung die Ausgleichsbeträge, die die SWBV für bestimmte Leistungen und Leistungseinheiten erhalten soll, festlegen (vgl. VII.3).

Es ist vorgesehen, dass Ausgleichsleistungen von der SWBV als handelsrechtliche Erträge vereinnahmt werden und den von der SWBB handelsrechtlich zu übernehmenden Verlust vermindern, ohne die Verrechnung der steuerlichen Ergebnisse auf SWBB-Ebene zu tangieren. Mit der Durchführung des steuerlichen Querverbunds verzichtet die Bundesstadt Bonn nicht auf ihr zustehende Versorgungsgewinne. Das Gegenteil ist der Fall, da durch den Querverbund die Versorgungsgewinne steuerlich komplett entlastet werden und die steuerlichen Entlastungen betragsmäßig wesentlich höher sind als die Minderung des Holding-Ergebnisses durch die Übernahme handelsrechtlich nicht ausgeglichener Verkehrsverluste.

3. Verlust des steuerlichen Querverbunds bei Ausschreibung?

Die Bundesstadt Bonn ist zugleich Aufgabenträger und (mittelbar) Eigentümer der SWBV. Würde die Bundesstadt Bonn statt der marktorientierten Direktvergabe der Verkehrsleistung an die SWBV nach vorheriger Ausschreibung einen im Wettbewerb obsiegenden Bieter beauftragen und an diesen Ausgleichszahlungen leisten, so würden diesen Ausgleichszahlungen keine steuerliche Entlastungen von Versorgungsgewinnen mehr gegenüberstehen.

Steuerentlastungen sind nämlich nur dadurch zu erreichen, dass die durch Erlöse nicht gedeckten Kosten für Verkehrsleistungen *im mit der Versorgung „querverbundenen“ Verkehrsunternehmen* anfallen, dort durch „*steuerneutrale*“ Zahlungen des Aufgabenträgers/Eigentümers ausgeglichen werden, gleichwohl aber *steuerlich* mit Versorgungsgewinnen verrechnet werden können. Dieser Mechanismus versagt bei Ausschreibung und Beauftragung eines Dritten.

Fraglich ist, ob der steuerliche Querverbund dadurch faktisch erhalten werden könnte, dass die Bundesstadt Bonn der SWBV die Rolle des Auftraggebers überlässt, damit die SWBV zu Lasten ihres Ergebnisses die Ausgleichszahlungen an den Dritten leistet, den ihr entstehenden Verlust wiederum von der Bundesstadt Bonn „handelsrechtlich“ ausgeglichen erhält, ihn aber steuerlich weiter auf Ebene der SWBB mit Versorgungsgewinnen verrechnet.

Zum einen könnte die Finanzverwaltung hierin einen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 Abgabenordnung) sehen, weil – so könnte argumentiert werden – nichts anderes für eine solche Gestaltung spricht als das Ziel, trotz Outsourcing des Fahrbetriebs aus dem Verkehrsunternehmen

unverändert in den Genuss des steuerlichen Querverbundes zu kommen.

Zum anderen ist fraglich, ob aus unternehmensbezogener Sicht der SWBV deren Geschäftsführung die ihr dann zustehende Dispositionsbefugnis überhaupt in der Weise ausüben könnte, dass sie Verkehrsleistungen, die sie selbst erbringen kann, an Dritte vergibt und damit wirtschaftliche Nachteile für die Gesellschaft hinnimmt, die allein schon wegen nicht zu vermeidender Remanenzkosten eintreten würden.

V. Nachweis der Erfüllung des Prüfkriteriums 4

1. Direkte analytische Methode

Ob die vom EuGH unter Kriterium 4 genannten Voraussetzungen bei der SWBV vorliegen, wird auf der Grundlage einer analytischen Kostenermittlung festgestellt. Die für den Nachweis erforderlichen Daten werden aus der Kosten- und Leistungsrechnung des Verkehrsunternehmens, der vorhandenen Organisation der Verwaltungs- und Betriebsprozesse und der eingeleiteten und konkret geplanten Restrukturierungsmaßnahmen abgeleitet. Aus den *IST-Kosten* (Aufwand der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung) werden als *SOLL-Kosten* diejenigen Kosten abgeleitet, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen unter den gleichen vorgegebenen Rahmenbedingungen und für die gleichen konkreten Leistungen aufwenden müsste (*Direkte analytische Methode*).

Dabei wird in folgenden Schritten vorgegangen:

- Ermittlung der *Gesamtkosten* des Verkehrsunternehmens für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf der Basis testierter Jahresabschlüsse (Schritt 1).
- Identifikation und Trennung *wettbewerbsrelevanter (Fahrbetrieb)* und nicht wettbewerbsrelevanter Bereiche (Netzmanagement, verbundbedingte Zusatzkosten, Infrastrukturvorhaltung) (Schritt 2).
- *Normalisierung* der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten durch Aussonderung derjenigen Kosten, die die Unternehmensführung nicht beeinflussen kann: Tarifniveau und andere Vorgaben des Überleitungstarifvertrags (Schritt 3).
- Analyse der *Restrukturierungsmaßnahmen*, die von der Unternehmensleitung konkret eingeleitet wurden bzw. konkret geplant sind, sowie *Quantifizierung der Restrukturierungskosten* (Schritt 4).

Mit dieser Vorgehensweise setzt sich die bei der SWBV gewählte direkte analytische Methode von der Ableitung von SOLL-Kosten aus Benchmarks und Best-practice-Werten ab. Beide Verfahren, die direkte analytische Methode und die Benchmark-gestützte analytische Methode unterscheiden sich letztlich aber nur graduell, weil beide empirische und analytische Ansätze miteinander verbinden.

Beim Ansatz der Restrukturierungskosten gemäß Schritt 4 wurden nur die Kosten berücksichtigt, die aufgrund des Ausschlusses betriebsbedingter Kündigungen im Personalüberleitungsvertrag sowie durch vom Aufgabenträger vorgegebene Standards entstehen. Die Restrukturierungsmaßnahmen wurden im Einzelnen analysiert, um festzustellen, ob sie geeignet sind, die Kosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in einem zumutbaren Zeitraum auf Wettbewerbsniveau zu senken und ob sie den Maßstab des Prüfkriteriums 4 standhalten, also einer „guten Unternehmensführung“ gerecht werden.

2. Privatinvestor-Test nach der direkten analytischen Methode

Restrukturierungskosten können beihilferechtskonform nur dann ausgeglichen werden, wenn zu ihrer schrittweisen Senkung und Beseitigung Maßnahmen eingeleitet sind, die dem sogenannten Privatinvestor-Test standhalten. Nur wenn Prüfungskriterium 4 erfüllt ist und der Privatinvestortest bestanden wird, hat der Aufgabenträger das Wahlrecht zwischen marktorientierter Direktvergabe und Ausschreibung. Auch nach dem Privatinvestor-Prinzip sind Ausgleichszahlungen nämlich unbedenklich, wenn ihr Zweck ist, Verkehrsunternehmen in die Lage versetzen, in einem dem Privatinvestor zumutbaren Zeitraum zu Rentabilität zu gelangen.

3. Verbindung empirischer und analytischer Ansätze

Im Rahmen der analytischen Kostenermittlung bei der SWBV wurde nicht gänzlich auf ein Benchmarking verzichtet. Die von der SWBD abgerechneten Werkstatteleistungen wurden anhand von Marktpreisen auf ihre Angemessenheit überprüft. Ebenso sind die von der SWB für einzelne Leistungen verrechneten Overhead-Kosten einem Vergleich mit Verrechnungspreisen, die in ähnlichen Konzernkonstellationen gelten, unterzogen worden.

Die schließlich ermittelten SOLL-Kosten, nämlich die beihilferechtsrelevanten IST-Kosten abzüglich der außerhalb der Disposition der Unternehmensführung liegenden Kosten und abzüglich der quantifizierten Restrukturierungspotenziale, haben wir mit Kostensätzen/Wettbewerbspreisen verglichen, die in der Region angeboten werden (vgl. VI.6). Dieser Schritt diente der Plausibilisierung und Objektivierung der Ergebnisse der direkten analytischen Kostenermittlung.

VI. Vorgehensweise bei der analytischen Kostenermittlung im Einzelnen

1. Ermittlung der Gesamtkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bei der SWBV

Im SWB-Konzern fallen die Kosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in mehreren Konzerngesellschaften (SWB, SWBV, FBG, SWBD) an. Im Rahmen der analytischen Methode muss der Konzern grundsätzlich als Ganzes betrachtet werden, damit eine Verlagerung von Unwirtschaftlichkeiten und Verlusten von der SWBV in andere Unternehmen des Konzerns ggf. erkennbar wird. Die Konzernstrukturen sind dazu – im Rahmen der analytischen Methode – aufgelöst worden, in dem z.B. die SWBD nicht als rechtliche Einheit, sondern mit ihrem verkehrsspezifischen Bereich als Sparte des Verkehrsunternehmens behandelt wurde. Die relevanten Werkstattkosten sind somit nicht die von der SWBD der SWBV in Rechnung gestellten Werkstattkosten, sondern die Kosten der Werkstattgesellschaft selbst. In gleicher Weise ist mit den konzerninternen Verrechnungen für Verwaltungskosten und Nutzungsüberlassungen umgegangen worden.

2. Eliminierung von Kosten, die nicht mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Zusammenhang stehen

Getrennt für „Bus“ und „Schiene“ sind die Kosten der Erlöse für freigestellte Schülerverkehre, Gelegenheitsverkehre der FBG und aufgabenträgerbedingte Zusatzverkehre eliminiert worden (Schritt 1). Diese Aufwendungen und Erlöse stehen nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Da Basis der Ableitung der SOLL-Kosten die Gesamtkosten der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung sind, waren hieraus (Schritt 1) auch buchungstechnisch verursachte sonstige Erträge (Auflösung von Rückstellungen) und vergleichbare Aufwendungen zu eliminieren.

3. Identifikation wettbewerbsrelevanter Fahrbetriebskosten

Hinsichtlich des Betriebens von Verkehrsinfrastrukturen und Netzmanagementdienstleistungen gibt es derzeit keinen gemeinsamen europäischen Markt. Das Gleiche gilt für Zusatzleistungen im Rahmen des Verkehrsverbunds Rhein-Sieg also für die durch die Anwendung eines Gemeinschaftstarifs, die Koordinierung der Leistungsangebote, das Abstimmen der Fahrpläne, für die Öffentlichkeitsarbeit und für sonstige Leistungen in Vertrieb und Marketing entstehende Kosten. Kosten für das Betreiben von Verkehrsinfrastrukturen und Netzmanagementdienstleistungen sowie für verbundbedingte Mehrleistungen können deshalb unabhängig von der Erfüllung der vier Kriterien des EuGH finanziert werden.

Dementsprechend ist auch für die SWBV die gesamte Verkehrsleistung in die Funktionen „Infrastrukturvorhaltung“, „Regie“ und „Fahrbetrieb“ aufgeteilt worden (Schritt 2). Die Kosten der Vorhaltung der Infrastruktur, des Netzmanagements und die verbundbedingten Mehrkosten sind von den reinen Fahrbetriebskosten getrennt worden. Grundlage war die Kosten- und Leistungsrechnung der SWBV und der anderen Konzernunternehmen. Sämtliche Leistungskostenstellen sind nach diesen Bereichen segmentiert worden. Soweit Kostenstellen mit übergreifenden Leistungen vorlagen, wurden betriebswirtschaftlich angemessene Verteilungen durchgeführt. Durch die Analyse der Kosten- und Leistungsrechnung wurde ein Urteil darüber gewonnen, ob die direkten Fahrbetriebskosten vollständig und richtig erfasst sind, die Gemeinkosten verursachungsgerecht umgelegt werden und die kalkulatorischen Ansätze betriebswirtschaftlich angemessen sind.

Die Industrie- und Verkehrstreuhand Gesellschaft mbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft München, hat im Auftrag der SWBV die strukturellen und inhaltlichen Vorgaben für die Segmentierung der Kosten entwickelt.

Aus der Kosten- und Leistungsrechnung sind auch die dem Fahrbetrieb anzulastenden Teile der Regiekosten und Infrastrukturvorhaltekosten, also die Kosten, die in diesen Bereichen durch Art und Umfang des Fahrbetriebs verursacht werden, abgeleitet worden.

Die Segmentierungen beruhen – wie oben dargelegt – auf der Überlegung, dass die Infrastruktur potenziell auch dem Wettbewerb zur Verfügung gehalten wird und dass Netzmanagementleistungen sowie verbundbedingte Mehrleistungen in einem potenziellen Wettbewerb nicht ausgeschlossen würden.

4. Exkurs: Umfassender Ansatz der direkten analytischen Methode

Zwar kann der Aufgabenträger die marktorientierte Direktvergabe statt der Ausschreibung wählen, wenn das Verkehrsunternehmen nachweist, dass im Bereich der wettbewerbsrelevanten Kosten das Gebot der Nichtüberschreitung gewahrt ist. Gleichwohl erfasst der direkte analytische Ansatz sozusagen „automatisch“ auch die Kosten im Bereich der Infrastrukturvorhaltung und des Netzmanagements. Der analytische Ansatz bezieht nämlich alle Kosten im Verkehrsunternehmen, die dort vorgefundene Organisation und die Gestaltung der Verwaltungs- und Betriebsprozesse in die Untersuchung ein, so dass die im Rahmen der analytischen Methode getroffenen Feststellungen und geführten Nachweise für das gesamte Kostengeschehen im Verkehrsunternehmen gelten. Sollte es sich in Zukunft als notwendig erweisen, auch die Aufgaben und ihre Finanzierung im Bereich Infrastrukturvorhaltung und Netzmanagement und die dabei entstehenden Kosten an den vier Kriterien des EuGH auszurichten, so sind mit der analytischen Methode hierfür Grundlagen geschaffen. Die analytische Methode hat darüber hinaus den Vorteil, dass der Aufgabenträger/Eigentümer Erkenntnisse dahingehend gewinnt, ob die in „seinem“ Unternehmen eingesetzte Unternehmensführung das Unternehmen wirtschaftlich optimal führt und die Prozesse entsprechend effizient steuert.

5. Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten

In einem nächsten Schritt (Schritt 3) der analytischen Kostenermittlung werden diejenigen Kosten eliminiert, die wegen nicht zur Disposition der Unternehmensführung stehender Rahmenbedingungen entstehen und deshalb von ihr nicht beeinflusst werden können. Die Höhe dieser Kosten hat keine Relevanz für die Aussage, ob das Unternehmen als „gut geführt“ gelten kann oder nicht. Bei der SWBV und den anderen Konzernunternehmen gilt ein Überleitungstarifvertrag, dessen Geltungsbereich sich auf alle Beschäftigten erstreckt, die zum Stichtag der Umwandlung des Eigenbetriebs in die Stadtwerke Bonn GmbH bei diesem beschäftigt waren.

Der Personalüberleitungstarifvertrag schließt betriebsbedingte Kündigungen für alle übergeleiteten Mitarbeiter aus. Die Entlohnung erfolgt mindestens auf BAT/BMT-G II-Niveau. Darüber hinaus gelten verschiedene ergänzende Tarifvereinbarungen, die ebenfalls Bestandsschutz genießen. Neueinstellungen im Bereich Fahrpersonal können in der Fahr-

betriebsgesellschaft (FBG) zu einem deutlich niedrigeren Tarifniveau vorgenommen werden.

In Anbetracht dieser Ausgangsdaten und unter Berücksichtigung des im privatwirtschaftlichen Bereich angewandten NWO-Tarifvertragsniveaus sind die Normalisierungsberechnungen unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Tarifvertragsniveaus vorgenommen worden, welches mit 35 % unterhalb der derzeit geltenden Tarifbedingungen (Überleitungstarifvertrag) angenommen wurde. Weitere aufgabenträgerbedingte Mehrkosten, z.B. aufgrund der Vorgabe von Qualitätsstandards, wurden nicht identifiziert, so dass sich die Normalisierungsberechnung auf den Ersatz des Überleitungstarifvertrags durch ein durchschnittliches privatwirtschaftliches Tarifvertragsniveau beschränkte.

6. Analyse und Quantifizierung der Restrukturierungsmaßnahmen

Nach Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten sind die eingeleiteten bzw. konkret geplanten Restrukturierungsmaßnahmen analysiert, quantifiziert und beurteilt worden (Schritt 4). Ausgleichsfähiger Restrukturierungsaufwand ist die Differenz zwischen den SOLL-Kosten nach Umsetzung aller eingeleiteten bzw. konkret geplanten Restrukturierungsmaßnahmen und den Fahrbetriebs-IST-Kosten, die sich nach Durchführung der vorgenannten Eliminierungs- und Normalisierungsschritte (Schritte 1 bis 3) ergibt.

Restrukturierungskosten können nur dann beihilferechtskonform ausgeglichen werden, wenn sie an einem realistischen und tragfähigen Umstrukturierungsplan „abgebildet“ sind, im Wirtschaftsplan ihren Niederschlag gefunden haben und dem Privatinvestor-Test standhalten. Die Prüfung des Restrukturierungsplans der SWBV bildete die wesentliche Grundlage für die nach Prüfkriterium 4 zu treffende Feststellung, ob nämlich die Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen denen eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens entsprechen. Der vorgelegte Restrukturierungsplan musste belegen, dass die Unternehmensführung alle innerhalb der gegebenen Rahmenbedingungen bestehenden Handlungsmöglichkeiten erkannt und genutzt hat.

In erster Linie war nachzuweisen, dass die trotz Bestandsschutz lt. Überleitungstarifvertrag bestehenden Möglichkeiten des Personalabbaus genutzt werden, soweit sich der Personalabbau als wirtschaftlich notwendig erweist. Darüber hinaus haben wir das von der Geschäftsführung

eingeleitete Programm zur Beschäftigung von überhängendem, im Betriebsprozess nicht benötigten Personal auch außerhalb des Verkehrsunternehmens im Rahmen von Beschäftigungsprogrammen untersucht.

Die Geschäftsführung der SWBV hat bereits vor Jahren durch die Errichtung der FBG die Basis für die Einstellung neuen Personals mit einem an der Privatwirtschaft orientierten Haustarif geschaffen. Die FBG ist dadurch in der Lage, sich Erfolg versprechend an Ausschreibungswettbewerben zu beteiligen, auch wenn und soweit der Aufgabenträger Bundesstadt Bonn diesen Weg beim Auslaufen von Konzessionen beschreiten würde.

Der Restrukturierungsplan und die einzelnen Maßnahmen wurden auch daraufhin überprüft, ob die Unternehmensführung sich um ein Höchstmaß an Kompromissbereitschaft und Konsens bei allen Beteiligten (Belegschaft, Tarifpartner, Aufgabenträger/Eigentümer) bemüht hat. Nur Kosten, die nach Berücksichtigung der kostensenkenden Wirkungen aller im Rahmen der Vorgaben und Restriktionen möglichen Restrukturierungsmaßnahmen noch verbleiben, können beihilferechtsunschädlich durch Ausgleichszahlungen kompensiert werden. Die Maßnahmen müssen nachvollziehbar in einem Restrukturierungsplan festgeschrieben sein, in einem verbindlichen Wirtschaftsplan ihren Niederschlag gefunden haben und dem Privatinvestor-Test standhalten. Der Restrukturierungsplan der SWB, der bis zum Jahr 2013 umgesetzt sein soll, enthält folgende Maßnahmen:

- (1) Produktivitätssteigerungen im Fahrbetrieb
- (2) Produktivitätssteigerungen im Overhead
- (3) Produktivitätssteigerungen und Rationalisierungen im Bereich der Werkstatt
- (4) Zusammenlegung der Betriebshöfe
- (5) Absenkung des Krankenstands

Alle vorgenannten Maßnahmen ermöglichen den Verzicht bzw. teilweisen Verzicht auf die Neubesetzung von aufgrund der Alterstruktur und der Fluktuation frei werdenden Stellen und damit die Senkung der Personalkosten. Darüber hinaus können in gewissem Umfang höher qualifizierte und teurere Mitarbeiter durch an- oder ungelernete Kräfte ersetzt werden.

7. Punktueller Benchmarking und Plausibilisierung der analytisch ermittelten SOLL-Kosten

Zur Plausibilisierung und Objektivierung der aufgrund der direkten analytischen Methode ermittelten SOLL-Kosten wurden bestimmte Prozesse und Kosten punktuell „gebenchmarkt“.

Im Zentrum der Analyse stand die Marktgerechtigkeit der von der SWBD berechneten Werkstattkosten und der von der SWB berechneten Entgelte für Verwaltungsdienstleistungen. In beiden Fällen konnten keine nicht begründbaren Abweichungen zu am Markt verrechneten Vergleichspreisen festgestellt werden.

Zur weiteren Objektivierbarkeit der aufgrund der analytischen Methode ermittelten SOLL-Kosten des Fahrbetriebs haben wir abschließend einen Vergleich mit dem Kostenniveau / den Angebotspreisen vergleichbarer Verkehrsunternehmen im Verkehrsraum der SWBV und in umliegenden Regionen verglichen. Der Vergleich zeigte, dass die ermittelten SOLL-Kosten in einem Korridor mehrerer von Verkehrsunternehmen in der Region für vergleichbare Leistungen angebotener oder vereinbarter Preise liegen. Beim Vergleich der SOLL-Kosten mit den Angebotspreisen reiner Carrier war allerdings zu berücksichtigen, dass in deren Angebotspreisen Kosten für variable Infrastrukturanlastungen, Fahr- und Dienstplangestaltung und ähnliche Regieleistungen zum Teil nicht enthalten waren und deshalb beim Vergleich eliminiert werden mussten.

8. Rechnerische und zahlenmäßige Darstellung

Die folgenden Übersichten zeigen die Ableitung der SOLL-Kosten aus den IST-Kosten in den vier Schritten:

- Eliminierung der nicht mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung zusammenhängenden Kosten und Erlöse (Abbildung 2),
- Eliminierung nicht wettbewerbsrelevanter Kosten (Abbildung 3),
- Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten (Abbildung 4) und
- Analyse der Restrukturierungsmaßnahmen (Abbildung 5).

Abbildung 2: Eliminierung der nicht mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung zusammenhängenden Kosten und Erlöse

	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €
	<u>Gesamt</u>	<u>KOM</u>	<u>Schiene</u>
Erlöse	66,5	38,5	28,0
zu eliminierende Erlöse:	-0,9	-0,9	0,0
<i>a) davon freigestellter Schülerverkehr</i>			
<i>b) davon Gelegenheitsverkehr FBG</i>			
<i>c) davon Auflösung von Rückstellungen</i>			
Erlöse bereinigt	65,6	37,6	28,0
Gesamtkosten	-104,3	-61,9	-42,4
zu eliminierende Aufwendungen:	1,8	1,7	0,1
<i>a) davon freigestellter Schülerverkehr</i>			
<i>b) davon Gelegenheitsverkehr FBG</i>			
<i>c) aufgabenträgerbedingter Fahrbetrieb (Saldo)</i>			
Gesamtkosten bereinigt	-102,5	-60,2	-42,3
Verlustrausgleich	-36,9	-22,6	-14,3

Abbildung 3: Eliminierung nicht wettbewerbsrelevanter Kosten

	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €
	<u>Gesamt</u>	<u>KOM</u>	<u>Schiene</u>
Verlustrausgleich (s.o.)	-36,9	-22,6	-14,3
Erlöse	65,6	37,6	26,0
Bereinigte Gesamtkosten	102,5	60,2	42,3
Infrastruktur			
Infrastruktur allgemein	-5,8	-0,7	-5,1
Infrastruktur Werkstatt	-8,2	-1,0	-7,2
Erlöse im Bereich der Infrastruktur	+0,4	+0,0	+0,4
variable Anlastung	20% +2,7	+0,4	+2,3
Regiekosten			
Regiekosten	-8,7	-5,0	-3,7
Erlöse im Bereich Regie	+0,2	+0,1	+0,1
Wettbewerbsrelevante Fahrbetriebskosten	83,1	54,0	29,1
Verbleibender Verlustrausgleich	-17,5	-16,4	-1,1

Abbildung 4: Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten

	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €	2003 in Mio. €
	<u>Gesamt</u>	<u>KOM</u>	<u>Schiene</u>
Verbleibender Verlustausgleich	-17,5	-16,4	-1,1
Wettbewerbsrelevante Fahrbetriebskosten	83,1	54,0	29,1
<u>Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten</u>			
Abzug Einmaleffekte 2003 Vorruhestand/Altersteilzeit	-0,6	-0,4	-0,2
Ersatz Überleitungstarifvertrag	-14,0	-9,0	-5,0
Wettbewerbsrelevante Fahrbetriebskosten nach Kosten nach Normalisierung (Sollkosten)	68,5	44,6	23,9
Ergebnis nach Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten	<u>-2,9</u>	<u>-7,0</u>	<u>4,1</u>

Abbildung 5: Analyse der Restrukturierungsmaßnahmen

	2013 in Mio. €	2013 in Mio. €	2013 in Mio. €
	<u>Gesamt</u>	<u>KOM</u>	<u>Schiene</u>
Ergebnis nach Normalisierung der wettbewerbsrelevanten Fahrbetriebskosten im Jahr 2013	-4,2	-7,7	+3,5
Fahrbetriebskosten nach Normalisierung	68,8	44,6	23,9
<u>Realisierte Restrukturierung 2013:</u>			
Einsparung Personal SWBV	-5,5	-3,4	-2,1
Verkleinerung der Fahrzeugreserve (Kapitaldienst)	0,0	0,0	0,0
Absenkung des Krankenstandes um 2 %	-0,7	-0,5	-0,2
Einsparung durch Rationalisierung der Werkstatt	-0,1	-0,1	0,0
Zusammenlegung/Schließung Betriebshof Karlstraße	-0,4	-0,4	0,0
Summe Potenzial:	<u>-6,7</u>	<u>4,4</u>	<u>2,3</u>
Wettbewerbsrelevante Fahrbetriebskosten nach Restrukturierung 2013	61,8	40,2	21,6
<u>Ergebnis nach Restrukturierungspotenzial:</u>	<u>+2,5</u>	<u>-3,3</u>	<u>+5,8</u>

Entwickelt wurden die Gesamtkosten der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und deren Aufteilung auf „Bus“ und „Schiene“. Bei der zahlenmäßigen Darstellung wurden keine „Echtzahlen“ des SWB-Konzerns eingesetzt.

9. Weitere Kriterien für die Bundesstadt Bonn als Aufgabenträger bei der Wahl zwischen Ausschreibung und marktorientierter Direktvergabe

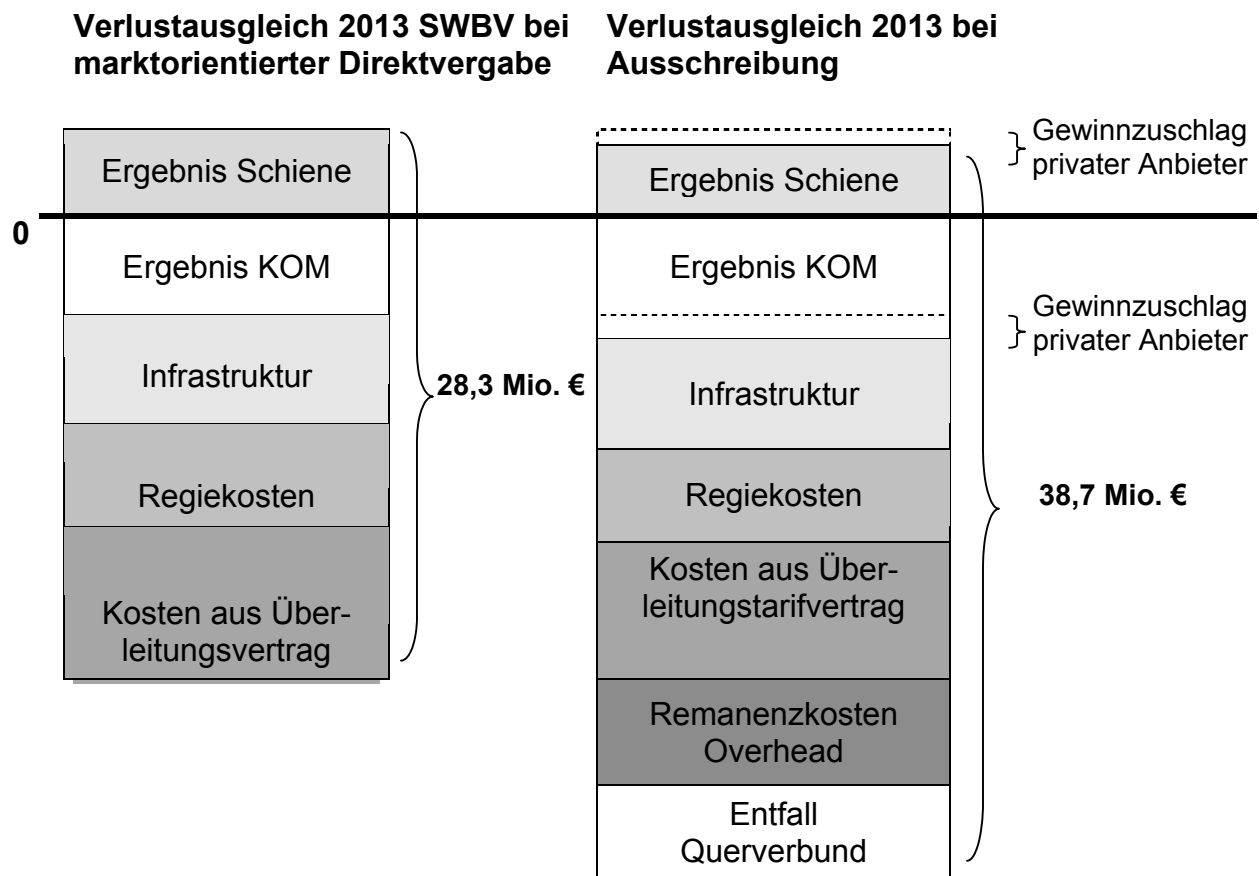
Bei der Wahl zwischen Ausschreibung und marktorientierter Direktvergabe hat die Bundesstadt Bonn als Aufgabenträger *und* Eigentümer der SWBV auch das Problem der *Remanenzkosten* in die Entscheidungen einzubeziehen. Um der Bundesstadt Bonn eine Orientierung für spätere Entscheidungen zu geben, wurde ermittelt, wie hoch der Verlustausgleich nach Umsetzung aller Restrukturierungsmaßnahmen (im Jahr 2013) im Fall der marktorientierten Direktvergabe der Verkehrsleistungen ist und wie hoch er im Vergleich dazu wäre, wenn die Verkehrsleistungen ausgeschrieben würden und trotz verringerter Gesamtleistung der SWBV die Kosten im Overhead-Bereich aber nur schrittweise abgebaut werden können.

Noch gravierender wirkt sich aus, dass, wird der Weg der Ausschreibung gewählt, Kompensationen der Ausgleichsleistungen durch steuerliche Entlastungen der Versorgungsgewinne wahrscheinlich nicht mehr oder nicht mehr in vollem Umfang möglich wären (vgl. IV.3). Geht man von einem Szenario aus, demzufolge im Jahr 2013 ein Dritter beauftragt wird, auf den unter Wahrung von Bestandsschutz das Fahrpersonal übergeleitet wird und dem die durch Fahrerlöse nicht gedeckten Kosten ausgeglichen werden, so würden diese Ausgleichsleistungen nicht mehr als steuerliche Verluste der SWBV mit den Versorgungsgewinnen verrechnet werden können. Dadurch ergäbe sich letztlich eine finanzielle Mehrbelastung für den städtischen Haushalt in Höhe von (gegenwärtige Steuersätze unterstellt) etwa 40 % der im Jahr 2013 noch auszugleichenden Fahrbetriebskosten.

Die nachfolgende Übersicht (Abbildung 6) zeigt die Kosten im Overhead-Bereich, die trotz Abbau der Gesamtleistung der SWBV (bis zum Jahr 2013) danach zunächst weiter bestehen und nur zeitversetzt abgebaut werden können, und die Mehrbelastung aufgrund des entfallenden Querverbands.

Darüber hinaus sind mit der Ausschreibung der Verkehre verbundene Verwaltungs- und Transaktionskosten zu berücksichtigen, die nicht quantifiziert wurden.

Abbildung 6



VII. Handlungsformen und Gegenstand der Betrauung

1. Handlungsformen

Im Auftrag der Geschäftsführung der SWBV hat die WIBERA AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Düsseldorf, die möglichen Handlungsformen für die Betrauung der SWBV durch die Bundesstadt Bonn untersucht. Im Einzelnen wurden folgende mögliche Handlungsformen für einen Betrauungsakt dargestellt:

- Betrauung durch Erteilung von Konzessionen,
- Betrauung durch den Nahverkehrsplan der Stadt Bonn,
- Betrauung durch die Definition des Unternehmensgegenstands des kommunalen Verkehrsunternehmens,
- Betrauung durch eine Betrauungsvereinbarung (z.B. Verkehrsvertrag),
- Beschluss des Rates der Stadt Bonn, SWBV mit der Erbringung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu betrauen.

Die WIBERA AG ist zu folgendem Zwischenergebnis gelangt:

Eine eindeutige und klare Betrauung kann sowohl durch eine Betrauungsvereinbarung als auch durch einen Ratsbeschluss oder durch einen Bewilligungsbescheid auf der Grundlage von Zuwendungsrichtlinien erfolgen. Um die bestehenden Finanzierungsinstrumente zwischen der Stadt Bonn und der SWBV einbeziehen zu können, empfiehlt sich eine Betrauungsregelung, die in der Eigentümerversantwortung der Stadt fußt.

Als mögliche Handlungsformen kommen somit eine Betrauungsvereinbarung oder ein Ratsbeschluss, ggf. mit anschließender Anerkennung durch die SWBV, in Betracht. Aus vergaberechtlicher Sicht birgt die Betrauungsvereinbarung Risiken, die bei einem Ratsbeschluss zwar deutlich verringert sind, aber in Kauf genommen werden könnten. Auch in der steuerlichen Betrachtung könnte der Ratsbeschluss mit anschließender Anerkennung durch die SWBV die Argumentation erleichtern. Im Ergebnis können vergleichbare Argumente aber wohl auch bei der Betrauungsvereinbarung erfolgversprechend vorgebracht werden. Steuerliche Zweifelsfragen könnten in einer Abstimmungsanfrage geklärt werden. Die Betrauungsvereinbarung bietet dann den Vorteil, dass auf Grund der vertraglichen Bindung eine klare und langlaufende Regelung geschaffen und eine mehrjährige Planungssicherheit für Unternehmen und Aufgabenträger gewährleistet werden kann.

2. Gegenstand der Betrauung

In einem Entwurf für eine „Betrauungsvereinbarung über gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Durchführung des straßengebundenen ÖPNV in der Bundesstadt Bonn“ hat die WIBERA AG für die Definition des Betrauungsgegenstands folgende Einzelpflichten vorgesehen:

- (1) Durchführung des Betriebs einschließlich Fahrzeugvorhaltung (Anschaffung und Instandhaltung, Wartung und Pflege);
- (2) Vorhaltung der ortsfesten Infrastruktur einschließlich Sicherheits-, Informations- und Leitsysteme nach Definition des VRS für die Betriebszweige Stadtbahn, Straßenbahn und Bus nach dem aktuellen Stand;
- (3) Netzmanagement einschließlich netzbezogener Aufgaben wie Netzplanung, Fahrplanung, Marketing und Vertrieb;
- (4) Erfüllung der Pflichten eines Verbundverkehrsunternehmens im VRS (verbundbedingte Mehr- und Sonderleistungen).

3. Ausgleichsregelung

Für die Ausgleichsleistung sollen der Bundesstadt Bonn Regularien vorgeschlagen werden, die mit den Betrauungsgegenständen lt. Betrauungsvereinbarung und den Feststellungen und Quantifizierungen auf-

grund der analytischen Methode kompatibel sind. Insbesondere ist transparent und im Vorhinein zu regeln, welche Ausgleichsleistungen für die Mehrkosten aufgrund des Überleitungstarifvertrags erfolgen sollen und in welcher Höhe Restrukturierungskosten abgegolten werden sollen. Im Einzelnen sollen der Bundesstadt Bonn für die Betrauungsvereinbarung folgende Ausgleichsparameter empfohlen werden:

- Ausgleich für die Vorhaltung der ortsfesten Infrastruktur
Euro-Betrag je Linien-Kilometer,
- Netzmanagement
Euro-Betrag je Personen-Kilometer,
- verbundbedingte Mehr- und Sonderleistungen
Euro-Betrag % der Fahrgeldeinnahmen,
- Ausgleichsleistungen für Überleitungstarifvertrag
Euro-Betrag je Mitarbeiter im Fahrbetrieb, der nach dem Überleitungstarifvertrag vergütet wird, abzüglich des Euro-Betrags, der für jeden dieser Mitarbeiter auf der Basis des Tarifs der FBG vergütet werden müsste,
- Abgeltung zum Ausgleich von Restrukturierungskosten
fester Euro-Betrag,
- Fahrbetriebskosten einschließlich Fahrzeugvorhaltung
Euro-Betrag je Nutzzug- bzw. -wagen-Kilometer.

VIII. Bisherige Konsequenzen der Untersuchung

Durch die Untersuchung ist die marktorientierte Direktvergabe als Alternative zur Ausschreibung der Verkehrsleistung verstärkt in das Bewusstsein von Politik und Verwaltung gerückt. Insbesondere ist klar geworden, dass die finanzielle Belastung für die Bundesstadt Bonn im Fall der marktorientierten Direktvergabe geringer ist, als bei einer Ausschreibung.

Durch die Quantifizierung des noch bestehenden Restrukturierungspotenzials erhalten Politik und Verwaltung einen Maßstab zur Beurteilung des Managements, insbesondere weil die Restrukturierungspotenziale in die Wirtschaftspläne und die Mittelfristplanungen der Konzerngesellschaften eingearbeitet und auf alle betroffenen Organisationseinheiten zeitlich verbindlich aufgeteilt wurden.

Darüber hinaus bekommt der Betriebsrat, der schon seit längerem mit der Geschäftsführung eine Restrukturierungsvereinbarung geschlossen

hat, durch die Untersuchung eine unterstützende Begründung für die in dieser Vereinbarung festgelegten quantitativen Zielsetzungen.

Dienstleistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs zwischen Eigenherstellung und Wettbewerb

Die Diskussion im Workshop

Die Diskussion im Workshop profitierte von den unterschiedlichen Perspektiven der Referenten, die aus Universität, Wirtschaftsberatung und Stadtwerken kamen.

Herr Professor *Ronellenfitsch* erläuterte die europarechtlichen Rahmenbedingungen der kommunalen Daseinsvorsorge und argumentierte für mehr Eigenständigkeit der Gemeinden vis-à-vis der EU. Insbesondere wies er auf das europäische Beihilferecht hin. Er betonte, dass Beihilfen, die nicht explizit verboten sind, keine Rechtfertigung brauchen. Daher gebe es keine Notwendigkeit des Ausschreibungswettbewerbs für die Sektoren, die durch Beihilfen gekennzeichnet sind, welche nicht explizit verboten werden.

Die Diskussion wurde belebt durch das Gegenargument, dass das vorrangige Anliegen der Europäischen Kommission die Förderung des Marktwettbewerbs sei und Beihilfen keine alleinigen Mittel sind, um den Wettbewerb zu beschränken. Lizenzen und Konzessionen, zumal wenn sie nicht transparent vergeben werden, gelten auch als Beschränkung des Wettbewerbs. Fraglich sei, ob dies den *obligatorischen* Ausschreibungswettbewerb rechtfertigt.

Diskutiert wurde dann die Frage, welche Strategie die Städte gegenwärtig fahren sollten, die von der Idee eines Ausschreibungswettbewerbs nicht wirklich begeistert sind. Die allgemeine Meinung schien dahin zu gehen, dass diese Kommunen mit der Liberalisierung des ÖPNV warten sollten und diese Strategie rechtlich zumutbar sei.

Vom Referat von Herrn *Marszalek* wurde insbesondere die anscheinend paradoxe These diskutiert, dass durch die angestrebte Liberalisierung im ÖPNV-Bereich letztlich eine Überregulierung entstehen werde. Die „Re-

* Prof. Dr. Dr. Giacomo Corneo ist Ordinarius für Volkswirtschaftslehre an der Freien Universität Berlin und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Professor Corneo leitete die Diskussion im Workshop „Öffentlicher Personennahverkehr“.

gulierungswut“ der Auftraggeber lasse sich durch die Sicherheitsbedürfnisse der Städte gut erklären, da sie verpflichtet seien, die Daseinsvorsorge zu garantieren.

Vom Standpunkt der Vertragstheorie bestehe zwischen der Kommune und dem Betreiber ein Interessenkonflikt, welcher der paradigmatischen Beziehung zwischen Prinzipal und Agent entspreche. Wenn es nicht möglich sei, durch angemessene Anreize die Verhaltensweise des Agenten, also des Betreibers, so zu lenken, dass sie im Interesse der Gemeinde ist, dann solle der Prinzipal auf Auflagen zurückgreifen. Letztere brächten jedoch erhebliche Transaktionskosten mit sich, wie beispielsweise Überwachungskosten, Verifizierungskosten und Schlichtungskosten. Dies erkläre die „Regulierungswut“.

Im Bereich des Personennahverkehrs sei die Gestaltung der Verträge zwischen den Auftraggebern und den Betreibern besonders problematisch. Erstens sei die Sicherstellung hoher Qualität schwer zu erreichen; denn die Überwachung der Qualität sei kostspielig. Zweitens sollte der Vertrag folgende Situation berücksichtigen: Der Auftraggeber sei Netzbesitzer, und der Betreiber verfüge über die marktspezifische Expertise. Beide „assets“ trügen zur Qualität der Verkehrsleistungen bei. Somit seien zweiseitige Investitionen erforderlich, um eine effiziente Leistungserbringung zu sichern. Der Vertrag sollte so gestaltet werden, dass hierbei keine gegenseitige Ausbeutung eintritt. Der Betreiber müsse damit rechnen können, dass die Infrastruktur durch die Stadt ausreichend gepflegt wird. Die Stadt möchte vom Betreiber wissen, dass er in das lokale, markt-spezifische Know-how über Kundenbedürfnisse und Herstellungstechnik investiert. Die Förderung effizienter Investitionen des Betreibers sei wegen der zeitlichen Befristung des Vertrags problematisch. Der Betreiber wisse nämlich nicht, ob er nach Ablauf des Vertrags erneut im Ausschreibungswettbewerb siegen wird. Das verringere die Anreize, langfristig effizient zu investieren.

Als Fazit wurde von den Diskussionsteilnehmern festgehalten, dass das Design eines effizienten Ausschreibungswettbewerbs – einschließlich des sachgerechten Anreizvertrags – für die Kommunen eine ernstzunehmende Herausforderung darstellt.

Mit dem Vortrag von Herrn Professor *Zemlin* und Herrn Dr. *Kraushaar* wurde den Teilnehmern des Workshops das Beispiel der Restrukturierung des ÖPNV durch die Stadtwerke Bonn präsentiert. An diesem Beispiel wurde gezeigt, dass erhebliche Kostenverringerungen und Ersparnisse für die öffentliche Hand auch dann erfolgen können, wenn

keine Ausschreibung der Verkehrsleistungen stattfindet. Das in Bonn verwendete Modell der marktorientierten Direktvergabe stieß dementsprechend auf großes Interesse.

Angefügt sei eine kritische Bemerkung zu den Restrukturierungen städtischer Verkehrsunternehmen ohne Ausschreibungswettbewerb. Kostensenkungen in Höhe von 10 % bis 30 % sind zwar als Erfolge zu verzeichnen; sie belegen aber, dass in der Vergangenheit mit dem Geld der Bürger nicht optimal umgegangen wurde. Dies berechtigt zu der Frage: Wie kann man *langfristig* die erwünschte Kostendisziplin herbeiführen?

Ich plädiere dafür, dass eine europaweite oder wenigstens nationale Agentur geschaffen wird, die verlässliche Informationen über die Qualität, die Preise und die Rentabilität der städtischen Unternehmen sammelt. Diese Informationen sollten allen zur Verfügung gestellt werden, so dass die Bürger, die über Fahrkarten und Steuern diese Unternehmen finanzieren, auch einen politischen Druck ausüben können, wenn der ÖPNV in ihrer Stadt vergleichsweise teuer oder leistungsschwach ist. Ein solcher politischer Druck wäre für Gemeinden und kommunale Unternehmen heilsam. Ferner könnten die von dieser Agentur gesammelten Daten benutzt werden, um die erwünschten Anreize in die Konzessionsverträge einzubauen. Diese Anreizgestaltung nennen die Ökonomen „Yardstick-Regulierung“.

Workshop 3:

**Dienstleistungen des Wasser-/Abwassersektors
zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb**

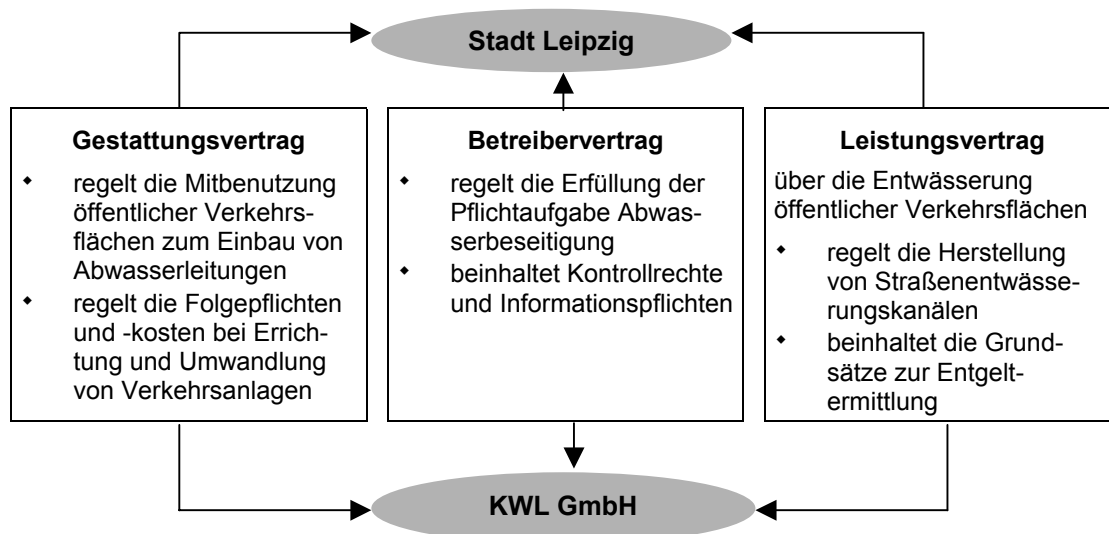
Wasser und Abwasser im Querverbund Synergiepotenziale am Beispiel der Kommunalen Wasserwerke Leipzig

I. Die Wasserver- und Abwasserentsorgung in Leipzig

1. Die KWL und Ihre Träger

Die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung hat in Leipzig eine eigene Geschichte. Beides war seit 1964 zusammenfasst im Querverbund. 1991, nach der Wende, haben sich die Stadtväter in weiser Voraussicht entschlossen, den städtischen Wasserwerken die Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zu übertragen und damit diesen Querverbund weiterzuführen. 1994 erfolgte die Aufnahme des Zweckverbands für Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung Leipzig-Land, der die Gemeinden des Umlands repräsentiert. Damals waren dies 27 Gemeinden; heute, nach der Gemeindegebietsreform, sind es 13 Gemeinden und mittelgroße Städte, die die Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung durch ein gemeinsames kommunales Unternehmen, nunmehr Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (im Folgenden „KWL“) genannt, durchführen lassen.

Abbildung 1: Vertragsbeziehungen Abwasserentsorgung am Beispiel
Stadt Leipzig – KWL GmbH



* Dr. Andreas Schirmer ist Geschäftsführer der Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH.

Zu den Besonderheiten dieser kommunalen, privatrechtlichen Lösung der kommunalen Kooperation zählen:

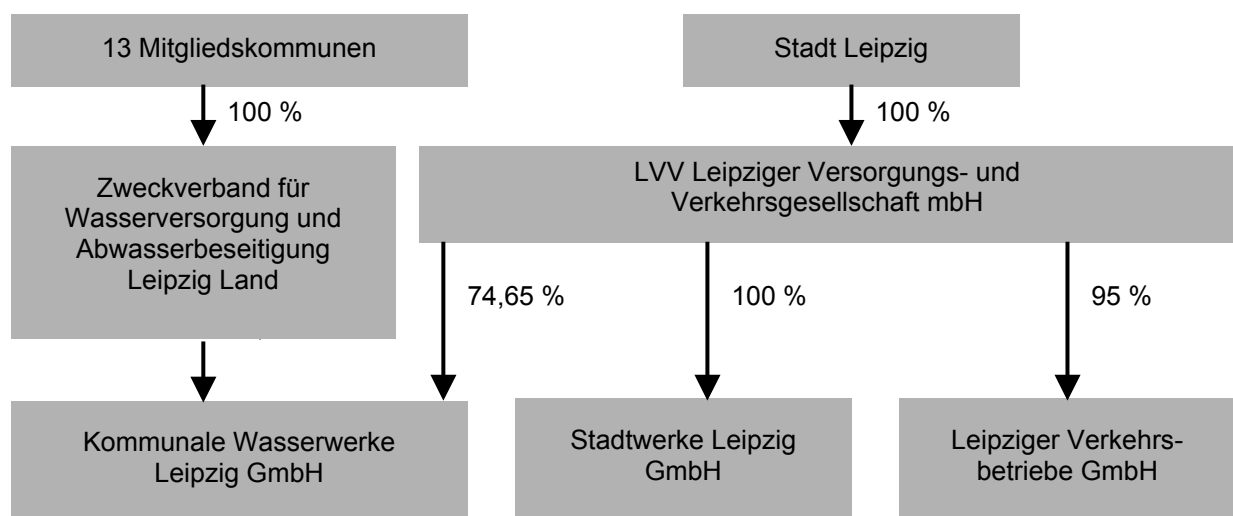
- privatrechtliche Gestaltung der Kundenbeziehungen sowohl in der Trinkwasserversorgung als auch, selten gebräuchlich, im Abwasserbereich;
- Abrechnung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (für Abwasser mit Ausweis von 16 % Mehrwertsteuer);
- Anlagevermögen und Investitionen bei und durch die KWL (komplett mit Vorsteuerabzug auch für den Abwasserbereich);
- einheitliches Entgeltgebiet in der Stadt Leipzig und im Umland.

Einen Überblick über die Vertragsbeziehungen zwischen der KWL und den kommunalen Körperschaften am Beispiel der Stadt Leipzig, den Abwasserbereich betreffend, gibt Abbildung 1.

Zum einen ist der Gestattungsvertrag zu nennen, der die Mitbenutzung der Verkehrsflächen beinhaltet und die Folgepflichten bestimmt. Im Wasserbereich ist dies in einem Konzessionsvertrag normiert. Der Betreibervertrag regelt die Aufgabenübertragung sowie die Pflichten und Rechte der Kommunen und der KWL, insbesondere Kontroll-, Eigentums- und Zustimmungsrechte. Außerdem bestehen Leistungsverträge über die Entwässerung öffentlicher Straßen und Plätze.

In diesem Symposium wurde über das Gründbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften berichtet und ein Ausblick gewagt;

Abbildung 2: Gesellschaftstruktur



Stand: April 2004

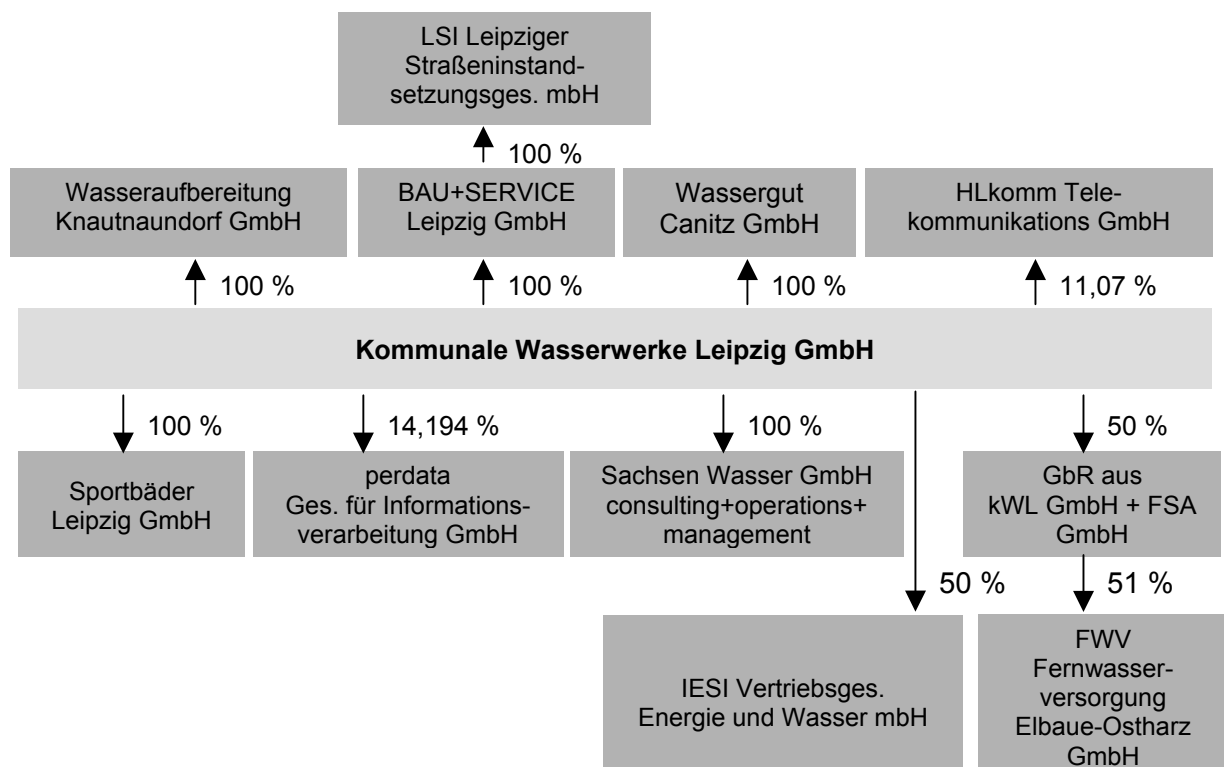
danach drohe nach Brüsseler Vorstellung für Zweckverbände und PPP's im Einzelfall doppelte Ausschreibung. Im Fall unserer Konstruktion ließe sich dies sogar noch auf drei steigern: Erstens könnte, wenn die Gemeinden einen Zweckverband bilden wollen, dies zukünftig ausschreibungspflichtig sein. Die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens zwischen der Stadt Leipzig und dem Zweckverband wäre der zweite ausschreibungspflichtige Tatbestand. Und die Übertragung der Aufgaben zur Wasserversorgung und Abwasserentsorgung (Konzessions- und Gestattungsverträge) stellte dann die dritte Ausschreibung dar – aber vielleicht könnte man das noch weiter steigern...

Die Gesellschafterstruktur der kommunalen Infrastrukturunternehmen in Leipzig ist in Abbildung 2 dargestellt.

2. Organisationsstruktur und Beteiligungen der KWL

Die Wasserwerke Leipzig selbst halten eine Reihe von Beteiligungen (Abbildung 3). Das sind zum Großteil Ausgründungen und Kooperatio-

Abbildung 3: Beteiligungsverhältnisse

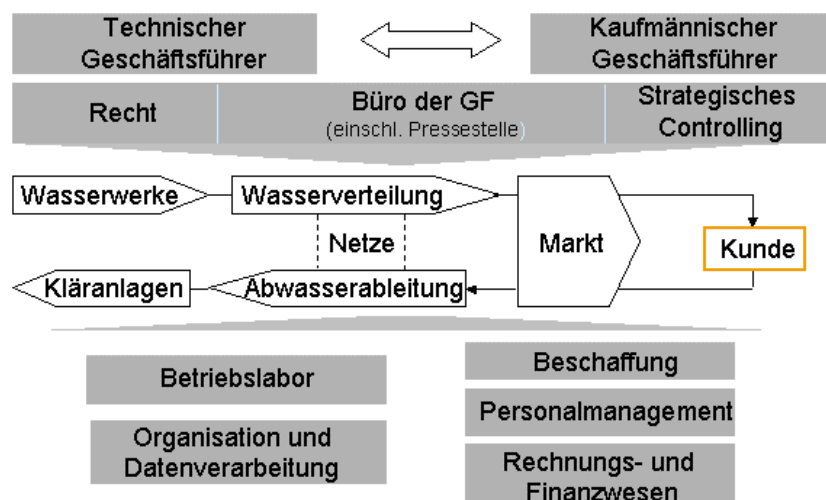


Stand: Oktober 2004

nen mit Schwestergesellschaften. Ziel dieses Outsourcing war einerseits Kompetenzbildung unter Nutzung von Synergieeffekten und andererseits die Erhöhung von Transparenz und das Aussetzen eigener Wertschöpfungsbereiche dem Wettbewerb. Alles andere sind Beteiligungen im Fernwasserbereich, im Bereich eines ökonomischen Landguts, das Landbau und Viehhaltung im Trinkwasserschutzgebiet betreibt, und, jüngst hinzugetreten, die Sportbäder Leipzig GmbH.

Unternehmensintern orientieren wir uns an der Wertschöpfungskette: Wassergewinnung, -aufbereitung, -transport, -speicherung und -verteilung, Markt (hier sind alle Kundenaktivitäten gebündelt), Einsammeln, Transport, Speicherung und letztlich Reinigung des Abwassers (Abbildung 4).

Abbildung 4: Organisationsstruktur

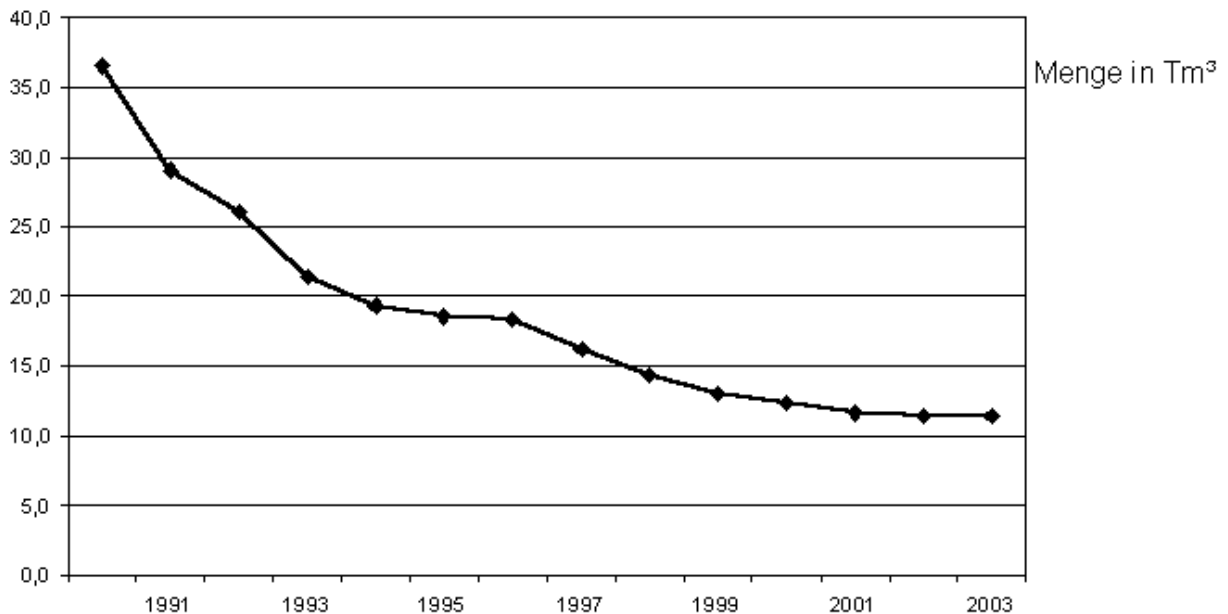


Die KWL ver- und entsorgen rund 620.000 Einwohner, knapp 500.000 in Leipzig und ca. 120.000 im Umland. Sie erzielen dabei Umsatzerlöse in Höhe von ca. 140 Mio. €. Das Investitionsvolumen zwischen 1994 und 2003 belief sich auf ca. 820 Mio. €.

Damit komme ich zu einem Thema, das vor allem im Osten Deutschlands relevant ist: die rasante Entwicklung der Rohrnetzlänge seit der Wiedervereinigung. Wir haben bei rückläufiger Bevölkerung im Wasserbereich eine Veranderthalbfachung der Rohrnetzlänge innerhalb der letzten 15 Jahre zu verzeichnen. Demgegenüber ist der Wasserverbrauch, das Trinkwasseraufkommen pro km Leitungsnetz, von 36.000 auf jetzt 12.000 m³/Jahr gesunken (Abbildung 5). Das heißt, die Netznutzungsintensität hat sich dramatisch verschlechtert. Die Ursachen

liegen im Rückgang des spezifischen Wasserverbrauchs, aber auch in der Zersiedlung, dem Auszug der Menschen aus den Plattenbauten und deren Ansiedlung an neu erschlossenen Eigenheimstandorten. Aber auch die Industrie hat die Flächen, die traditionell mit Infrastruktur ausgestattet waren, verlassen und sich auf Gewerbegrundstücken am Rande oder außerhalb der Städte niedergelassen.

Abbildung 5: Trinkwasseraufkommen pro Leitungskilometer



II. Synergien des wasserwirtschaftlichen Querverbunds

1. Gemeinsamkeiten von Wasserver- und Abwasserentsorgung

Die Gemeinsamkeiten zwischen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung (Abbildung 6) sind sehr ausgeprägt, zumal sich die Tech-

Abbildung 6: Gemeinsamkeiten von Wasserver- und Abwasserentsorgung

	Wasser	Abwasser
Medium		Wasser
Transportart		leitungsgebunden
gesetzlicher Rahmen		WRRL/WHG/LWG's
Entgeltgrundsatz		Kostendeckung
Kunde		Grundstückseigentümer
Investitionsbedarf	erheblich	beträchtlich
— Werke	gering	noch erheblich
— Netze	hoch	sehr hoch

nologien immer weiter annähern (z.B.: Sand-, Mikrofiltration sowohl im Wasserwerks- als auch im Klärwerksbereich).

2. Synergien in den Unternehmensbereichen

Synergien zwischen Wasserver- und Abwasserentsorgung sind in allen Bereichen des Unternehmens zu finden:

a) Einführung und Ausprägung von Managementsystemen Unternehmensführung:

Synergien bestehen auf folgenden Gebieten:

- Risikomanagement
- Technisches Sicherheitsmanagement nach DVGW W1000/DWA M 1000
- Umweltmanagement
- Qualitätsmanagement.

Auf diesen Gebieten sind die Verwandtschaften zwischen Wasser- und Abwasser sehr hoch. Wir konnten dies bei der externen Überprüfung unseres Technisches Sicherheitsmanagements nach DVGW W 1000 und DWA M 1000 in diesem Jahr deutlich feststellen.

b) Prozessüberwachung und -steuerung

Synergiepotenziale bestehen auf folgenden Gebieten:

- Steuerung und Fernüberwachung aller 5 Wasserwerke und 28 Kläranlagen sowie von mehr als 150 Druckerhöhungstationen und Pumpwerken durch eine zentrale Verbundleitwarte
- einheitlicher Standard im Prozessleitsystem
- Redundanzen in Datenübertragungssystemen
- elektronische Führung der Betriebsbücher und Archivierung von Prozessdaten
- zentrales Sorgentelefon für den Ausfall der Wasserver- und Abwasserentsorgung sowie für Leitungsschäden im Verkehrsraum.

Im Bereich der Prozessüberwachung und Steuerung hatten wir viele Jahre lang, als noch eine Spartenorganisation im Unternehmen vorherrschte, getrennte Systeme mit unterschiedlichen technischen Systeme-

men, getrennten Leitwarten mit entsprechender Mitarbeiterzahl und auch spartenorientierten Sorgentelefonen. Heute werden mit nahezu hälftiger Stellenzahl von den Mitarbeitern sowohl beide Sparten überwacht als auch an einer zentralen Stelle in der Leitwarte externe Störungsmeldungen entgegengenommen und die Einsatzkräfte DV-gestützt disponiert.

c) *Planung und Realisierung von Erneuerung und Ausbau der Anlagen- und Netzinfrastruktur*

Auf dem Gebiet der Erneuerung und des Ausbaus der *Anlageninfrastruktur* bestehen folgende Synergien:

- strategische Planung nach gleichen Grundsätzen der Substanzerhaltung
- bauliche Anlagen mit hoher Ähnlichkeit
- Nutzung von Verwandtschaften zwischen Verfahrens-, Maschinen-, E- und MSR-Technik
- Instandhaltung und Erneuerung nach gleicher Methodik
- Automatisierung auf Basis gleicher Prinzipien.

Auf dem Gebiet der Erneuerung und des Ausbaus der *Netzinfrastruktur* bestehen folgende Synergien:

- strategische Planung nach gleichen Grundsätzen der Substanzerhaltung
- unmittelbare Abstimmung von Erneuerungskonzepten in frühen Planungsphasen
- Bemessung auf zum Teil gleichen Grundlagen der Stadtentwicklung
- koordinierte Vorbereitung und Durchführung der Bauvorhaben
- Minimierung der Abstimmungen mit den Straßenbaulastträgern.

Ein Beispiel für die Entwicklung, die wir in den letzten Jahren durchlaufen haben, ist die Verbindung zwischen technischen und kaufmännischen Informationstechnologien und Softwaresystemen.

Wir benötigen für wirtschaftliche Entscheidungen zur Erneuerung unserer umfangreichen Anlagen und Netzbestände fundierte Daten, und zwar sowohl kaufmännischer als auch technischer Art. In der Vergangenheit haben wir im Wesentlichen technisch orientierte Kriterien angesetzt, verknüpft mit den Restbuchwerten der Anlagenbuchhaltung. Zunehmend haben wir ganzheitliche Ansätze gewählt (Abbildungen 7 und 8).

Abbildung 7: Synergien Betriebsführung
Verknüpfung techn. und kaufm. IT

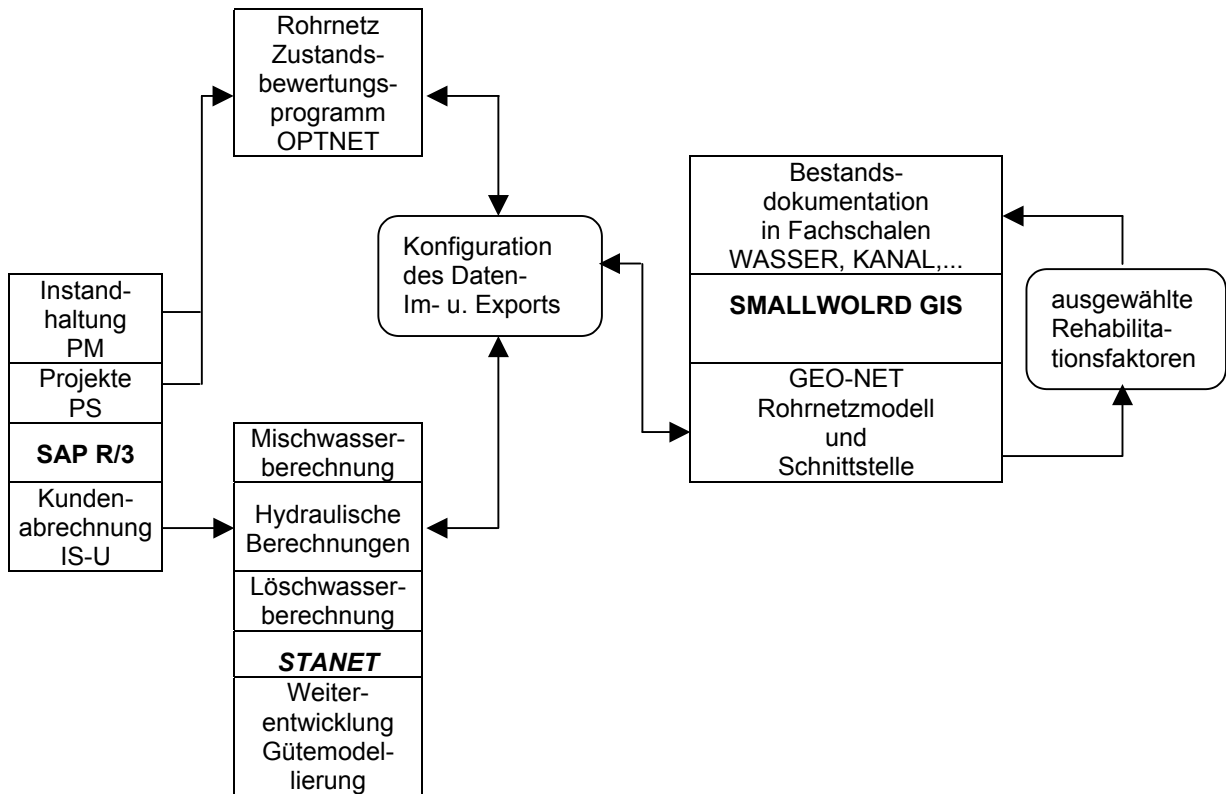
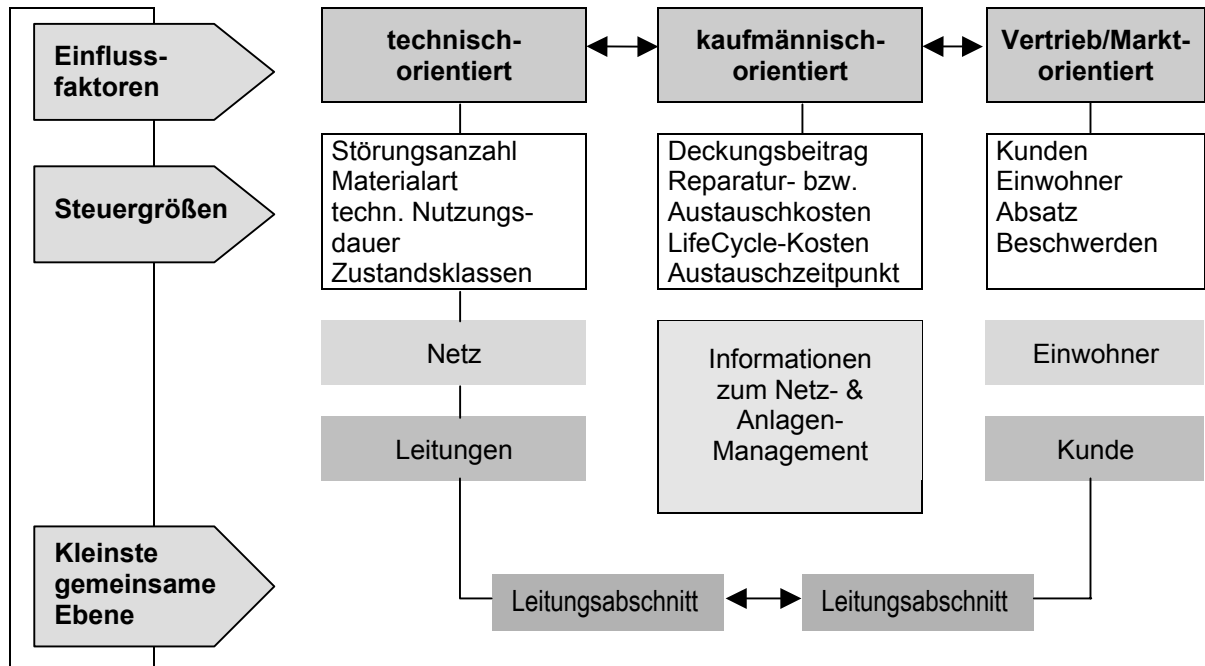


Abbildung 8: Synergien Betriebsführung
Verknüpfung techn. und kaufm. IT



Synergiepotenziale bestehen auf folgenden weiteren Gebieten:

d) Informationstechnologie

- GIS-Systeme und deren Ausbau zu Betriebsdatensystemen
- Allokation von Kundendaten mit Netzdaten
- Netzberechnung und Netzzustandsbewertung auf gleicher Systembasis
- Verknüpfung von ERP- (SAP) mit technischen (GIS u. a.) Systemen
- Kundenmanagement und Störungsmanagement nach gleichen Grundsätzen und mit gleicher Software
- Dokumentations- und Archivierungssysteme
- Systemadministration.

e) Reststoffbehandlung, -verwertung und -entsorgung

- Verwertung und Beseitigung der Rückstände aus Wasseraufbereitung und Abwasserreinigung
- Auswahl der Partner sowie der Verwertungs- und Beseitigungswege
- Technologiebestimmung für Schlammbehandlungsanlagen
- Entwicklung einer optimierten, gemeinsamen Behandlung von Wasserwerks- und Klärschlämmen in einer zentralen Schlammbehandlungsanlage.

f) Wasserwirtschaft und Hydrologie

- anlagenbezogener Hochwasserschutz
- Abfluss- und Mengenmanagement
- Einbeziehung der Klimaveränderung in die strategische Planung (Niederschlagshäufigkeit, -intensität und -verteilung)
- Beurteilung der Grundwasserverhältnisse in ihren Auswirkungen auf Ressourcenschutz und -gefährdung sowie auf die Beeinflussung von Bauwerken
- Grundwassergütemodellierung.

Seit der Elbeflut 2002 beschäftigen uns besonders alle Fragen zu Hochwasserschutz, Abfluss- und Mengenmanagement. Wir waren in Leipzig von der Flut nicht so sehr betroffen wie Dresden und andere Städte an der Elbe. Gleichwohl gilt es, eine strategische Planung zu entwickeln, die ausgehend von den Klimaänderungen Auswirkungen verschiedenster Art prüft und Handlungsoptionen entwickelt.

g) Klassische Verwaltungsbereiche

Auch in den klassischen Verwaltungsbereichen ergeben sich eine Reihe von Synergien, die im Folgenden beispielhaft dargestellt sind:

Recht

- wasserrechtliche Grundsatzfragen
- wasserbezogene Gesetzgebung und deren Beeinflussung (z. B. EU-WRRL, Bund-WHG, Land- Wassergesetz)
- wasserrechtliche Genehmigungsverfahren
- Grunddienstbarkeiten
- Inkassofragen.

Einkauf

- Standardisierung der Verträge
- Vertragsqualität
- Marktforschung und -beobachtung
- Nachfragevolumen
- Jahresverträge bei Leitungsbau und Reparatur.

Finanzen

- Liquiditätssteuerung in größerem Volumen
- Fördermittelfinanzierung
- Kalkulation der Preise nach gleichen Grundsätzen
- steuerlicher Querverbund
- gemeinsame Kundenabrechnung.

Synergieeffekte sind vor allem im Querverbund wasserwirtschaftlicher Systeme wie im Übrigen auch bei der Energieversorgung in erheblichen Umfang nutzbar. Die klare Ausrichtung an Prozessen und nicht an Sparten sowie die konsequente Nutzung der Potenziale sind jedoch un-
abdingbar.

Stadtwerke im Wettbewerb – Erfolg durch Kooperation und Integration

I. Einführung

Die Stadtwerke Bochum GmbH stellt sich seit 1999 den Herausforderungen der Liberalisierung im Verbund der Energie- und Wasserversorgung Mittleres Ruhrgebiet GmbH (*ewmr*) zusammen mit den Stadtwerken Herne und Witten. Dieser Beitrag gibt einen Überblick unserer Unternehmensentwicklung und zeigt, wie kommunale Unternehmen erfolgreich im Wettbewerb bestehen können. Dabei ist es nachrangig, ob wir in öffentlicher oder privater Eigentümerschaft agieren. Viel wichtiger ist die konsequente Orientierung an den Erfordernissen des Marktes, die im Zentrum unserer unternehmerischer Aktivitäten stehen. Die Übernahme der Gelsenwasser AG ist dabei ein weiterer logischer Schritt im Rahmen der Gesamtstrategie.

II. Meilensteine der Unternehmensentwicklung

Die Rahmenbedingungen für unser unternehmerisches Handeln sind zunehmend erschwert. Während wir als Endverteiler von der ersten Welle der Liberalisierung – der Marktöffnung 1998 – profitieren konnten, bildet die zweite Welle in Form von Entflechtung und Regulierung eine neue, zentrale Herausforderung. Hinzu kommen die Trends im Wasser- und Abwasserbereich (Benchmarking/Modernisierung), die drohende Ausschreibungspflicht für Konzessionen sowie die massive Benachteiligung kommunaler Unternehmen durch das Gemeindefirtschaftsrecht, die uns dazu zwingen, aus der Not eine Tugend zu machen und uns auf die sich uns bietenden Chancen zu konzentrieren. Das bedeutet, dass wir uns aktiv und offensiv am Markt orientieren müssen, um auch weiterhin nachhaltig erfolgreich sein zu können.

Basis unseres unternehmerischen Handelns ist ein Katalog von Zielen, die wir aus unserem Unternehmensleitbild entwickelt haben. So möchten wir beispielsweise im *ewmr*-Verbund den Umsatz von zurzeit 835 Mio. € auf 1 Mrd. € steigern. Erreichen wollen wir das durch internes und exter-

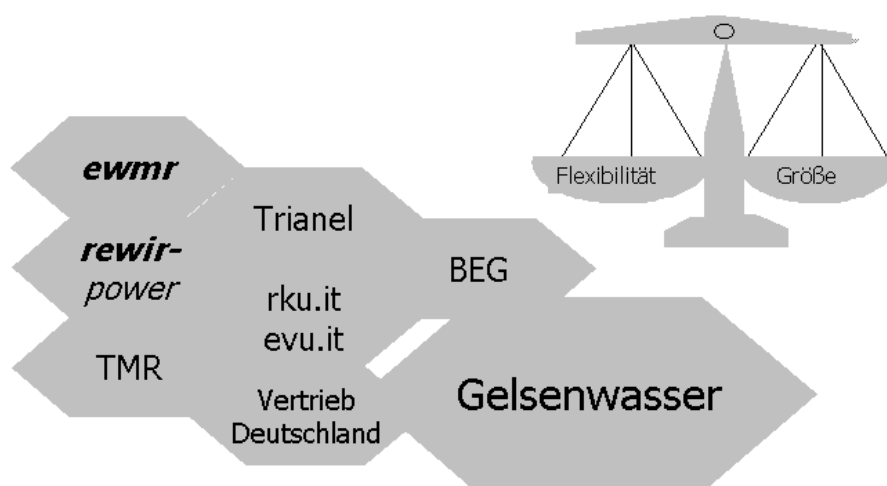
* Bernd Wilmert ist Geschäftsführer der Stadtwerke Bochum GmbH.

nes Wachstum, z.B. durch Ausweitung des überregionalen Stromvertriebs und Entwicklung neuer Geschäftsfelder wie beispielsweise der Gebäudeleittechnik. Dabei haben wir uns als Nebenbedingung gesetzt, dass neue Produkte innerhalb von drei Jahren positiv zur Wertschöpfung beitragen müssen. Als Hauptkennzahl für die wertorientierte Unternehmensführung nutzen wir den ROCE (Return on Capital Employed), der das betriebliche Ergebnis in Beziehung zum gebundenen Kapital setzt und somit eine realistische und unverfälschte Beurteilung des wirtschaftlichen Ergebnisses erlaubt.

Ein weiteres Ziel, das wir uns gesetzt haben, ist die Sicherheit und Zuverlässigkeit unserer Energie- und Wasserversorgung. Auch hier gilt jedoch eine einfache Nebenbedingung, nämlich dass die aus den Aufwendungen in Netze und Anlagen resultierenden Netznutzungsentgelte unter dem Durchschnitt der relevanten Strukturklasse zu liegen haben. Diese Bedingung erfüllen wir zurzeit.

Dem Zielkatalog liegt insgesamt eine einfache Formel zugrunde: die Gewinnung von Größe unter Beibehaltung von unternehmerischer Flexibilität. Das sind für uns die wesentlichen Erfolgsfaktoren für eine positive Entwicklung, was auch die bisherigen Etappen unserer Unternehmensentwicklung dokumentieren (Abbildung 1).

Abbildung 1: Meilensteine der Unternehmensentwicklung



1. Gründung der ewmr

Mit der Gründung der ewmr als Management-Holding oberhalb der drei Stadtwerke Bochum, Herne und Witten haben wir entscheidend an Größe gewonnen, ohne dabei unternehmerische Autonomie aufgeben zu haben. Zentrale Funktionen wie Einkauf, Materialwesen, Energiehandel, Revision und überregionaler Vertrieb haben wir bei der ewmr zentralisiert.

2. Produktlinie rewirpower

Mit der ewmr-weiten Produktlinie *rewirpower* haben wir ein attraktives Angebot für Strom und Gas geschaffen, mit dem wir uns im Wettbewerb sehr gut behaupten. Neueste Entwicklung ist ein Ökostromprodukt, das durch einen pauschalen Aufpreis für zertifizierten Ökostrom transparent und unmittelbar an der Zahlungsbereitschaft der Kunden für Ökologie ausgerichtet ist.

3. Beteiligung an der Trianel-Gruppe

Durch die Beteiligung am einzigen unabhängigen Dienstleister für Energie-Trading und Netznutzungsdienstleistungen können wir die Potenziale des liberalisierten Strom- und Gasmarkts vollständig nutzen und unser Beschaffungsportfolio permanent optimieren.

4. Outsourcing des IT-Bereichs

Mit der Ausgliederung unserer Datenverarbeitung in die rku.it GmbH setzen wir im Bereich der IT-Massenprozesse konsequent auf die Erzielung von Skaleneffekten. Durch die Fusion der rku.it mit dem IT-Bereich der Dortmunder Stadtwerke werden diese Effekte weiter verstärkt. Ein Tochterunternehmen der rku.it – die evu.it – hat sich inzwischen erfolgreich als Beratungsunternehmen im Umfeld der SAP-Anwendungen für liberalisierte Energiemärkte etabliert.

5. Telekommunikationstochter TMR

Die Telekommunikation Mittleres Ruhrgebiet GmbH erzielt durch Segmentierung und Konzentration auf Großkunden ein positives Ergebnis.

6. Deutschlandweiter Vertrieb

Die Aktivitäten des deutschlandweiten Vertriebs sind inzwischen bei der *ewmr* gebündelt. Das Volumen beträgt zurzeit ca. 1,2 Mrd. kWh, das entspricht bereits rund 80% der Stromabgabe innerhalb Bochums.

7. Bildung einer Abrechnungsgesellschaft

Einen wesentlichen Teil der aufgrund des Unbundling verlorenen Synergien werden wir durch die Verlagerung unserer Abrechnungsprozesse in eine Billing-Gesellschaft kompensieren. Von dort wird der gesamte Billingprozess unbundlingkonform abgewickelt. Durch das Anbieten von Billing-Dienstleistungen am Markt wollen wir insbesondere kleinen und mittelgroßen Stadtwerken, die von der Komplexität des Unbundling überfordert sind, die Möglichkeit geben, ihr Billing „auf Augenhöhe“ einzukaufen und sich nicht in die Abhängigkeit großer Anbieter begeben zu müssen.

III. Die Übernahme der Gelsenwasser AG als weiterer strategischer Schritt

Die Übernahme der Gelsenwasser AG war vor dem Hintergrund der dargestellten Entwicklung logisch und konsequent. Die sich aus dem E.ON-Ruhrgas-Deal ergebende Gelegenheit wollten wir nicht ungenutzt lassen. Gemeinsam mit den Dortmunder Stadtwerken haben wir die notwendigen Mittel aufgebracht, was zwar einen gewissen Kraftakt bedeutete, sich aber angesichts der strategischen Potenziale als sehr werthaltige Investition darstellt.

1. Ziele der Kooperation

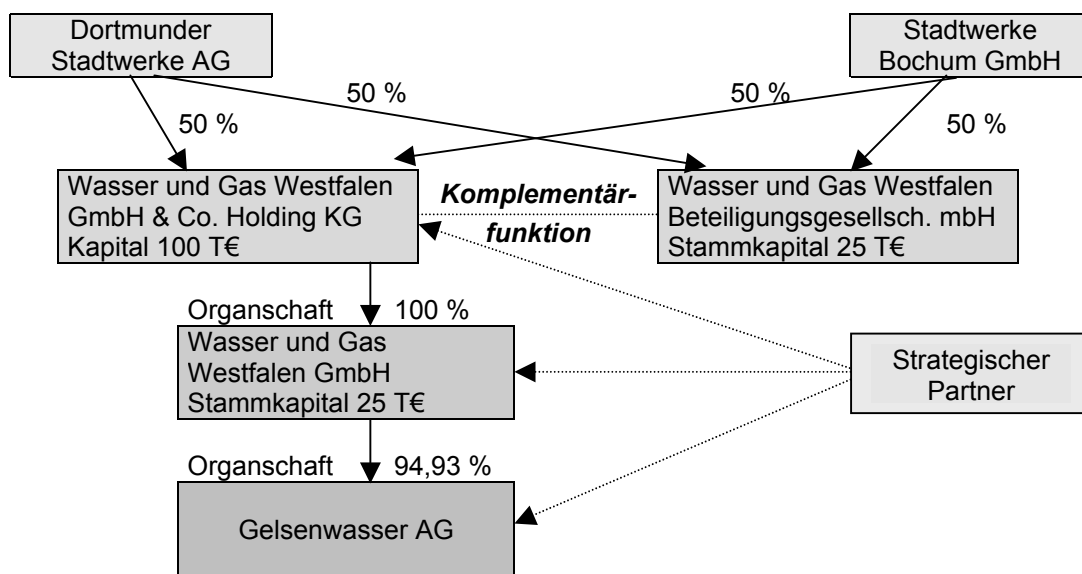
Die Zusammenarbeit von Gelsenwasser, Stadtwerken Bochum, *ewmr* und Dortmunder Stadtwerken dient der partnerschaftlich ausgerichteten Bildung eines starken Verbunds am Standort Ruhrgebiet. Wir wollen die privatwirtschaftlichen Strukturen und die gewachsenen Bindungen zu den Kommunen erhalten und ausbauen. Insbesondere in den Bereichen Wasser und Abwasser wollen wir weiter wachsen, wobei die erwartete umsatzsteuerliche Gleichstellung zusätzliche Chancen eröffnet. Mit Gelsenwasser als größtem privaten Wasserversorger sind wir dafür hervorragend aufgestellt. Aufgrund der räumlichen Nähe sowie ähnlicher

Größe, Strukturen und Unternehmenskulturen der drei Unternehmensgruppen sind die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Partnerschaft und die Realisierung kurz-, mittel- und langfristiger Synergiepotenziale sehr gut. Den vielfach geäußerten Bedenken einer Rekommunalisierung halten wir die Bildung eines hervorragend positionierten Verbunds von wettbewerbserfahrenen Unternehmen entgegen, der zudem noch Vermögen und Arbeitsplätze in der Region erhält und nicht den Interessen von international agierenden Shareholdern unterworfen ist.

2. Steuerliche Vorgehensweise

Bei der Umsetzung des Beteiligungserwerbs wurde zur Sicherung von körperschaftsteuerlichen Verlustpotenzialen folgende Struktur gewählt:

Abbildung 2: Steuerliche Vorgehensweise



Grundelement der Konstruktion ist die Bildung von steuerlichen Organschaften, ohne die keine steuerneutrale Verrechnung von Verlusten und Gewinnen stattfinden kann. Die Zwischenschaltung einer KG ist aufgrund des Wegfalls der Mehrmütterorganschaft notwendig. Die Beteiligungsstruktur war von vornherein darauf ausgerichtet, weitere strategische Partner in den Verbund aufzunehmen. Zur Zeit laufen diesbezügliche Gespräche.

3. Das Projekt Unisono

Die steuerliche Optimierung ist letztlich nur die notwendige Bedingung für die Integration von Gelsenwasser in den Verbund. Die Realisierung von Synergien und die Entwicklung neuer Strategien erfordern weitergehende Aktivitäten, die wir im Rahmen des Gesamtprojekts „Unisono“ ergreifen. In den vier Hauptbereichen Technik, Markt/Vertrieb, IT/Kommunikationsdienste und Personal/Allgemeine Dienste haben wir insgesamt 27 Projekte aufgestellt, die sich in drei Kategorien einteilen lassen:

- Quick Hits, die kurzfristig umgesetzt werden, keine Kosten verursachen und keine Auswirkungen auf bestehende Strukturen haben. Beispiel: Versicherungsbedingungen, wobei ein sofortiger Größeneffekt erzielt wird.
- Synergieprojekte, die kurz- bis mittelfristig umgesetzt werden, geringe Kosten verursachen und zu mittelfristigen Effekten führen. Beispiel: Vereinheitlichung der Systeme der grafischen Datenverarbeitung.
- Strukturprojekte, die mittel- bis langfristig umgesetzt werden und Kosten verursachen, die zunächst die Effekte übersteigen (wie zum Beispiel ein Zählerwesen, das sich marktorientiert ausrichten muss). Zurzeit werden die Möglichkeiten einer gemeinsamen Zählergesellschaft eruiert.

In den Unisono-Projektgruppen werden die Kompetenzen der Partner gebündelt. Wir lernen voneinander und orientieren uns jeweils an der Best-Practice. Wichtigste Voraussetzung für den Erfolg von Unisono ist das gegenseitige Vertrauen, das wir uns entgegen bringen. Außerdem vertrauen wir in unsere eigenen Stärken, indem wir beispielsweise gänzlich auf die Unterstützung durch externe Berater verzichten. Auf diese Weise haben wir bis zum jetzigen Zeitpunkt bereits ein Synergiepotenzial von mehr als 10 Mio. € ermittelt.

IV. Fazit

Unsere Entwicklung zeigt, dass unternehmerischer Erfolg nicht von Rechtsform, Eigentümerschaft oder Größe abhängig ist. Auch als kommunales Stadtwerk kann man im Wettbewerb bestehen, wenn man klare Ziele hat, die man gemeinsam mit zuverlässigen Partnern umsetzt. Erforderlich sind, wie unser Beispiel deutlich macht, Mut, Fantasie und Vertrauen in die Menschen, um mit Optimismus in die Zukunft blicken zu können.

Die Rolle des Benchmarking im Sektor Abwasser

I. Welche Arten von Benchmarking gibt es ?

1. Der Begriff des Benchmarking

Benchmarking ist ein Begriff, der nicht erst als Kernelement der Modernisierungsoffensive der Bundesregierung für die Wasserwirtschaft Eingang in den Sprachgebrauch gefunden hat.

Ursprünglich ist Benchmarking ein Begriff aus der Landvermessung. Die Idee der Messung stand Pate, als man in den 80er Jahren zum ersten Mal Vergleiche im DV-Bereich Netzlastmessungen und damit Leistungsvergleiche durchführte. In den 90er Jahren, als das Office of Water Services – kurz OFWAT –, die Regulierungsbehörde für die privatisierte Wasserwirtschaft in Großbritannien, die Marktverhältnisse zu untersuchen bzw. zu vergleichen begann, erinnerte man sich dieser Ideen unter dem Stichwort „yardstick-competition“.

Der Begriff des Benchmarking wird heute für Vergleiche angewendet, mit denen versucht wird, über die deskriptive Form hinaus durch Interpretation und Vertiefungen Unterschiede zu erklären und zu bewerten. Dabei ist Benchmarking keineswegs ein rein wasserwirtschaftliches Thema; es findet zum Beispiel auch in der Energiewirtschaft Anwendung – wenn man so will, dann ist auch die PISA-Studie eine Art Benchmarking.

2. Die Grundtypen des Benchmarking

Die Abgrenzung – was ist noch Kennzahlenvergleich und was ist schon Benchmarking – ist fließend. Es lassen sich zwei Grundtypen von Benchmarking feststellen:

- das Produkt- oder Leistungs-Benchmarking
- das Prozess-Benchmarking.

* Thomas Schwarz ist kaufmännischer Werkleiter der Münchner Stadtentwässerung.

Beim Produkt/Leistungs-Benchmarking, das dem Kennzahlenvergleich am nächsten steht, handelt es sich um eine punktuelle Betrachtung; Ergebnisse werden verglichen. Im Gegensatz dazu werden beim Prozess-Benchmarking Aspekte der Ablauforganisation untersucht. Es geht um die Schritte, die im Rahmen der Leistungserstellung erforderlich sind bzw. durchgeführt werden.

3. Formen des Benchmarking in der Wasser-/Abwasserwirtschaft

Nachfolgend wird eine Übersicht über die Benchmarks in der Wasserwirtschaft – mit Schwerpunkt Abwasser - gegeben, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird.

a) Effizienz- und Qualitätsuntersuchung der kommunalen Wasserversorgung in Bayern (EffWB)¹

Methodik

Basis: IWA – Kennzahlen mit Erweiterungen
Fachkonzept mit 7 Elementen

1. Strukturdaten
2. Aufgabenkatalog und Aufgabenwahrnehmung (inkl. Outsourcinganteil)
3. Organisationsqualität
4. Kooperation
5. Basisdaten und Datenmodell
6. Kennzahlen für die 5 Leistungsmerkmale der Wasserversorgung (Effizienz, Sicherheit, Qualität der Versorgung, Nachhaltigkeit und Kundenservice)
7. Prozessdaten und Prozesse

Freiwillig, vertraulich und unter Einbeziehen der beteiligten Unternehmen

Zielsetzung

- Leistungsfähigkeit der bayerischen Wasserversorgung einer objektiven Untersuchung zu unterziehen
- Ganzheitlicher Ansatz mit Erfassung und Auswertung aller Leistungsmerkmale der Wasserversorgung hinsichtlich Effizienz, Sicherheit, Qualität, Nachhaltigkeit der Versorgung und Kundenservice
- Kennzahlensystem zur Unterstützung der internen Unternehmensführung (Führungs- und Steuerungsaufgaben)

¹ Quelle: Abschlussbericht EffWB für das Jahr 2000.

Marktbildung

7 % der Wasserversorger in Bayern;

30 % der Versorgungssituation in Bayern nach Netzlänge und Wasserabgabe erfasst

b) BKV / Benchmarking des VKU²

Methodik

Leistungsbenchmarking

Prozessbenchmarking

Betriebsvergleich

Zielsetzung

- Kontrolle der Kosten
- Zahlen der Unternehmen untereinander offen legen um Schwachstellen aufzudecken
- Rationalisierungspotentiale im eigenen Unternehmen erkennen
- Position im Direktvergleich am Markt richtig einschätzen
- Organisation nach Landesgruppen (20–60 Stadtwerke je Bundesland) soll Vertrauen und Verbundenheit innerhalb der Bundesländer entstehen lassen
- Bundesweite Benchmarking-Ergebnisse sind zugänglich

Marktdurchdringung

50 Jahre Betriebsvergleiche und Benchmarking-Anbieter

200 Stadtwerke bundesweit

Sparten Wasser und Abwasser, Strom, Gas, Fernwärme, Bäder sowie gesamtes Unternehmen

c) Wasser- und Abwasser Benchmarking zur Effizienzsteigerung Confideon GmbH (WABE)³

Methodik

Kennzahlenvergleich

Prozessbenchmarking

Kundenbefragung

Mitarbeiterbefragung

² Quelle: Internet www.vku.de

³ Quelle: Internet www.confideon-online.de

Zielsetzung

1. Kennzahlenvergleich:

- Detaillierte Gegenüberstellung von Daten und Kennzahlen basierend auf IWA-Kennzahlensystem
- Detaillierte Positionsbestimmung unter den Aspekten: Finanzen, Anlagen und Prozesse, Wasserressourcen/Entsorgung und Umwelt, Mitarbeiter/Innovation, Kunden, Qualität für Führungskräfte und Unternehmensleitung

2. Prozessbenchmarking:

- Vergleich der Abläufe und Regelungen bis auf Ebene der einzelnen Tätigkeiten in den Unternehmen
- Austausch über verschiedene Methoden und daraus resultierender Effizienzgrößen (kosten, Dauern, Kundenzufriedenheit und Qualität)
- Zielgruppe für Kunden- und Mitarbeiterbefragung: Unternehmensleitung und Führungskräfte, Mitarbeiter und Aufsichtsgremien

3. Kundenbefragung

Aspekte der Kundenbefragung:

- Wichtigkeit und Zufriedenheit der Angebote und Leistungen
- Gesamtzufriedenheit
- Anforderungen/Wünsche für die Zusammenarbeit

4. Mitarbeiterbefragung

Themen sind:

- Zufriedenheit am Arbeitsplatz und Betriebsklima
- Tätigkeit und Arbeitssituation
- Information
- Weiterbildung und Entwicklung
- Führung etc.

Marktdurchdringung

50 kommunale Unternehmen der Wasserwirtschaft (bis August 2003) aus der Wasserver- und Abwasserentsorgung aus 8 Bundesländern Ver-/Entsorger für über 4 Mio. Einwohner

d) International Water Association: IWA-Kennzahlen⁴

Methodik

Fortentwicklung der wissenschaftlich-technischen Dokumentation und des Standes des Wissens⁵

⁴ Performance Indicators for Wastewater Services, Working Version pre5, 14th Oktober 2002.

⁵ KA-Abwasser, Abfall 2004(51)Nr.11, S.1206 ff.

Objektive und umfassende Managementwerkzeuge für Wasserver- und Abwasserentsorgungsunternehmen

Gliederung der Aufgaben nach Organisationseinheiten, nicht nach Prozessen

- Daten für Randbedingungen wie Entsorgungsumfang, Art der Unternehmensaufgabe und Aufgabenerfüllung entwickelt.
- Strukturdaten als Grundlage für Kennzahlen
- Performance Indicators für die Bereiche Umwelt, Personal, Betrieb, Qualität und Service, Wirtschaftliche und Finanzielle sowie Physikalische Kennzahlen erstellt

Theoretische Herangehensweise, keine praktische Durchführung von Kennzahlenvergleichen oder Benchmarking-Projekten

Zielsetzung

- „Common Reference“ und adäquates Modell zur Aggregation von Daten für sog. „Key Types“ von Nutzern entwickelt
- 164 Performance Indicators

Potentielle Nutzer dieser Kennzahlen:

- Unternehmen der Abwasserentsorgung z.B. zur Strategischen Planung, einfachere und strukturierteres Kontrolle (Monitoring) zu Managemententscheidungen, Stärken und Schwächen einzelner Abteilungen etc. aufzeigen und darstellen wo Möglichkeiten zur Verbesserung der Produktivität, von Abläufen und Routinen liegen; usw.
- Nationale oder regionale Politik oder Regulierungsbehörden
- Kreditgeber
- Kunden und der Vertreter
- Multilaterale Organisationen

Marktdurchdringung

Testphase mit 70 Organisationen weltweit

Weiterentwicklung durch großangelegte Pilottestphase

z.T. im Benchmarking-Modell von OFWAT verwirklicht als Ersatz für einen tatsächlich bestehenden Markt (Marktsimulation)

e) OFWAT (GB)⁶

Methodik

Nationale und internationale Vergleiche in den Bereichen Betriebskosten, Finanzen Qualität (Wasserlieferung und Wasserverluste), Kundenservice

- Leistungsvergleich der Unternehmen

⁶ Quelle: Internet www.ofwat.gov.uk

- Aufgreifen von Best Practice Verfahren / Abläufen
- Festsetzen von Preisobergrenzen um für die Unternehmen Anreize zu schaffen ihre Effizienz zu steigern
- Reports zur Performance der Unternehmen mit Schwerpunkt ihre Verbesserungen herauszustellen
- Kennzahlen zu folgenden Indikatoren entwickelt:
Betriebskosten und andere Effizienzkennzahlen
Zahlen um die Einflüsse auf die Unternehmen zu eliminieren z.B. Kosten für Pumpwerke zur Wasserverteilung an die Kunden
Erreichte Servicestandards

Bewertung der Gesamtleistung des Unternehmens

Zielsetzung

Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Effizienz; Ermöglichen von Wettbewerb auf einem Markt der von lokalen Monopolisten beherrscht wird und in dem es keine Marktmechanismen gibt

- Unternehmen produzieren die richtige Qualität
- Qualität der Produkte und Dienstleistungen erfolgt zum niedrigsten Preis
- Einsparungen auf Shareholder und Kunden gleichmäßig verteilen z.B. über niedrigere Rechnungen an die Kunden oder Rückerstattungen

Marktdurchdringung

Alle Unternehmen der Wasserwirtschaft (Wasser und Abwasser) in England und Wales einbezogen

Internationale Vergleiche z.B. zwischen England und Wales, Australien, Niederlande, USA

f) Benchmarking in der Siedlungswasserwirtschaft Österreichs⁷

Methodik

Systematischer Vergleich von Prozessen, Methoden und Produkten der Siedlungswasserwirtschaft in Österreich

Prozessbenchmarking

Betrachtung von Teilprozessen für Kanalbetrieb, Klärwerksbetrieb sowie Kanal- und Klärwerksbau

Schritte des Benchmarking- Prozesses:

- Definition von Leistungsbeurteilungsgrößen
- Identifikation von geeigneten Vergleichspartnern
- Durchsetzen einer einheitlichen Datenerhebungs- und -bearbeitungsmethode

⁷ Quelle: Endbericht Benchmarking in der Siedlungswasserwirtschaft Wien, 2001.

Zielsetzung

Grundlage für die Wirtschaftlichkeitssteuerung durch Identifizierung von Kosteneinsparpotentialen und Leistungsineffizienzen

Durch Orientierung an Benchmarks oder Best-Practice Leistungsniveaus von Vergleichsorganisationen im eigenen Unternehmen Verbesserungen in den Betriebsabläufen erreichen können

Steigerung der Effizienz

Positiver Wandel in der Unternehmenskultur

Motivierung durch Orientierung an einer Zielvorgabe von Vergleichsunternehmen

Verankerung von Wettbewerbsorientierung in sämtlichen Unternehmensbereichen

Marktdurchdringung

71 Verbände und Gemeinden in Österreich

4. Nutzen des Benchmarking

Benchmarking alleine stiftet keinen Nutzen. Benchmarking kann aber:

- *Proportionen aufzeigen:* So distanziert wir auch Kennzahlenvergleichen gegenüberstehen, in unseren Köpfen arbeitet immer eine Art Zensor mit, der die Fragen aufwirft: „Kann das hinkommen, stimmt diese Größenordnung?“ Und erst in zweiter Linie stellen wir dann die Frage: „Warum?“
- *Größeneffekte isolieren:* Das können Synergien sein, aber auch Dysnergien. Schon Heinrich von Gossen wusste aus der Landwirtschaft zu berichten, dass der Einsatz eines Produktionsfaktors zunächst steigende, nach einem Kippunkt aber fallende Erträge verursacht. Es gibt sicher keine optimale Unternehmensgröße im Sinne einer Numerik oder Kabbalistik der Unternehmensberater, aber es gibt Phänomene – die Professionalität der Größe, wie die Unmittelbarkeit der Führung im Mittelstand –, die wir feststellen.
- *Kreativität schneller umsetzen:* Es mag sich trivial anhören, aber Erfahrungsaustausch wirkt sehr oft katalytisch, denn gerade in Traditionsbranchen besteht die Gefahr der Betriebsblindheit. Betriebsstrategien werden obsolet durch technischen Fortschritt. So haben z.B. geografische Informationssysteme dazu beigetragen, dass eine mechanistische Turnusreinigung im Kanalbetrieb einer bedarfsorientierten Reinigung mehr und mehr Platz macht.
- *Strukturen hinterfragen:* Insbesondere hierarchische Systeme neigen dazu, eine Vielzahl von Zwischenschritten einzulegen, wenn es um Entscheidungen geht. Bei einer flachen Hierarchie gibt es vergleichs-

weise wenige Zwischenschritte und damit einen niedrigeren Ressourcenverzehr.

II. Eigenerstellung und Wettbewerb – Leistungstiefe und Informationsbedarf

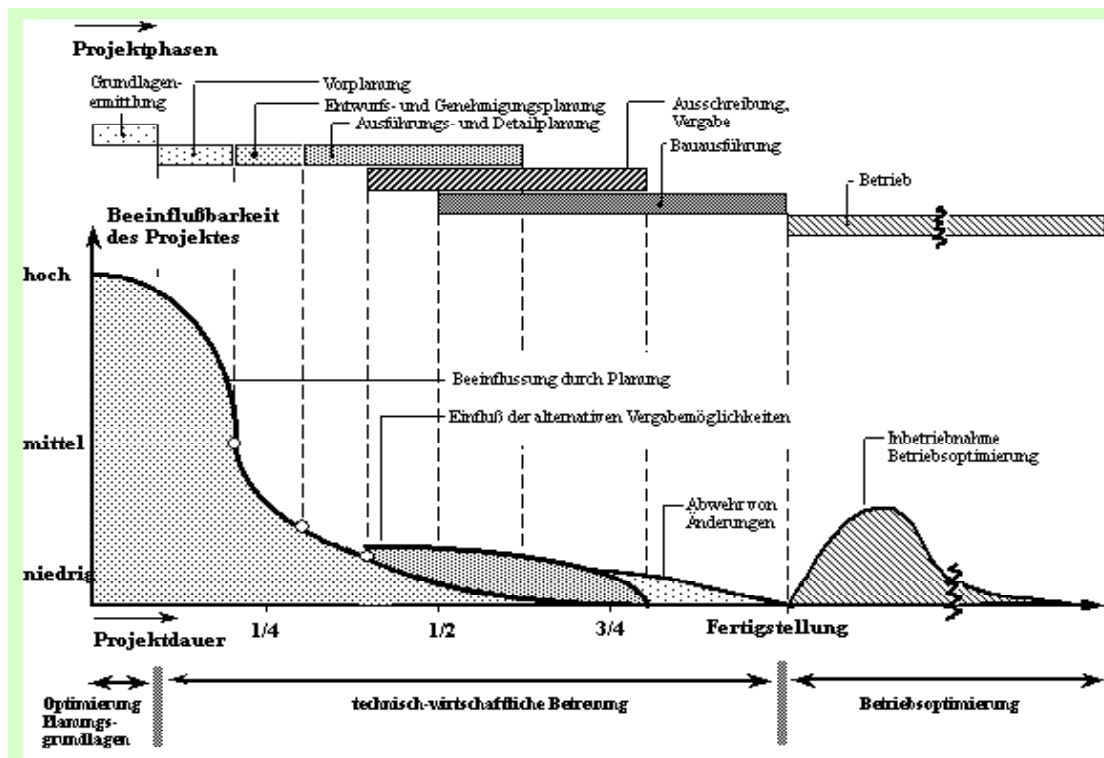
Die Entscheidung über die Leistungstiefe ist unterschiedlich angelegt. Manchmal sind es politische Vorgaben, die an volkswirtschaftliche Dogmen anknüpfen, welche vom Neoliberalismus zur katholischen Soziallehre einen Bogen spannen; manchmal dominiert die Vorbereitungsfunktion der Verwaltung das Geschehen. Daraus lassen sich drei grundlegende Vorgehensmuster ableiten, die unterschiedliche Nachfragen nach Benchmarkingtypen auslösen und unterschiedliche Wettbewerbsintensität aufweisen:

Autarkie	Selektive Vergabe	Konzession
Ist die Entscheidungsgrundlage für die Eigenerstellung richtig ?	Vergebe ich die richtigen Dinge richtig ?	Sind die Proportionen gewahrt ? Formuliere ich die richtige Ausschreibung ?
Leistungs- /Produktbenchmarking	Prozessbenchmarking	Leistungs- /Produktbenchmarking
Wettbewerb jährlich/an Fluktuation orientiert möglich	Wettbewerbsintensität hoch	Wettbewerb findet in den Konzessionszyklen statt
Anwendungsfall: Entscheidung über den Bau einer Klärschlammmonverbrennung (Marktaufnahme aus den 90-ern)	Klassische Betriebsentscheidung: „make or buy“	Ausschreibung eines Betriebervertrages

Es wäre aber zu kurz gegriffen, diese Grundtypen in absoluter Form zu betrachten. Der Abwassersektor ist durch lange Investitions- und Betriebszyklen gekennzeichnet. Entscheidungsorientiert bedeutet dies, dass wenige Monate über Jahrzehnte entscheiden. Im Bereich der Kläranlagen wird dies unter anderem durch Untersuchungen von Professor Bohn verdeutlicht.⁸

Nachfolgende Graphik zeigt auf, dass je nach betrieblichem Lebenszyklus der Schwerpunkt für ein Benchmarking entweder im Bereich des Investitionscontrolling oder der Betriebsoptimierung gewählt werden muss. MOE-Staaten werden derzeit eher die erstere Ausprägung, die Wasserwirtschaft in der Bundesrepublik eher letztere Ausprägung wählen.

⁸ Bohn, T., Neuere Erkenntnisse bei Planung, Bau und Betrieb bei Abwasserbehandlungsanlagen Institut für Wasserversorgung, Abwassertechnik, Abfalltechnik Darmstadt, Bd. 91; S. 79-99.



III. Zusammenfassung

Benchmarking kann entweder als ordnungspolitisches Instrument oder als Optimierungsmittel des Managements eingesetzt werden. Im ersteren Fall wird man als Wettbewerbsderivat die Einhaltung der Spielregeln für eine Marktteilnahme überprüfen wollen. Klassisch ist das die Domäne der Produkt- bzw. Leistungs-Benchmarks. Das Prozess-Benchmarking, das stärker ins Detail geht und die Strukturen und Zusammenhänge aufzuzeigen versucht, ist ein Managementinstrument und dient der Optimierung im Markt. Dieses Instrument ist in der Abwasserbeseitigung für die Kernprozesse ausgereift und wird ständig erweitert.

Dienstleistungen des Wasser-/Abwassersektors zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb

Die Diskussion im Workshop

Ausgehend von den beiden in den Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH zusammengefassten Bereichen Wasser und Abwasser konzentrierte sich ein wesentlicher Teil der Diskussion zu dem Referat von Herrn Dr. *Schirmer* auf Wettbewerbsfragen. Es ging darum, inwieweit es zulässig ist, über die Gewinnerwirtschaftung eines Angebotsmonopols Teile des Haushalts zu finanzieren. Die Gegenposition hierzu machte deutlich, dass es sich bei den an den Haushalt abgeführten Beträgen um eine vertretbare und auch vom Gesetzgeber geforderte Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals handelt. Ein weiterer Diskussionspunkt befasste sich mit der internen Subventionierung. Hier wurde dann in der Diskussion klar, dass mit der praktizierten Sparten- und Abgrenzungsrechnung kein interner Ausgleich zwischen den einzelnen Sparten der Wasserunternehmen erfolgt.

Die Diskussion des Referats von Herrn *Wilmert* befasste sich zunächst mit dem Konzept zur Integration von Gelsenwasser. Dabei ging es unter anderem um die Frage, wie mit dem Einfluss der Fusion auf die Arbeitsplätze und hier wiederum speziell mit der Position der Arbeitnehmervertreter umgegangen wird. Die Lösung dieses Problems liege in Betriebsvereinbarungen, die sich auf die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen richten, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Unternehmensziele in einer bestimmten Ausprägung erreicht werden. Weiterhin zeigte die Diskussion, dass Stadtwerke sich als Mittelstandsunternehmen der öffentlichen Versorgungswirtschaft gegen den Druck und die Strategien oligopolistischer Angebotsstrukturen einiger weniger großer Versorger zur Wehr setzen müssen. Dies erfolge bei den Stadtwerken Bochum durch eine Strategie, die neben dem Wettbewerb strategische Allianzen in der Region in das Zentrum ihrer zukunftsbezogenen strategischen Ausrichtung stellt. Wie im privaten Unternehmensbereich, so würden zunehmend auch für öffentliche Unternehmen neben Wettbewerb strategische Allianzen ganz erheblich an Bedeutung gewin-

* Prof. Dr. Dietrich Budäus ist Ordinarius für Betriebswirtschaftslehre an der Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Professor Budäus leitete die Diskussion im Workshop „Wasser-/Abwassersektor“.

nen. Hierbei handele es sich nicht um Alternativen, sondern um zwei unterschiedliche Seiten ein und derselben „Medaille“.

Im Mittelpunkt der Diskussion des Referats von Herrn *Schwarz* standen die heterogenen Funktionen und die Organisation von Benchmarking. Zum einen sei Benchmarking als ein Managementinstrument zur Steuerung und Verbesserung interner Prozesse und Strukturen zu verstehen; Benchmarking stehe als Wettbewerbsäquivalent bei monopolistischen Angebotsstrukturen, wobei es um das Lernen von anderen gehe. Zum anderen beziehe sich Benchmarking öffentlicher Unternehmen in der aktuellen Situation auf eine politische Forderung im Rahmen der Modernisierungsdiskussion auf EU-Ebene. Hierbei gehe es darum, die Effizienz öffentlicher Unternehmen über Benchmarking transparent zu machen und dadurch die Existenz und Notwendigkeit öffentlicher Unternehmen zu legitimieren. Diesbezüglich stehe die Diskussion und die derzeitige Entwicklung allerdings erst ganz am Anfang.

Podiumsdiskussion:

**Daseinsvorsorge
unter Wettbewerbsbedingungen**

Plädoyer für Pluralismus und kommunale Selbstverwaltung

Zunächst möchte ich ein Plädoyer für den Pluralismus halten. Pluralismus heißt im Zusammenhang mit unserem Thema, dass neben öffentlichen Unternehmen auch frei gemeinnützige und kommerzielle Unternehmen der Privatwirtschaft im Markt der öffentlichen Dienstleistungen tätig sind. Wir kennen solche Konstellationen schon, etwa im Bankenbereich, wo öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, Kreditgenossenschaften und private Banken konkurrieren. Dasselbe findet sich im Versicherungssektor mit öffentlichen Versicherern, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und privaten Versicherungsaktiengesellschaften. Warum soll das nicht auch bei öffentlichen Dienstleistungen Gang und Gebe werden? Voraussetzung ist, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Gruppierungen herrschen; hier hapert es aber sehr. Wenn öffentliche Unternehmen öffentliche Aufgaben erfüllen, sind sie dafür zu entgelten. Will der Gesetzgeber oder die Gebietskörperschaft hohe Sicherheitsstandards, besondere Qualitäten und nachhaltige ökologische Aspekte verwirklichen, dann müssen sie entgolten werden. Was den Wettbewerb angeht, fand er bisher meist angebotsorientiert statt; es wurde also von den Leistungsanbietern her gedacht. Nun kommt über den wachsenden Wettbewerb die Nachfrageorientierung in den Fokus, und es sollte Wert darauf gelegt werden, dass beide Orientierungen zum Ausgleich gebracht werden. Ausgleich bedeutet, dass die Angebote im Hinblick auf den Kunden gestaltet werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Kunde Qualitäten oft gar nicht beurteilen kann.

Ein weiterer Gesichtspunkt: Wir folgen derzeit der längst vollzogenen Entwicklung in der Wohnungswirtschaft, wo die Objektförderung abgebaut und die Subjektfinanzierung eingeführt wurde. Früher waren die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen objektgefördert, das hieß unter anderem, dass sie keine Gewinne ausschütten durften. Dieser Systemwechsel ist symptomatisch auch bei anderen öffentlichen Dienstleistungen heutzutage. Im Übrigen ist festzustellen, dass die öffentlichen Dienstleistungen mehr und mehr über Zielvereinbarungen wahrgenommen werden. Die Ausschreibung gibt das „Was“ vor, und nach dem Zuschlag ist das „Wie“ zu vereinbaren – wer immer dann auch beteiligt ist, ein öffentliches oder ein privates Unternehmen.

* Angaben zur Person siehe S. 7.

Zu bedenken ist ferner, dass öffentliche Dienstleistungen nicht eindimensional auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, sondern Sachziele im Vordergrund stehen. Sie gilt es zu formulieren und den Erreichungsgrad nachzuweisen.

Zu den Regelwerken sei darauf hingewiesen, dass Manches de jure so sein mag, wie es gesagt worden ist, dies aber de facto oft nicht weiter hilft. Zum Beispiel schätzt jeder die Vertragsfreiheit als hohes Gut bzw. rechtliche Regel; wenn aber zwei unterschiedliche Vertragspartner – ein mächtiger und ein schwacher – einen Vertrag schließen, nützt oft die ganze Vertragsfreiheit wenig, weil der Starke den Schwachen über den Tisch ziehen kann. Man muss also ein Regelwerk entwerfen, welches verhindert, dass der Schwache immer unterliegt. Aber solche Regelwerke sind schwierig, weil sie in die Verhandlungsfreiheit eingreifen. Deshalb können Regelwerke nur den Rahmen setzen, und innerhalb dessen gibt es dann auszufüllende Spielräume.

Was ist etwa zum Regelwerk der Subsidiarität zu sagen? Ich meine hierbei nicht Subsidiarität im europäischen, sondern im kommunalen Kontext, nämlich den privatwirtschaftlichen Vorrang vor der kommunalen Tätigkeit, wie er rechtlich durch die Gemeindeordnungen festgelegt ist. Dieses Prinzip soll helfen, den Mittelstand zu fördern. Tatsächlich wird damit aber nicht der Mittelstand gefördert; im Gegenteil, die Regel ist konzentrationsfördernd, denn der kleine mittelständische Betrieb wird oft nicht leisten können, was an Wünschen der ausschreibenden Kommune bezüglich der öffentlichen Aufgaben zu erfüllen ist. Vor allem Großunternehmen können sich an einem solchen Ausschreibungswettbewerb erfolgreich beteiligen. Wenn sie im Bieterwettbewerb unterliegen, bestehen sie weiterhin. Denn sie sind ja auch anderswo tätig. Ein mittelständisches Unternehmen oder ein mittelgroßes Stadtwerk, das beim Ausschreibungswettbewerb unterliegt, dürfte aus dem Markt ausscheiden und könnte wohl auch nicht mehr zurückgeholt werden. Regelwerke der genannten Art sind dann nicht hilfreich. Besser wäre es, die Dinge selbst zu erledigen.

Wenn ich mich eingangs für Pluralismus ausgesprochen habe, der ausgewogene Verhältnisse zustandezubringen vermag, setze ich damit weniger auf Regeln und halte es eher mit der kommunalen Selbstverwaltung. Sie ist ein Gut, das wir in Deutschland traditionell hoch halten. Sie aktiviert die Bürger, und dieses hohe Gut darf nicht einer übertriebenen Wettbewerbsdoktrin geopfert werden.

Abschließend folgender Hinweis: Wir bedienen uns gern der Formel: Mehr Markt und weniger Staat. In Wirklichkeit läuft das so aber nicht. Vielmehr gilt: Je mehr Markt und je intensiver und überschäumender der Markt ist, desto mehr Staat wird benötigt. Den Staat verkörpern dann die Regulierungsbehörden. Wir sehen derzeit ihr atemberaubendes Wachstum in Deutschland. Schon hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post fast 3.000 Mitarbeiter, und es werden für die Regulierung der Energiewirtschaft noch mehr eingestellt werden müssen. Die Bürokratiekosten steigen damit immer weiter. Aber das ist ein neues Thema, dem wir uns vielleicht auf einer der nächsten Tagungen widmen sollten.

Nichts spricht gegen Wettbewerb

In der Diskussion über die Zukunft der öffentlichen Daseinsvorsorge sind gelegentlich absurde Ansichten zu vernehmen. Da wird vor dem Hintergrund der „drohenden“ Konkurrenz privater Anbieter der Untergang der öffentlichen Unternehmen, gelegentlich gar der Verfall öffentlicher Dienstleistungsangebote beschworen. Das ist zwar meist so übertrieben, dass selbst dem öffentlichen Sektor besonders Wohlmeinende sich von solchen Kassandrarufern distanzieren. Gleichwohl ist eine große Verunsicherung bei den kommunalpolitisch Verantwortlichen und bei den Mitarbeitern der öffentlichen Betriebe über die kommenden Entwicklungen zu spüren. Diese ist jedoch weitgehend unbegründet.

Was spricht eigentlich gegen Wettbewerb? Auch im Bereich der Daseinsvorsorge wird man bei genauer Betrachtung feststellen können: nichts! Wettbewerb ist, wie auch in der privaten Wirtschaft, leistungsfördernd. Und nichts sichert den Bestand von Unternehmen, auch von öffentlichen Unternehmen, besser als Leistung und Kundenzufriedenheit. Der Bürger, für den die öffentliche Daseinsvorsorge angeboten wird, ist wirtschaftlich gesehen ein Kunde, der für sein sauer verdientes Geld die bestmögliche Leistung zu möglichst geringen Kosten erwartet. Er möchte, jedenfalls im Großen und Ganzen, auch nicht für Dienstleistungen bezahlen, an denen er überhaupt nicht interessiert ist oder die er anderswo günstiger erhalten kann.

Es ist deshalb im Grundsatz sehr zu begrüßen, dass sich die EU-Kommission mit den Grundvoraussetzungen der Dienstleistungen im allgemeinen Interesse und der öffentlichen Daseinsvorsorge im besonderen so intensiv befasst. Die öffentlichen Dienstleistungen sind im immer weiter zusammenwachsenden Binnenmarkt ein bedeutender Faktor, der nicht vernachlässigt werden darf. Ebenso wie die privaten Haushalte ist auch die Wirtschaft auf den unkomplizierten Zugang zu qualitativ hochwertigen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge angewiesen. Und gerade das Nebeneinander von öffentlichen und privaten Unternehmen und insbesondere der starke Drang der öffentlichen Unternehmen in den Wettbewerb zu privaten Anbietern machen klare Regelungen unumgänglich.

* Hellmut Königshaus ist Mitglied der FDP-Fraktion des Deutschen Bundestages. Er war Generalbevollmächtigter der ALBA AG, Berlin.

Das müssen unsere deutschen Kommunalpolitiker und insbesondere auch die Vertreter der öffentlichen Wirtschaft vielfach erst noch lernen. Dabei ist das vielfältige Lamentieren über die mangelnde Beachtung deutscher Traditionen nicht hilfreich. Die Europäische Union besteht nicht nur aus Deutschland, sondern aus mittlerweile 25 Mitgliedstaaten, die – jeder für sich – eigene Traditionen und Gewohnheiten einbringen. Die Definitionen von Forsthoff sind in diesem Zusammenhang zwar ein interessanter Aspekt, aber eben nur einer unter vielen. Die Kommission musste sich deshalb daranmachen, europäische Standards zu entwickeln, die durchaus auch viele deutsche Traditionen und gewachsene Strukturen berücksichtigen, aber eben auch in mancher Beziehung davon abweichen. Wir Deutsche müssen uns wie alle anderen Mitgliedstaaten auch an diesen europäischen Standards orientieren, nicht umgekehrt.

Dabei hilft es auch nicht, darauf zu verweisen, dass es möglich wäre, die europäischen Regeln zu ändern. Das stimmt zwar, aber solange die EU-Regeln nicht geändert sind, gelten sie und müssen beachtet werden, egal ob sie uns gefallen. Und es gibt nicht den geringsten Hinweis, dass „Brüssel“ in absehbarer Zukunft diese Regeln ändert oder gar in Richtung auf die tradierten Formen der deutschen „Daseinsvorsorge“ zurückschraubt.

Dabei wird den Kommunen und den regionalen Behörden durch Brüssel durchaus nicht „die Luft zum Atmen genommen“, wie dies fälschlich immer wieder behauptet wird. Staatliche und insbesondere kommunale Stellen können durchaus selbst entscheiden, welche Aufgaben sie selbst wahrnehmen wollen und welche Dienstleistungen sie anbieten. Aber sie müssen es unter Beachtung der für den jeweiligen Bereich erlassenen EU-Verordnungen und -Richtlinien tun. Das gelegentlich als Negativbeispiel beschworene Beispiel eines erzwungenen privatisierten Polizeifunks ist schlichtweg Unfug. Wer bei den Sicherheitsdiensten funkt, insbesondere nach welchen Regeln, entscheidet natürlich der Dienstherr nach seinem Polizeigesetz, und welche Anforderungen die Hard- und Software erfüllen muss, ebenso. Aber welchen Anbieter er letztlich bei der Beschaffung berücksichtigen darf, muss durch Ausschreibung ermittelt werden. Wo also ist das Problem?

Ebenso verhält es sich im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge. Der Grundsatz der Subsidiarität gilt auch weiterhin, jede Kommune kann selbst entscheiden, was sie als notwendige „Daseinsvorsorge“ ansieht und wie, durch wen und unter welchen Bedingungen sie diese gewähr-

leisten will. Es steht ihr also durchaus frei, auch weiterhin öffentliche Unternehmen oder gar Eigenbetriebe zu beauftragen.

Wenn die Kommune sich aber entscheidet, etwas selbst zu machen oder durch öffentliche Betriebe machen zu lassen, darf sie nicht daneben in den Wettbewerb zu Unternehmen außerhalb ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs eintreten. Das stößt gelegentlich auf Widerspruch bei Vertretern der öffentlichen Wirtschaft. Aber sie übersehen dabei, dass sie andernfalls ja auch im eigenen Bereich mit Wettbewerb beispielsweise durch Eigenbetriebe oder öffentliche Betriebe anderer Kommunen rechnen müssten. Also: Entweder die Kommunen berufen sich mit ihren Betrieben unter dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge auf Sonderrechte, dann dürfen sie sich nicht im Wettbewerb betätigen, oder sie nehmen am Wettbewerb teil – weil sie „nicht benachteiligt sein wollen“, wie es dann meist heißt –, dann dürfen sie aber auch keine Sonderrechte in Anspruch nehmen.

Warum aber sträubt sich die öffentliche Wirtschaft, jedenfalls in weiten Teilen, gegen den Wettbewerb? Vielleicht liegt es daran, dass oftmals die Interessen von kommunalen Unternehmen mit denen der Kommune selbst verwechselt werden. Die kommunalen Unternehmen sind aber doch wohl für die Kommune und ihre Bürger da und nicht umgekehrt.

Natürlich kann im Wettbewerb nur derjenige bestehen, der gleichen Bedingungen unterliegt. Dies wird häufig durch einengende Bestimmungen der Haushaltsordnung, überhöhte Gehaltstarife und sonstige staatliche Einflussnahme verhindert. Natürlich wird es unter diesen Möglichkeiten künftig nicht mehr möglich sein, bei den öffentlichen Unternehmen ein höheres Gehaltsniveau als bei der privaten Wirtschaft zu gewährleisten. Aber das ist ohnehin auf Dauer nicht durchzuhalten, und alle Beteiligten – auch die, die das noch nicht zugeben mögen – wissen das. Sie werden nicht dem Bürger immer drastischere Einschnitte ins soziale Netz zumuten und gleichzeitig im öffentlichen Sektor Schutzzäune ziehen können. Dies festzustellen ist nicht Ausdruck „sozialer Kälte“ und hat auch nichts mit dem unsinnigen Kampfbegriff des „Neoliberalismus“ (was ist in diesem Zusammenhang eigentlich „neo“?) zu tun. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass wir vor weiteren Einschnitten bei den einen die nicht begründbaren Einkommensvorsprünge bei den anderen beseitigen. Die Tarifparteien haben dies erkannt, und mehr als nur wenige erste Schritte in diese Richtung sind bereits gegangen worden.

Wenn wir dies einmal als unvermeidbare Entwicklung vor die Klammer ziehen: Können öffentliche Unternehmen dann bestehen? Hier ist im

öffentlichen Bereich tiefe Skepsis zu spüren, aber diese ist absolut unberechtigt. Die öffentliche Wirtschaft, die öffentlichen Unternehmen sind wettbewerbsfähig, wenn man sie lässt, also die Rahmenbedingungen vernünftig gestaltet. Die Mitarbeiter dort sind nicht weniger leistungsfähig und, wenn man sie über die veränderten Rahmenbedingungen nicht wider besseres Wissen immer wieder zu täuschen versucht, auch nicht weniger leistungsbereit als jene im privaten Sektor.

Mein Lieblingsbeispiel ist die in beinahe jeder Hinsicht vorbildliche Stadt Karlsruhe: dort ist vor allem die Umgestaltung des ÖPNV ein Beispiel dafür, dass es möglich ist, mit vernetztem Denken neue Angebote zu entwickeln und neue Kunden zu gewinnen. Es ist Phantasie erforderlich, egal ob im privaten oder im öffentlichen Bereich, um mit den Entwicklungen und den Erfordernissen der Bürger, der Kunden Schritt zu halten. Dann geht es auch im öffentlichen Bereich, und zwar ohne jedwede Sonderrechte. Und entgegen allen Unkenrufen ist dies jedenfalls bundes- und europarechtlich durchaus zulässig. Sollten, wie vereinzelt behauptet, Gemeindeordnungen dagegen stehen, müssen eben diese geändert werden, weil dann gerade sie den Bestand der öffentlichen Wirtschaft gefährdeten.

Die Nachfrage ist der entscheidende Punkt. Entweder ein Unternehmen trifft die Kundenbedürfnisse, oder es wird auf Dauer untergehen. Da unterscheidet sich die öffentliche Wirtschaft nicht vom privaten Sektor. Jedenfalls nicht mehr lange. Und je schneller das alle Beteiligten begreifen, umso besser kann sich die öffentliche Wirtschaft den Herausforderungen der Zukunft stellen.

Kommunale Unternehmen im Wettbewerb

Im Folgenden nehme ich zu drei Fragen Stellung, die die Position der kommunalen Unternehmen im Wettbewerb betreffen:

1. Was spricht gegen fairen Wettbewerb?

Es spricht nichts gegen fairen Wettbewerb. Nur ist er aus Sicht der kommunalen Unternehmen nicht fair, weil die kommunalen Unternehmen in vielerlei Hinsicht ein Handicap haben, insbesondere durch die Gemeindeordnungen, die z.B. ein Handeln außerhalb der eigenen Gemeindegrenzen ungemein erschweren. Privilegien für kommunale Unternehmen, die vielfach noch unterstellt werden, bestehen nicht mehr.

2. Können kommunale Unternehmen im Wettbewerb bestehen?

Kommunale Unternehmen sind im Allgemeinen vom Management und von der Belegschaft her wettbewerbsfähig und vor allem auch motiviert, im Wettbewerb zu bestehen. Ein Problem bilden vielfach die kommunalen Eigentümer, die in den Aufsichtsgremien der kommunalen Betriebe häufig nicht risikofreudig genug für den Wettbewerb sind.

3. Was sind die Folgen eines intensiven Wettbewerbs?

Die Folgen eines intensiven, unkontrollierten Wettbewerbs sind Oligopole, die nicht gewollt sein können. Deswegen muss der Wettbewerb so gesteuert und kontrolliert werden, dass ausreichend viele Marktteilnehmer bestehen bleiben und dass der Preis nicht zum einzigen Wettbewerbskriterium wird, sondern dass auch die verschiedenen Qualitätskriterien angemessen berücksichtigt werden. Nur so können allzu große negative Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Gesellschaft, die Unternehmen und deren Belegschaften vermieden werden.

* Angaben zur Person siehe S. 135.

Daseinsvorsorge ist originär staatliche Aufgabe

Daseinsvorsorge ist nicht, wie häufig behauptet wird, ein etwas altbackener Begriff, sondern ein seriöser, anspruchsvoller Begriff, der jedenfalls mehr Sinn ergibt als „öffentliche Dienstleistungen“ oder der Nonsens-Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“; denn er betrifft Leistungen, die dem Allgemeinwohl dienen und eine wirtschaftliche Komponente haben. Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse mag die Europäische Kommission haben, aber das ist nicht der Begriff, der rechtlich relevant wäre.

Weder ist Daseinsvorsorge ein Begriff für Sozialstaatsrealisierung, noch handelt es sich dabei um einen illiberalen Begriff. Im Gegenteil, Daseinsvorsorge ist ein klassischer neoliberaler Begriff. Denn die Daseinsvorsorge umfasst Leistungen, die erforderlich sind zur Verwirklichung der Grundrechte. Das sind Leistungen, die man sich als Grundrechsträger nicht aus seiner Freiheitsposition heraus verschaffen kann. So kann einem nur der Staat die Infrastruktur gewährleisten, für die man den Zugriff auf Dritte benötigt. Daseinsvorsorge ist also etwas viel Seriöseres als das ganze begriffliche Geplänkel auf europäischer Ebene, und deswegen sollten wir an diesem Begriff festhalten.

Daseinsvorsorge hat die Wirkung, dass eine Tätigkeit, die sich zwischen Privaten abspielt, in den öffentlichen Bereich verlagert wird, öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt und eine öffentliche Garantenstellung des Staates hervorruft. Diese Garantenstellung kann der Staat nur erfüllen, indem er die Leistung selbst erbringt oder erbringen lässt, indem er die Infrastruktur schafft und gewährleistet. Die Infrastruktur beispielsweise im ÖPNV besteht nicht nur darin, dass ein Netz errichtet wird, sondern es muss auch betrieben werden.

Die Leistung kann der Staat entweder in Eigenproduktion erbringen oder dem Wettbewerb überlassen. Insofern hatte der Schöpfer des Begriffs Daseinsvorsorge Ernst Forsthoff nicht recht, wenn er behauptete, Daseinsvorsorge und Wettbewerb schließen einander aus. Das ist in der Tat altbacken.

* Angaben zur Person siehe S. 109.

Aber Wettbewerb und Daseinsvorsorge stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander: Der Wettbewerb ist ein Instrument zur Verwirklichung des Daseinsvorsorge-Auftrags. Der Wettbewerb hat keinen Selbstzweck. Er dient im Bereich der Daseinsvorsorge nicht dazu, den Mächtigeren und Stärkeren Kostenvorteile oder Gewinne zu verschaffen, sondern er dient hier der effektiven Ersparnis von Kosten der öffentlichen Hand, und in diesem Sinne ist Wettbewerb bei der Daseinsvorsorge akzeptabel.

Es stellt sich also die Frage: Eigenproduktion oder Wettbewerb? Im Zusammenhang damit wird das Schlagwort vom Gewährleistungsstaat in die Diskussion geworfen. Das Konzept des Staates als Gewährleister, der die Leistung nicht selbst erbringen muss, ist auf den ersten Blick attraktiv, führt aber im Problemfall nicht weiter. Denn was macht der gewährleistende Staat, wenn es keinen Anbieter auf dem Markt gibt oder wenn der Betreiber eines Infrastrukturnetzes insolvent wird? Er muss dann überlegen, ob er die Leistung doch selbst erbringt oder die Infrastruktur selbst wieder aufbaut. Wenn eine Infrastruktur vorhanden ist, die der Staat erhalten möchte, ist dies ein sachgerechtes Kriterium für die Eigenproduktion. Aber er muss die Wahlmöglichkeit haben; denn möglicherweise kann die öffentliche Aufgabe im Wettbewerb besser erfüllt werden. Und die andere Option – es selbst zu machen – muss ebenfalls bestehen.

Wenn allerdings eine Gemeinde die Wahl trifft, Eigenproduktion zu betreiben, also die Aufgabe selbst zu übernehmen, und sich dann gleichzeitig in den Wettbewerb begibt, dann greift sie in die Wettbewerbspositionen der privaten Konkurrenten ein. Das kann nicht gebilligt werden; eine Gemeinde kann sich nicht wie jeder Private im Wettbewerb „tummeln“. Das ist nicht Wettbewerb zwischen zwei gleichwertigen Partnern. Die Möglichkeit der feindlichen Übernahme von Stadtwerken durch andere Kommunen ist auszuschließen; dies ginge über den Gewährleistungsauftrag der Region hinaus, und in den meisten Gemeindeordnungen ist das auch ausdrücklich ausgeschlossen.

Abschließend sei noch einmal betont, dass die Daseinsvorsorge ebenso wie die Sicherheitsaufgaben originär staatliche Aufgaben sind. Der Wettbewerb ist bei der Daseinsvorsorge lediglich ein Instrument zu deren Erfüllung, und im Eigeninteresse sollten wir es mit dem europäischen Wettbewerb und der europaweiten Ausschreibung der Erledigung dieser Aufgaben nicht auf die Spitze treiben.

Ein Benchmarking-Konzept als Alternative zum Ausschreibungszwang

Ziel europäischer Politik ist es, dass Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Wettbewerb erbracht werden. Ein Problem besteht darin, dass viele dieser Dienstleistungen in monopolartigen Strukturen erbracht werden, so dass Wettbewerb *im* Markt nicht stattfinden kann. Das einzige vorhandene europäische Konzept, um in diesem Bereich dennoch Wettbewerb zu schaffen, ist das des Wettbewerbs *um* den Markt mittels Ausschreibungen.

Die unangenehme Begleiterscheinung für die öffentlichen Unternehmen und ihre Eigentümer besteht darin, dass der Ausschreibungswettbewerb am Ende zum Verschwinden vieler dieser Unternehmen führen wird – wenngleich hierfür weniger das Europarecht verantwortlich ist als vielmehr nationales Recht, wie in Deutschland das Gemeindefinanzierungsrecht, das die kommunalen Unternehmen im Wettbewerb mit ihren privaten Konkurrenten benachteiligt.

Soll die für die öffentlichen Unternehmen bedrohliche Entwicklung vermieden werden, muss dem Konzept des Ausschreibungszwangs etwas entgegengesetzt werden. Es müssen Alternativen aufgezeigt werden, wie das Ziel, Wettbewerb im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse herzustellen, auch ohne Ausschreibungszwang erreicht werden kann.

Die bisherigen Anstrengungen haben versagt; unsere Argumente sind auf europäischer Ebene nicht gehört worden. Artikel 28 des deutschen Grundgesetzes, der den Kommunen das Recht auf Selbstverwaltung einräumt, interessiert beispielsweise in Griechenland niemanden. Und das daraus abgeleitete, in der europäischen Terminologie als Inhouse-Geschäft bezeichnete Recht einer Stadt, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben – ohne vorherige Ausschreibung – ihrer eigenen Unternehmen zu bedienen, wird von der Europäischen Kommission bestritten, jedenfalls immer dann, wenn dabei exklusive Rechte vergeben werden.

Als Alternative zum Ausschreibungszwang diskutieren wir im CEEP derzeit Wettbewerb auf der Grundlage eines Benchmarking-Systems. Dabei

* Angaben zur Person siehe S. 25.

wird Benchmarking, anders als zum Teil in den Workshops dieses Symposiums, nicht als ein Managementinstrument verstanden, sondern als eine umfassende Strategie zur Substitution von Ausschreibungen, die kommunalen Unternehmen, wenn diese genügende Effizienz nachweisen können, das Überleben ermöglicht.

In Deutschland wird im Bereich des ÖPNV mit dem Konzept der markt-orientierten Direktvergabe, orientiert am Altmark Trans-Urteil des EuGH, bereits ein ähnliches Ziel verfolgt, und im Wasserbereich geht die Diskussion in dieselbe Richtung. Unser Ziel muss aber sein, ein Benchmarking-System zu entwickeln, das für alle öffentlichen Dienstleistungen tauglich ist. Es müsste unter anderem die folgenden Elemente aufweisen:

- Es sollte um mehr als nur einen internen Kennzahlenvergleich gehen.
- Auch reicht eine Input-Output-Betrachtung allein nicht aus.
- Vielmehr müssen die Spezifika öffentlicher Dienstleistungen – unabhängig davon, ob sie von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden – herausgearbeitet und angemessen bewertet werden.
- Hierfür müssen spezifische Parameter entwickelt werden, z.B. für die Qualität der Dienstleistung und den sozialen Nutzen, der für die lokale Gemeinschaft erbracht wird.
- Neben der Qualität muss der Preis der Dienstleistung eine wichtige Rolle spielen; denn Preis und Qualität sind für den Nutzer die beiden Hauptmerkmale.
- Die Bürgerakzeptanz muss gemessen und in den Vergleich einbezogen werden.

Mit einem solchen, auf geeignete Indikatoren und Parameter gestützten Benchmarking-Konzept bestünde die Chance, in Brüssel Gehör zu finden – wenn auch vielleicht nicht bei der Europäischen Kommission, die auf ihr Ausschreibungswettbewerb-Konzept festgelegt ist, so aber mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg beim Europäischen Parlament. Denn dessen Mitglieder stehen unter dem Druck ihrer Wähler, die Anstrengungen zur Effizienzverbesserung im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen fordern und nicht damit einverstanden sind, dass alles nur so weitergemacht wird wie bisher. Ein Benchmarking-Konzept der dargestellten Art wäre geeignet, zumindest diejenigen Parlamentarier zu überzeugen, die dem Sektor der öffentlichen Dienstleister nahe stehen.

Soll ein solches Konzept Erfolg haben, darf es sich aber nicht um l'art pour l'art handeln, sondern die Ergebnisse des Benchmarking müssen

zu Konsequenzen führen. Eine Bedingung hierfür ist Transparenz; die Ergebnisse müssen öffentlich bekannt gemacht werden. Und es sollte über eine Instanz nachgedacht werden, die Empfehlungen bezüglich der Folgen für die „Ausreißer“ bei dem Benchmarking abgibt, z.B. die Empfehlung zur Ausschreibung der Dienstleistung im Falle eines sich als stark ineffizient erwiesenen Unternehmens.

Der Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist im Übrigen nicht auf die Netzwirtschaften beschränkt; dazu gehören zum Beispiel auch Dienstleistungen im Bereich von Kultur, Erziehung und Gesundheit sowie soziale Dienstleistungen. In all diesen Bereichen wird die Frage gestellt werden, ob die Dienstleistungen unter Wettbewerbsbedingungen gut erbracht werden; deshalb muss über verstärkte Evaluierung, aber auch über Regulierung und Regulierungsmechanismen nachgedacht werden. In Deutschland müssen wir allmählich den Schrecken vor diesen Institutionen verlieren.

Ein besonderes Problem der kommunalen Wirtschaft besteht darin, dass die Kommunen auf der europäischen Ebene außer im Rat der Gemeinden und Regionen Europas – der an der europäischen Gesetzgebung ohnehin nur beratend beteiligt ist – überhaupt nicht verankert sind. Zwischen den Kommunen und der europäischen Ebene stehen die nationalen Regierungen, die die Interessen der Kommunen häufig nur ungenügend kennen und bei der europäischen Gesetzgebung nur ungenügend berücksichtigen. Deshalb sind die Kommunen auch keine Adressaten europäischer Politik. Umso wichtiger ist es, dass kommunale Vertreter sich um die Mitgliedschaft in den zahlreichen Beratenden Ausschüssen bemühen, die bei der Europäischen Kommission angesiedelt sind. So ist es dem CEEP gelungen, in dem wichtigen Beratenden Ausschuss für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens vertreten zu sein und dort seine Vorstellungen in einer frühen Phase der Vorhaben der Kommission auf dem Gebiet des Vergabewesens einbringen zu können.

Forderung nach diskriminierungsfreier Beteiligung kommunaler Unternehmen am Wettbewerb

Die Bedeutung der öffentlichen Dienstleistungen – im europäischen Sprachgebrauch: der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI“) – schätze ich sehr hoch ein und befürworte deshalb eine pluralistische Anbieterstruktur, nicht als Selbstzweck, sondern aus Gründen des Wettbewerbs und zum Nutzen der Kunden, der Verbraucher, der Bürger.

Damit befinde ich mich in Übereinstimmung mit den europäischen Grundsätzen für diese Dienstleistungen. Das europäische Recht definiert sie funktional, also unabhängig davon, wer sie erbringt; wichtig ist, dass sie erbracht werden. Private Dienstleister können sich im Bereich der DAWI ebenso betätigen wie gemischtwirtschaftliche oder rein öffentliche Unternehmen. Die europäischen Grundsätze stellen darauf ab, dass die Dienstleistungen funktionieren, dass sie von hoher Qualität sind und dass sie preisgünstig sind.

Als kommunale Wirtschaft akzeptieren wir diese Grundsätze, auch wenn einige von uns dadurch liebgegewonnene Monopolstellungen verlieren. Allerdings geht das Europarecht davon aus, dass die Dienstleistungen in einem *fairen* Wettbewerb erbracht werden. Das ist aber in Deutschland aufgrund des hiesigen Gemeindefirtschaftsrechts nicht der Fall. Die kommunalen Dienstleister sind, wie Professor Wieland gezeigt hat, ihren privaten Konkurrenten gegenüber gehandicapte Player. Um dem europäischen Gebot der diskriminierungsfreien Teilnahme privater, gemischtwirtschaftlicher und öffentlicher Unternehmen am Wettbewerb Geltung zu verschaffen, tritt die kommunale Wirtschaft für die Beseitigung der Schranken ein, die die Gemeindeordnungen kommunalwirtschaftlicher Betätigung derzeit setzen. Wir sehen hier einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, d.h. gegen Art. 3 Grundgesetz.

Wenn ich den Wettbewerb im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse akzeptiere und befürworte, so verstehe ich ihn vor allem als ein Instrument zur effizienten Erfüllung der ge-

* Michael Schöneich ist Geschäftsf. Präsidialmitglied und Hauptgeschäftsführer des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V., Köln, sowie Präsident der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Vorsitzender der Deutschen Sektion des CEEP.

nannten Ziele – Funktionsfähigkeit, Qualität und Preisgünstigkeit. Und nach meinem Verständnis ist dieses Instrument Wettbewerb auch nicht starr anzuwenden, sondern es stehen verschiedenen Spielarten der Anwendung zur Verfügung; der von der Europäischen Kommission favorisierte Ausschreibungswettbewerb ist nur eine davon. Es gibt Alternativen wie den vergleichenden Wettbewerb, um Effizienzsteigerungen und Optimierung der Dienstleistungen zu erzielen, ohne dabei zu riskieren, bewährte und erhaltenswerte Strukturen zu zerschlagen.

Hinweisen möchte ich in diesem Zusammenhang schließlich darauf, dass der europäischen Wettbewerbsdoktrin ein anderes Prinzip entgegenstehen kann, das in unserer nationalen Rechtsordnung einen wichtigen Platz einnimmt und jetzt auch im europäischen Verfassungsvertrag verankert worden ist, nämlich das Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Dieses zweite Prinzip neben dem des Wettbewerbs belässt es den Kommunen zu entscheiden, in welcher Art und Weise sie ihre Aufgaben erfüllen wollen. Es steht ihnen frei, öffentliche Dienstleistungen mittels Regiebetrieben, Anstalten oder Zweckverbänden selbst zu erbringen, eigene Unternehmen zu betrauen oder sich auf eine Gewährleisterrolle zurückzuziehen und Dritte zu beauftragen; all dies sind Optionen, die aus der kommunalen Organisationshoheit fließen.

Von diesen verschiedenen Möglichkeiten machen die Kommunen in Deutschland von jeher Gebrauch, und Bestrebungen, die Option der Eigenerledigung der Wettbewerbsdoktrin zu opfern, sind für mich nicht akzeptabel. In den künftigen Diskussionen in Deutschland wie in Europa wird es darum gehen, wie weit oder eng die Grenzen für die Eigenerledigung gezogen werden, aber an dem Grundprinzip der kommunalen Selbstverwaltung darf nicht gerüttelt werden, d.h. es muss auch die Wahlfreiheit bei der Aufgabenerfüllung erhalten bleiben.

Daseinsvorsorge unter Wettbewerbsbedingungen

Zusammenfassende Befunde aus der Podiumsdiskussion

Dienstleistungen zur Daseinsvorsorge sollten auch zukünftig in pluralistischen institutionellen Lösungen erbracht werden, d.h. neben privaten Dienstleistern sollten auch öffentliche und gemeinnützige Akteure beteiligt sein. Dabei kann Wettbewerb im Prinzip ein sinnvolles und geeignetes Mittel sein. Wettbewerb sollte indes stets als *ein* Instrument neben anderen gesehen werden und nicht zum alleinigen Heilmittel und Zweck erhoben werden. Neben dem allgemeinen Sozialstaatsprinzip muss vor allem auch der deutsche Verfassungsgrundsatz der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 GG) dem Wettbewerbsprinzip gegenübergestellt und mit diesem abgewogen werden. Solange es kommunale Selbstverwaltung gibt, muss die einzelne Gemeinde eigenständig über ihr Leistungsprogramm sowie über die Art der Leistungserbringung entscheiden können. Dies impliziert die Option zur Eigenerstellung kommunaler Leistungen und schränkt insoweit Wettbewerbsvarianten ein, die die Fremdvergabe zum Ziel haben.

Diskutiert man die Chancen und Risiken von Wettbewerb im Rahmen der Daseinsvorsorge, erkennt man schnell, dass es nicht *den* Wettbewerb als solchen gibt, sondern dass es um sehr unterschiedliche Formen und Varianten geht (z.B. Wettbewerb *um* den Markt vs. Wettbewerb *im* Markt; Ausschreibungswettbewerb vs. marktorientierte Vergleichsverfahren etc.). Für eine angemessene Gestaltung der Daseinsvorsorge kommt es demzufolge darauf an, die jeweils situationsbedingt am besten passende Variante von Wettbewerb (oder von äquivalenten Instrumenten) einzusetzen. Derzeit wird in Deutschland eine – vom EuGH mit dem Altmark Trans-Urteil gebilligte – Wettbewerbsvariante diskutiert: die marktorientierte Direktvergabe (MOD). Hier weist die Kommune als Besteller anhand von Benchmarking und Kostenanalysen nach, dass ihr eigener Betrieb im Hinblick auf sein Angebot und seine Kosten mit Dritten durchaus mithalten kann. Solche Benchmarking-Ansätze scheinen für die Zukunft eine erfolversprechende Alternative zu sein.

* Prof. Dr. Christoph Reichard ist Ordinarius für Betriebswirtschaftslehre an der Universität Potsdam und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. Professor Reichard leitete die Podiumsdiskussion.

Wettbewerb kann – wie zahlreiche Studien belegen – eine positive Wirkung für die Gesellschaft, für die Bürger, aber auch für den Aufgabenträger haben. Häufig können Kostensenkungen erzielt werden, die Qualität kann vielfach verbessert werden, und es können Bürgern erweiterte Wahlmöglichkeiten geboten werden. Zwar kann es in öffentlichen Unternehmen teilweise zu Arbeitsplatzverlusten kommen, aber dafür entstehen in der Regel zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten im privaten Sektor.

Ein erfolgreicher Wettbewerb setzt allerdings voraus, dass faire Wettbewerbsbedingungen herrschen. Hiervon ist man in der Realität weit entfernt. Auf Seiten der öffentlichen Unternehmen werden vor allem die – den kommunalen Bereich – gängelnden und einschränkenden Regelungen des Gemeindefirtschafts- und Vergaberechts als hinderlich empfunden. Von privater Seite wird demgegenüber moniert, dass Teile des kommunalen Wirtschaftens bisher ohne Ausschreibung an den Privaten vorbei durch Eigenerstellung erledigt werden. Fairer Wettbewerb bedingt ferner eine wirksame Regulierung, was wiederum mit erhöhten Bürokratie- und Kontrollkosten verbunden ist.

Vertreter öffentlicher Unternehmen in Deutschland empfinden sich vielfach als durch die EU-Liberalisierung Getriebene. Sie empfinden die Doktrin der EU-Kommission, die den Ausschreibungswettbewerb um den Markt als alleiniges Mittel propagiert, als einseitig, überzogen und ideologisch aufgeladen. Diese Sorge lässt sich etwas relativieren: Das EU-Recht bietet deutlich mehr Spielräume als oft wahrgenommen. Oft ist der deutsche Rechtsrahmen erkennbar enger und strikter als der europäische. Im übrigen gilt auch für die EU das Primat der *sozialen* Marktwirtschaft, d.h. neben der Wettbewerbsideologie müssten auch die sozialstaatlichen Rahmenbedingungen beachtet werden. Insgesamt erscheint es angebracht, gegenüber den Normierungsversuchen der EU-Kommission etwas mehr Gelassenheit und vielleicht auch kreative Lösungsorientierung zu zeigen.

Geht man realistischerweise davon aus, dass die öffentlichen Unternehmen zukünftig dennoch in stärkerem Maße einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden, dann erscheint es konsequent, sich für den Wettbewerb fit zu machen. Zur Zeit besteht der Eindruck, dass viele – vor allem kleinere und mittlere – Unternehmen und vor allem die kommunalen Auftraggeber ihre Hausaufgaben noch nicht gemacht haben. Insbesondere für die kommunalen Auftraggeber gilt, dass sie „bestellfähig“ sein, also über die erforderlichen Auftraggeber- und Koordinatoren-

Qualifikationen verfügen müssen. Der Aufgabenträger muss ein klares und realisierbares strategisches Wettbewerbskonzept verfügbar haben.

Die Teilnehmer des Symposiums

Thomas **Abel**, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Berlin
Dr. Rainer-Werner **Abendt**, Stadtentwässerungsbetrieb Nürnberg
Lutz **Altenwerth**, Abwasserzweckverband Pinneberg, Hetlingen
Prof. Dr. Gerold **Ambrosius**, Universität Siegen
Reinhold **Bauer**, Stuttgarter Straßenbahnen AG
Stefan **Becker**, Bundesverband öffentlicher Banken, Berlin
Dr. Christoph **Bernhardt**, Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung, Erkner
Matthias **Berz**, SWU Stadtwerke GmbH, Ulm
Markus **Blocher**, Technische Dienste Ludwigsburg
Arvid **Blume**, MVV Energie AG, Mannheim
Dr. Heinz **Bolsenkötter**, Wibera Wirtschaftsberatung AG, Düsseldorf
Frank **Brandt**, Braunschweiger Verkehrs-AG
Prof. Dr. Günther E. **Braun**, Universität der Bundeswehr München, Neubiberg
Prof. Dr. Helmut **Brede**, Universität Göttingen
Dr. Peter **Breitenstein**, SGSG Sächsische Grundstückssanierungsgesellschaft mbH, Leipzig
Horst **Brum**, Horst Brum Unternehmensberatung, Berlin
Prof. Dr. Dietrich **Budäus**, Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik
Jörg **Bünning**, Deloitte Business Consulting, Berlin
Angelo **Caragiuli**, Bildungszentrum für Verkehrsbetriebe (BIZEV), Bremen
Michael **Carmincke**, Leipziger Stadtverkehrsbetriebe (LSVB) GmbH & Co. KG
Carl **Cederschiöld**, Schwedischer Verband der lokalen öffentlichen Unternehmen KFS, Stockholm
Prof. Dr. Giacomo **Corneo**, Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Helmut **Cox**, Universität Duisburg-Essen
Philip **Cramer**, Verkehrsbetriebe Hamburg-Holstein AG, Hamburg
Ulrich **Cronauge**, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Köln
Jan **Deuster**, Universität Köln
Dr. Jürgen **Dietrich**, Rechtsanwälte Bräutigam & Partner, Berlin
Werner **Ebert**, BKK Bundesverband, Essen
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter **Eichhorn**, Universität Mannheim
Prof. Dr. Werner W. **Engelhardt**, Universität Köln
Detlef **Engster**, Wasser- und Energieversorgungsgesellschaft mbH Salzgitter
Viktoria **Enzenhofer**, Fachhochschule Eberswalde
Burkhard **Exner**, Beigeordneter, Zentrale Steuerung und Service, Stadtverwaltung Potsdam
Dr. Xiao **Feng**, Universität der Bundeswehr München, Neubiberg
Herbert **Feßenmayr**, Bürgermeister, Stadtentwicklung, Landeshauptstadt Dresden

Jürgen **Fetcke**, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Landesbezirk Berlin-Brandenburg, Berlin

Ö. Yaşar **Fincan**, Münchner Stadtentwässerung

Mathias **Flickschu**, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Bundesvorstand, Berlin

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter **Friedrich**, Universität der Bundeswehr München, Neubiberg

Vera **Gäde-Butzlaff**, Berliner Stadtreinigungsbetriebe, AöR

Christian **Gauffin**, Consultant, Stockholm

Dr. h.c. Jürgen **Gohde**, Diakonisches Werk der Ev. Kirche in Deutschland, Stuttgart

Theo **Goßner**, WestLB, Düsseldorf

Prof. Dr. Wolf **Gottschalk**, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Köln

Erko **Grömig**, Deutscher Städtetag, Berlin

Wilhelm Georg **Hanss**, Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH

Prof. Dr. Jens **Harms**, Rechnungshof von Berlin

Jutta **Hartung**, Finanzbehörde Hamburg, Vermögens- und Beteiligungsverwaltung

Günter **Heppe**, Erfurter Verkehrsbetriebe AG

Günter **Herre**, KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG, Hamburg

Ralf **Heyder**, Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., Berlin

Elke **Hirsch**, Klinikum St. Georg, Leipzig

Uwe **Hitschfeld**, Hitschfeld - Büro für strategische Beratung GmbH, Berlin

Heinz-Ulrich **Hoffmann**, Emschergenossenschaft / Lippeverband, Essen

Matthias **Holtmeyer**, KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG, Frankfurt/M.

Dieter **Holtz**, Bürgermeister, Stadt Saßnitz

Michael **Hoppe**, Fraport AG, Frankfurt/M.

Frank **Hüesker**, Freie Universität Berlin

Jörg **Huse**, WIKOM AG, Potsdam

Otto **Huter** Deutscher Städtetag, Berlin

Claus **Jander**, komba Gewerkschaft, Berlin

Peter **Jencke**, Intalliance AG, Hannover

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut **Jenkis**, Universität Dortmund

Stefan **Jung**, Stadtwerke Mainz AG

Prof. Dr. Alfred **Katz**, SKP Partnerschaftsgesellschaft, Neu-Ulm

Peter **Kipphoff**, Landesrechnungshof Mecklenburg-Vorpommern, Schwerin

Oliver **Klein**, Universität Potsdam

Dr. Thomas **Klößner**, Berliner Stadtreinigungsbetriebe, AöR

Axel **Knipp**, Bundesinnungsverband Gebäudereiniger-Handwerk, Bonn

Hellmut **Königshaus**, Mitglied der FDP-Fraktion des Deutschen Bundestages, Berlin

Dr. Martin **Koppernock**, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Berlin

Dr. Peter **Kraushaar**, BPG Beratungs- und Prüfungsgesellschaft mbH, Krefeld

Dr. Thomas **Kunze**, Rechtsanwälte Bräutigam & Partner, Berlin

Birgit **Ladwig**, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Bundesverwaltung, Berlin

Dr. Peter **Langner**, Kämmerer, Stadt Duisburg

Jens **Lattmann**, Deutscher Städtetag, Berlin

Wolf **Leetz**, Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V., Berlin

Knut **Lehman**, Paritätischer in Bayern, München

Jan-Marcel **Lehmann**, Landesbank Berlin

Hans **Lenz**, Beteiligungsmanagement, Stadt Wuppertal

Jens **Libbe**, Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin

Gerhard **Löcker**, Ostseebus GmbH, Hannover

Dr. Fabian **Löwenberg**, Löwenberg Rechtsanwälte, Berlin

Peter **Lutze**, Landeswohlfahrtsverband Hessen, Kassel

Herbert **Mai**, Fraport AG, Frankfurt/M.

Michael **Margull**, Stadt Jena

Dieter **Marszalek**, Wibera Wirtschaftsberatung AG, Düsseldorf

Jutta **Matuschek**, PDS-Fraktion, Berlin

Mathias **Maucher**, ISS e.V. - Beobachtungsstelle f. d. Entwicklung der soz. Dienste in Europa, Frankfurt/M.

Reiner **Metz**, Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Köln

Dr. Tim **Moss**, Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung, Erkner

Prof. Dr. Holger **Mühlenkamp**, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Johannes **Müller**, SWEG Südwestdeutsche Verkehrs-AG, Lahr

Jürgen **Müller**, Stadtdirektor, Stadt Remscheid

Anne **Müller-Osten**, Universität Hamburg

Dr. Ingrid **Nümann-Seidewinkel**, Charité-Universitätsmedizin Berlin

Peter **Nuretinoff**, Wibera Wirtschaftsberatung AG, Magdeburg

Dr. Dieter **Oesterwind**, Stadtwerke Düsseldorf AG

Prof. Dr. Dres. h.c. Karl **Oettle**, Universität München

Heinz **Ossenkamp**, komba Gewerkschaft, Berlin

Silke **Overmann**, Bremer Entsorgungsbetriebe

Helge Stephan **Palenberg**, Stadtwerke Bonn Verkehrs GmbH

Claudia **Pfeiffer**, Kommunalen Arbeitgeberverband Berlin

Rainer **Pläßmann**, Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft - CEEP, Brüssel

Dr. Sabrina **Poschke**, Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern, München

Dr. Wolfgang **Predl**, Berliner Verkehrsbetriebe, AöR

Jürgen **Prinzhausen**, Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Berlin

Prof. Dr. Dr. h.c. Günter **Püttner**, Universität Tübingen

Gerald **Raschke**, Ehrenamtlicher Stadtrat, Stadt Nürnberg

Prof. Dr. Christoph **Reichard**, Universität Potsdam

Hans-Jürgen **Reil**, Senatsverwaltung für Finanzen, Berlin

Gerhard **Reinke**, Stadtwerke Köln GmbH
Hubert **Resch**, Bildungszentrum für Verkehrsbetriebe (BIZEV), Bremen
Dr. Ralf **Resch**, Berliner Verkehrsbetriebe, AöR
Helmut **Rohmann**, Stadtwerke Görlitz AG
Prof. Dr. Michael **Ronellenfitsch**, Universität Tübingen
Prof. Dr. Martin **Rosenfeld**, Institut für Wirtschaftsforschung Halle
Manuela **Rottman**, Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin
Prof. Dr. Christina **Schaefer**, Fachhochschule für Technik und Wirtschaft Berlin
Franz-Peter **Schiffer**, Ertverband, Bergheim
Dr. Andreas **Schirmer**, Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH
Dr. Ingrid **Schmale**, Universität Köln
Dr. Christian **Schmidt**, Beigeordneter, Stadt Hagen
Hartmut **Schmidt**, Berliner Verkehrsbetriebe, AöR
Norbert **Schmidt**, Berliner Wasserbetriebe, AöR
Axel **Schnell**, bpa Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V., Berlin
Dr. Martin **Schölkopf**, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Bonn
Krista **Schölzig**, Universität Hamburg
Michael **Schöneich**, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Kön
Edeltraud **Schrabauer**, Verband kommunaler Unternehmen Österreichs, Wien
Arnold **Schreiber**, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Bonn
Wilhelm **Schreier**, Stadtwerke Sondershausen GmbH
Michael **Schroeder**, BT Berlin Transport GmbH
Anita **Schulze**, Bundesministerium der Finanzen, Berlin
Petra **Schulze-Ganseforth**, Region Hannover, EU-Angelegenheiten
Prof. Dr. Frank **Schulz-Nieswandt**, Universität Köln
Peter **Schwager**, Innenministerium Schleswig-Holstein, Kiel
Thomas **Schwarz**, Münchener Stadtentwässerung
Torsten **Schwarz**, Fichtner Consulting & IT AG, Stuttgart
Olaf **Schwarze**, Stadtwerke Pirna GmbH
Wolfgang **Siederer**, Gaßner, Groth, Siederer & Coll., Berlin
Dr. Udo **Siedle**, Verband kommunaler Unternehmen Österreichs, Wien
Peter **Simon**, Stadtrechtsdirektor, Stadt Mannheim, Europabüro
Klaus **Stahl**, Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Münster
Herma **Stange**, Landesbank Berlin
Antje **Stein**, Kommunaler Arbeitgeberverband Berlin
Almut **Steinmüller**, Landesbank Berlin
Dr. Patrick **Steinpaß**, Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Berlin
Cordula **Stengel**, Berliner Wasserbetriebe, AöR
Prof. Dr. Lothar **Streitferdt**, Universität Hamburg
Herbert **Strobel**, BEWAG AG & Co. KG, Berlin
Frank **Tesmer**, InvestitionsBank des Landes Brandenburg, Potsdam

Katharina **Thiele**, Berliner Wasserbetriebe, AöR
Jan **Trapp**, Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin
Dr. Jürgen **van Gaal-Löwe**, Wirtschafts- und Politikberatung, München
Holm **Vorpapel**, Deutsche Kreditbank AG, Berlin
Monika **Voß**, NRW.BANK, Düsseldorf
Jörg **Walendy**, Ewerk, Berlin
Dr. Nicole **Weiß**, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Köln
Andreas **Wenske**, Abellio GmbH, Essen
Prof. Dr. Joachim **Wieland**, Universität Frankfurt am Main
Bernd **Wilmert**, Stadtwerke Bochum GmbH
Udo **Winkens**, Rheinisch-Bergische Eisenbahn-GmbH, Mettmann
Thomas **Wolthoff**, Beteiligungsmanagement, Stadt Wuppertal
Dr. Michael **Wüstenbecker**, Kassenärztliche Vereinigung Westfalen-Lippe,
Dortmund
Prof. Dr. Hermann **Zemlin**, Stadtwerke Bonn GmbH
Lothar **Zweiniger**, Bremer Straßenbahn AG

Das Symposium fand statt mit Unterstützung Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH und der Stadtwerke Bonn GmbH.

Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft

Bisher sind erschienen:

- Heft 22 Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb. Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen und der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt (2005)
- Heft 21 Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen, Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen und des Deutschen Städtetages (2004)
- Heft 20 Ausschreibungswettbewerb – obligatorisch für alle öffentlichen Dienstleistungen? Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, des Verbandes kommunaler Unternehmen und des Deutschen Städtetages (2003)
- Heft 19 Rollenwechsel kommunaler Unternehmen. Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. (2002)
- Heft 18 Die öffentliche Wirtschaft in Deutschland – Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Dokumentation der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) (2001)
- Heft 17 Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1998)
- Heft 16 Öffentliche Unternehmen – eine Alternative zur Privatisierung. Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Sachsen (1996)
- Heft 15 Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen. Bericht des CEEP und Vorschläge zur Änderung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie für eine Europäische Charta der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (1996)
- Heft 14 Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindewirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1995)
- Heft 13 Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1994)
- Heft 12 Eigenbetrieb, Kapitalgesellschaft, Anstalt des öffentlichen Rechts – Rechtsformänderung bei den Berliner Eigenbetrieben? Referate eines Workshops der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und des Senators für Verkehr und Betriebe von Berlin (1993)

- Heft 11 Die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft in der Europäischen Gemeinschaft. Referate einer Vortragsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1992)
- Heft 10 Die Auswirkungen der EG-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen auf die öffentlichen Unternehmen – Bestandsaufnahme und Verbesserungsvorschläge. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Rudolf Eiermann (1992)
- Heft 9 Die Unternehmen der Deutschen Bundespost als juristische Personen des öffentlichen Rechts – Alternativ-Vorschläge zur Postreform II. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Helmut Cox (1992)
- Heft 8 Die Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Binnenmarkt. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Paul Münch (1991)
- Heft 7 Die öffentlichen Eisenbahnen in der Bundesrepublik Deutschland angesichts der Vollendung des EG-Binnenmarktes. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Achim von Loesch (1991)
- Heft 6 Öffentliche Kreditinstitute in der Bundesrepublik Deutschland und EG-Binnenmarkt. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Peter Eichhorn (1990)
- Heft 5 Öffentliche Unternehmen und soziale Marktwirtschaft – Aktueller Handlungsbedarf im Umstrukturierungsprozeß der DDR. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Dietrich Budäus (1990)
- Heft 4 Abfallentsorgung und ihre Finanzierung als Aufgaben öffentlicher Unternehmen. Referate und Diskussionsbericht einer Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1989)
- Heft 3 Gemischtwirtschaftlichkeit und öffentliche Aufgabe. Referate und Diskussionsbeiträge einer Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (1988)
- Heft 2 Thesen zur künftigen Struktur der Deutschen Bundespost. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft zur Neuordnung der Deutschen Bundespost, Federführung: Helmut Cox (1988)
- Heft 1 Peter Eichhorn: Forschung und Entwicklung und öffentliche Unternehmen (1986)