



Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt –

empirische Untersuchung zu den Auswirkungen des europäischen Beihilfe- und Vergaberechts insbesondere im Abwasser- und Krankenhaussektor sowie in der Abfallentsorgung



Jörg Bogumil / Johann-Christian Pielow / Jens Ebbinghaus /
Sascha Gerber / Maren Kohrsmeyer

**Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im
Europäischen Binnenmarkt –**

empirische Untersuchung zu den Auswirkungen des euro-
päischen Beihilfe- und Vergaberechts insbesondere im
Abwasser- und Krankenhaussektor sowie in der Abfall-
entsorgung

Im Auftrag des
Ministers für Bundesangelegenheiten,
Europa und Medien
des Landes Nordrhein-Westfalen
Düsseldorf, März 2010

Vorwort des Staatssekretärs für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien

Für den Erfolg der europäischen Integration ist es von enormer Bedeutung, dass die Kommunen in Europa gut aufgehoben sind. Starke Städte, Kreise und Gemeinden sind das Fundament des „Hauses Europa“. Auch auf kommunaler Ebene müssen die Bürgerinnen und Bürger erfahren, dass Europa für die Menschen da ist – und nicht umgekehrt.

Weil die Daseinsvorsorge ein wichtiger Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung ist, nimmt die Landesregierung Nordrhein-Westfalen Klagen aus dem kommunalen Raum über Erschwernisse durch das europäische Querschnittsrecht sehr ernst.

In dem Sammelband, „Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl“, den im Frühjahr 2009 der damalige Minister für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien Andreas Krautscheid herausgegeben hat, wurde das Zusammenspiel zwischen nationalem und europäischem Recht in den einzelnen fachpolitischen Sektoren beleuchtet.

Es ist aber auch wichtig, genauer zu erfahren, wo die Kommunen im Hinblick auf das europäische Querschnittsrecht der Schuh drückt. Deswegen wurde diese neue Untersuchung in Auftrag gegeben; mit einer quantitativen und qualitativen Befragung erfasst sie die Sichtweise der kommunalen Ebene. Es besteht auch das Bedürfnis, die rechtlichen Grundlagen der Daseinsvorsorge in Deutschland und der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa aufzuarbeiten.

Eine empirische Untersuchung der Effekte des europäischen Querschnittsrechts auf die Kommunen in Deutschland gibt es noch nicht, so dass die vorliegende Studie die erste ihrer Art ist. Sie soll die Auswirkungen des europäischen Beihilferechts sowie der Urteile des EuGH und der Entscheidungen der Kommission zur Inhouse-Problematik und zur Interkommunalen Zusammenarbeit im Bereich des Vergaberechts erfassen. Selbstverständlich geht es nicht darum, den Europäischen Binnenmarkt in Frage zu stellen. Auch versteht sich von selbst, dass das Beihilfe- und Vergaberecht für die Verwirklichung eines fairen Wettbewerbs im Europäischen Binnenmarkt unverzichtbar ist.

Einige Sektoren der Daseinsvorsorge – wie Energieversorgung, Telekommunikation, Post und Verkehr – sind im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes gemeinschaftlich gestaltet und liberalisiert worden. Das wird von der Landesregierung begrüßt. Diese sektorale Gesetzgebung der Europäischen Union ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Es geht auch nicht um die Grundsatzfrage, ob öffentliche oder private Leistungserstellung zu bevorzugen sei. Für die kommunale Daseinsvorsorge haben unsere Gemeindordnung und das nationale Recht diese Frage schon beantwortet und einen entsprechenden normativen Rahmen gesetzt. In der Organisationshoheit der Kommunen liegt es zu entscheiden, inwieweit sie sich im Rahmen dieser Vorschriften zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der Daseinsvorsorge rein kommunaler, gemischtwirtschaftlicher oder privater Unternehmen bedienen.

Bei der Organisation und der Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge ist aber eben auch das europäische Querschnittsrecht zu beachten. Hier ist das Verhältnis von Europäischem Binnenmarkt und kommunaler Selbstverwaltung von besonderem – auch grundsätzlichem – Interesse: Inwieweit lässt sich die Gestaltung des Binnenmarktes mit der kommunalen Aufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge und der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich des europäischen Beihilfe- und Vergaberechts besser in Einklang bringen?

Für eine haltbare Antwort auf diese komplexe Frage ist viel Feinarbeit erforderlich. Mein Dank gilt den Gutachtern, den Kommunen, die sich an der Befragung beteiligt haben, und den kommunalen Spitzenverbänden für ihre Unterstützung.

Die in dem Gutachten enthaltenen Auffassungen entsprechen nicht in jedem Fall der Haltung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen. Allerdings bin ich davon überzeugt, dass wir mit vorliegender Studie einen Meilenstein für den weiteren Verlauf der Debatte über das Verhältnis von Europäischem Binnenmarkt und kommunaler Selbstverwaltung setzen können und eine Orientierungshilfe bieten, die sich für alle Praktiker – auch außerhalb Nordrhein-Westfalens – als sehr wertvoll erweisen wird.

Michael Mertes

Michael Mertes

Jörg Bogumil / Johann-Christian Pielow /
Jens Ebblinghaus / Sascha Gerber / Maren Kohrsmeyer

Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt – empirische Untersuchung zu den Auswirkungen des europäischen Beihilfe- und Vergaberechts insbesondere im Abwasser- und Krankenhaussektor sowie in der Abfallentsorgung

Zu dieser Studie	8
A Ausgangslage und Untersuchungsauftrag	9
1 Kommunale Selbstverwaltung und kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland	9
2 Aktuelle Modernisierungstrends	11
3 Untersuchungsfragestellung	14
B Kommunale Daseinsvorsorge nach deutschem und unter Einfluss des Europäischen Rechts	15
1 Problemaufriss und Untersuchungsgang	15
2 Begriffliche Klärungen	16
2.1 Daseinsvorsorge im Allgemeinen	16
2.2 Liberalisierung	17
2.3 Privatisierung	18
2.4 Öffentliche Unternehmen	18
3 Spezifika des deutschen Rechts kommunaler Daseinsvorsorge	19
3.1 Historische Entwicklung	19
3.2 Verfassungsrecht	19
3.2.1 Kommunale „Gewährleistungsverantwortung“	19
3.2.2 Institutioneller Schutz der Daseinsvorsorge	20
3.2.3 Bürgerschaftliche Partizipation und demokratische Legitimation	21
3.3 Kommunalrecht	22
3.4 Sektorspezifische Ausgestaltungen und Stand der Liberalisierungspolitik	22
3.4.1 Abfallwirtschaft	23
3.4.1.1 Rechtsrahmen und Trägerschaft	23
3.4.1.2 (Weitere) Liberalisierung?	23
3.4.1.3 EU-rechtliche Problemzonen	24

3.4.2. Abwasserbeseitigung	24
3.4.2.1 Gesetzlicher Rahmen und Trägerschaft	24
3.4.2.2 Weitere Liberalisierung?	25
3.4.2.3 EU-rechtliche Problemzonen	25
3.4.3. Krankenhauswesen	26
3.4.3.1 Gesetzlicher Rahmen, Trägerschaft und Finanzierung	26
3.4.3.2 Reformüberlegungen	27
3.4.3.3 EU-rechtliche Problemlagen	27
3.5 Zwischenfazit	28
4 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	28
4.1 Der „funktionale“ Ansatz im EG-Vertrag	28
4.2 „Spezialregime“ und allgemeine Markt- und Wettbewerbsregeln	29
4.3 Mögliche Ausnahmen für „Dienste von allgemeinem Interesse“	30
4.3.1 Rechtspolitische Debatten und Reaktionen	30
4.3.2 Position der Europäischen Kommission	31
4.3.3 Systematik möglicher Ausnahmen	32
4.3.3.1 Tatbestandsbezogene Ausnahmen	32
4.3.3.2 Legalausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG	33
4.3.3.3 Sekundärrechtliche Befreiungen	34
4.4 Zwischenfazit	34
5 Anforderungen an die kommunale Daseinsvorsorge in den Beispielsektoren: insb. Beihilfe- und Vergaberecht	35
5.1 Anforderungen des Verbots staatlicher Beihilfen (Art. 87 ff. EG)	35
5.1.1 Noch einmal: (Binnen-) Marktrelevanz bzw. „marktbezogene“ Dienstleistungen	35
5.1.2 Faktische oder potenzielle Beeinträchtigung des Binnenhandels	38
5.1.3 De-minimis-Regelung	39
5.1.4 „Beihilfe“ und „Altmarkt“-Kriterien	39
5.1.5 „Monti-Paket“	40
5.1.6 Verbleibende Rechtsunsicherheiten und administrativer Mehraufwand	41

5.1.7	Konsequenzen	43
5.2	Anforderungen nach Vergaberecht (insb. Abwasser- und Abfallwirtschaft)	44
5.2.1	Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe	44
5.2.2	Hohe verfahrensrechtliche (= administrative) Anforderungen und Kosten	46
5.2.3	Speziell: Inhouse-Geschäfte	47
5.2.4	Interkommunale Zusammenarbeit	47
5.2.4.1	„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“?	48
5.2.4.2	Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung	48
5.2.4.3	Urteil in Sachen „Rugenberger Damm“	49
5.2.5	Dienstleistungskonzessionen	50
5.2.6	Vergabefremde Kriterien	51
5.2.7	Zwischenfazit	52
5.3	Kumulation von Gestaltungsgrenzen	52
6	Ausblick: Daseinsvorsorge und Dienste von allgemeinem Interesse nach dem Vertrag von Lissabon	53
6.1	EU-Vertrag n. F.: „Soziale Marktwirtschaft“ und „lokale Selbstverwaltung“	53
6.2	AEUV und Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse	54
6.3	Fazit	54
C	Analyse der empirischen Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechtes	55
1	Fragestellungen	55
2	Untersuchungsdesign	55
3	Ergebnisse der standardisierten Befragung	56
3.1	Rücklauf	56
3.2	Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune?	56
3.3	Europäisches Vergaberecht	63
3.3.1	Auf dem Weg zu einem Ausschreibungsregime?	63
3.3.2	Auswirkungen auf Verwaltungseffizienz und Effektivität der öffentlichen Daseinsvorsorge	64
3.3.3	Auswirkungen auf die lokale Demokratie	70
3.4	Europäisches Beihilferecht	71

	7
3.4.1 Nutzung und Bewertung der Altmark-Trans-Kriterien und des Monti-Pakets	71
3.4.2 Auswirkungen auf die Verwaltungseffizienz	74
3.4.3 Auswirkungen auf die lokale Demokratie	76
3.5 Zusammenfassung	77
4 Ergebnisse der qualitativen Befragungen	79
4.1 Fallauswahl	79
4.2 Krankenhaussektor	80
4.2.1 Organisations- und Rechtsform	80
4.2.3 Administrativer Aufwand	82
4.2.4 Lokale Demokratie	83
4.2.5 Fazit	83
4.3 Abfallentsorgung	83
4.3.1 Organisations- und Rechtsform	83
4.3.1.1 Zweckverbände	83
4.3.1.2 Rekommunalisierungen	84
4.3.2 Administrativer Aufwand	85
4.3.3 Lokale Demokratie	86
4.3.4 Fazit	87
4.4 Abwassersektor	87
4.4.1 Organisations- und Rechtsform	87
4.4.2 Administrativer Aufwand	88
4.4.3 Lokale Demokratie	88
4.4.4 Fazit	89
4.5 Zusammenfassung	89
D Abschließende Betrachtung und Handlungsempfehlungen	91
Literaturverzeichnis	97
D Final Observations and Recommendations for Action (englische Übersetzung des Teils D)	104
Anlage: Illustration des Aufwandes für Prüf- und Arbeitsschritte zur Feststellung, ob eine notifizierungspflichtige Beihilfe im Bereich der Daseinsvorsorge vorliegt oder nicht	109

1 Unternehmensbegriff	109
2 Begünstigung	109
3 Wettbewerbsverfälschung	110
4 Freistellungsentscheidung	110
5 Abweichende sektorale Beihilfavorschriften	111
6 Unklarheit der Rechtsbegriffe	111
Hinweis	112

Zu dieser Studie

Mit diesem Bericht werden Ergebnisse eines interdisziplinären Forschungsprojektes im Auftrag des Ministers für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien des Landes Nordrhein-Westfalen vorgelegt. Die Teile A und D werden von den Autoren gemeinsam verantwortet, der rechtswissenschaftliche Teil B von Christian Pielow und Jens Ebbinghaus, Teil C, die Analyse der empirischen Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts, von Jörg Bogumil, Sascha Gerber und Maren Kohrmeyer. Da der Großteil der Studie schon im November 2009 abgeschlossen wurde, sind die Artikel-Nummern des bisherigen EG-Vertrages verwendet worden.

Bochum, im Februar 2010

Die Autoren

A Ausgangslage und Untersuchungsauftrag

1 Kommunale Selbstverwaltung und Kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland

Gemeinden haben besonders in Deutschland eine lange Tradition. Sie haben sich seit dem Mittelalter als genossenschaftlich geprägte Gebietskörperschaften etabliert und nehmen als solche im Gemeinwohl liegende (öffentliche) Aufgaben wahr (vgl. Bogumil 2001, S. 45ff.). Die mittelalterliche Blütezeit der Städte reicht bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, woraufhin eine Phase relativen Stillstands städtischer Entwicklung eintrat. Erst im 19. Jahrhundert erlangten die Städte ihre frühere gesamtgesellschaftliche Bedeutung wieder, wobei ein entscheidender Unterschied zum Mittelalter in der Existenz einer übergeordneten Zentralgewalt liegt. Die Stadt wird nun zum Ausgangspunkt tiefgreifender Veränderungen in Staat und Gesellschaft; sie wird Trägerin der Liberalisierung und Demokratisierung und entwickelt sich zu einem Experimentierfeld für das ökonomische, soziale und kulturelle bürgerliche Engagement.

Die Ursprünge der modernen kommunalen Selbstverwaltung liegen in den Preußischen Reformen (auch Stein-Hardenbergsche Reformen) vom Beginn des 19. Jahrhunderts. Intention der Reformen im obrigkeitsstaatlichen Preußen war es u. a., über die kommunale Selbstverwaltung die Bürgerinnen und Bürger enger an den Staat zu binden. Durch die Selbstverwaltung sollten sie über ihre Angelegenheiten selbst bestimmen können. Diese besondere demokratische Tradition in den Kommunen lebt bis heute fort.

Insbesondere in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts werden viele Einzelelemente des späteren Sozialstaates im kommunalen Raum erprobt und es erfolgt eine zunehmende Verklammerung kommunaler Selbstverwaltung und moderner Staatlichkeit. Die Kommunen verbreitern mit den zunehmenden Versorgungs-, Leistungs-, Fürsorge- und Planungsfunktionen ihr Aufgabenspektrum. Die Städte bauen innerörtliche Straßennetze, kümmern sich um die Abwasser- und Wasserversorgung und organisieren die Müllbeseitigung. Sie haben für einen großen Teil der Lebensvorgänge der Bürger eine maßgebliche Bedeutung inne. Sozial- und Infrastrukturpolitik sind zunächst lokal, dann auch von zentralstaatlicher Ebene begleitet, darauf gerichtet, das ökonomisch determinierte Auseinanderklaffen sozialer Klassen und Schichten partiell zu kompensieren. Die Industrialisierung bewirkt, dass einzelne Individuen – anders als noch in der Agrargesellschaft – nicht mehr die Möglichkeit besitzen, sich selbst aus eigener Kraft mit allen essentiellen Lebensgrundlagen zu versorgen.

Hier liegen die Ursprünge für die moderne kommunale Leistungsverwaltung. Man rechnet mit Wachstum und glaubt an den Fortschritt. Dies erfordert Planung, die Ausweitung der Stadtgrenzen und den Ausbau der Infrastruktur (Ver- und Entsorgung, Verkehr, Schulen, Sportanlagen, Krankenhäuser, Friedhöfe, Markthallen, Schlachthöfe und kulturelle Einrichtungen). Gleichzeitig müssen die sozialen Folgen der Industrialisierungsprozesse aufgefangen werden. Die Formen individueller Für- und Vorsorge lösen sich zunehmend auf und werden zu öffentlichen Angelegenheiten. Die Kommunen müssen die katastrophalen sozialen Verhältnisse auf dezentraler Ebene mildern, durch Infrastrukturmaßnahmen, durch kommunale Gesundheits- und Wohnungspolitik sowie die Armenfürsorge. Ab 1840 entwickelt sich der Aufbau der „Städtetechnik“, seit den 1850er Jahren die Modernisierung der traditionellen Armenpflege. Ab 1860 kommt es zur Entstehung und Ausdifferenzierung des kommunalen Berufsbeamtentums und im letzten Drittel des Jahrhunderts zu einer ständigen Ausdehnung kommunaler öffentlicher Dienste. Vor allem in der Zeit der Hochindustrialisierung im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts finden umfassende Entprivatisierungsprozesse im Bereich der Ver- und Entsorgung statt. Vor allem die immer stärker werdende Kommunalbürokratie geht von einer Unvereinbarkeit bestimmter Formen der Leistungsverwaltung (insbesondere derer mit Monopolcharakter) mit erwerbswirtschaftlichen Zwecken aus, so dass Konfrontationen mit der Privatwirtschaft vorprogrammiert sind. Hier streiten nun kommunales Bürgertum gegen Großindustrie, Finanzkapital und die Verfechter eines klassischen Wirtschaftsliberalismus über die Fragen der öffentlichen Gemeindegewirtschaft. Das kommunale Bürgertum setzt sich durch. Anfang des 20. Jahrhunderts sind in den 85 Städten des Deutschen Reichs mit über 50.000 Einwohnern Wasser-, Gas-, Elektrizitätswerke, Straßenbahn und Schlachthof weitgehend kommunalisiert (Zielinski 1997, S. 57). Vor allem die Einnahmefunktion aus den Versorgungsbetrieben ist nicht zu unterschätzen. Mit den Einnahmen aus diesen Betrieben werden zu nicht unerheblichen Teilen zuschussbedürftige Aufgaben finanziert (Armenkasse, Krankenhaus, Polizei,

Straßenbahn). 1907 machen sie ein Viertel der Gesamteinnahmen aller deutschen Gemeinden aus. Zentrale Aufgabenbereiche der kommunalen Daseinsvorsorge¹ befinden sich seit dieser Zeit also in kommunaler Hand.

Nach den Erfahrungen des 2. Weltkrieges gab es ein ausgeprägtes Interesse aller politisch Verantwortlichen, politische Entscheidungen zu dezentralisieren, so dass auch die kommunale Ebene in Deutschland zusätzliches Gewicht erhielt. Im Rahmen der föderalstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik sind die Gemeinden und Gemeindeverbände nun Träger der grundgesetzlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) und damit eine eigene Ebene im Verwaltungsaufbau. Sie gehören neben dem Bund und den Ländern zu den Gebietskörperschaften und sind damit eine der drei Hauptverwaltungsebenen. In ihrem Gebiet sind sie grundsätzlich die Träger der gesamten örtlichen öffentlichen Verwaltung. Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 28 Abs. 2 GG die kommunale Selbstverwaltung als institutionelle Garantie. Das bedeutet, die Gemeinden haben das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“. Grundsätzlich verfügen die Gemeinden zur Verwirklichung des Selbstverwaltungsrechtes im Rahmen der Gesetze von Bund und Land über die Organisations-, Personal-, Finanz-, Planungs-, Satzungs-, Gebiets- und Aufgabenhoheit.

Die Kommunen nehmen z. B. Aufgaben in den Sektoren innere Verwaltung und allgemeine Staatsaufgaben, Soziales, Gesundheitswesen, Wirtschaftsförderung, Verkehr, Kultur, Sport, Jugend, Wasserver- bzw. entsorgung oder Energieversorgung wahr. Einerseits nehmen die Gemeinden nach Art. 83 ff. GG Aufgaben des Bundes und des Landes als untere Verwaltungsinstante wahr (übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten), andererseits verfügen sie aber auch durch Art. 28 Abs. 2 GG über eine Fülle von Aufgaben in eigener Verantwortung (Selbstverwaltungsangelegenheiten). Die Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge gehören größtenteils zu diesen **Selbstverwaltungsangelegenheiten** als nichtstaatliche Aufgaben der örtlichen Selbstverwaltung. Der Aufgabenkatalog der Daseinsvorsorge ist gesetzlich nicht festgeschrieben. Im Grundgesetz findet sich keine Staatsaufgabenlehre, so dass es sich bei der Daseinsvorsorge nicht um eine verfassungsmäßige staatliche Aufgabe handelt. Die Kommunen, welche traditionell den größten Teil der Daseinsvorsorge übernehmen, sehen ihre Verantwortung für diese Aufgaben durch diese im Grundgesetz verankerte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gesichert, auch wenn sich aus dem Grundgesetz keine unmittelbaren Rechtsfolgen ableiten lassen (vgl. u. a. Henneke 2009, S. 18f, Ruffert 2007, S. 1080). Die kommunalen Träger der Daseinsvorsorge berufen sich daher vor allem auf die historisch gewachsene Tradition der Stadtwerke sowie auf das pfadabhängige Prinzip der Sozialstaatlichkeit. In ihrer Nähe zum Bürger sehen sie sich als zweckdienliche Instanz zur Erfüllung der Grundversorgung der Bürger vor Ort.

Kommunen sind aufgrund der Bürgernähe nicht nur eine eigene Ebene im Verwaltungsaufbau, sondern sie gelten auch als die „Schule der Demokratie“. Hier werden demokratische Verhaltensweisen und politische Fähigkeiten ausgebildet, nämlich das Erlernen von Zusammenarbeit, die Mitwirkung an Entscheidungsprozessen, die Austragung von Meinungsverschiedenheiten, die Suche nach Kompromissen und die Ausübung von Einfluss. Örtliche Lösungen bieten strukturell aufgrund ihrer geringen Distanz bessere Eingriffs- und Mitwirkungsmöglichkeiten für die Bürger. Vor Ort sind vielfache Kontaktflächen zum Bürger gegeben, die Kontaktformen vielgestaltig, die Beeinflussungschancen intensiv und die Beziehungsqualität gestaltbar. Deshalb besteht hier, wo die Auswirkungen von Politik, Wirtschafts- und Gesellschaftssystem besonders anschaulich und erfahrbar sind, die Chance, Politik in größerem Umfang mitzugestalten und die Bürger in das politisch-administrative System zu integrieren. Die lokale Ebene ist also die Ebene flächendeckender Mitwirkungsmöglichkeiten.

Im Rahmen dieser lokalen Demokratie entscheiden Kommunen auf Basis von Art. 28 Abs. 2 GG über Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Ihnen obliegt die Entscheidung darüber, wie sie diese Aufgaben organisieren – ob in der Kernverwaltung, im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, in privatwirtschaftlich organisierten Gesellschaften, in Form von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften (mit privaten Dritten) oder in Form von interkommunaler Zusammenarbeit (vgl. Henneke 2009, S. 22). Die Modalitäten der Erbringung der Dienstleistungen sind in den Gemeindeordnungen der Länder festgelegt.

So sind die Kommunen bei der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen nicht völlig frei in ihren Entscheidungen. Nach den geltenden Gemeindeordnungen der jeweiligen Bundesländer dürfen sich die Gemeinden wirtschaftlich nur betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, wenn die wirtschaftliche Betätigung nicht besser

¹ Der Begriff der Daseinsvorsorge geht auf den Staatsrechtler Ernst Forsthoff zurück. In seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ findet der Begriff erstmals Anwendung. Forsthoff konstatiert, dass das Gemeinwesen für die Sicherstellung der Daseinsbedingungen verantwortlich sei (vgl. Forsthoff 1938, S. 4ff.). Zu diesen essentiellen Gütern und Leistungen zählen unter anderem die Grundversorgung mit Wasser und Energie, die Abwasser- und Abfallentsorgung, der öffentliche Personennahverkehr, die Versorgung der Bürger mit Gesundheitsdiensten, die Bereitstellung von Wohnraum und von Bildungseinrichtungen jeglicher Art sowie kulturellen Einrichtungen wie Theatern, Museen und Sporteinrichtungen.

und wirtschaftlicher bzw. gleich gut durch private Unternehmen erfüllt wird (einfache bzw. verschärfte Subsidiaritätsklausel). Darüber hinaus kann die Kommune aufgrund Art. 28 Abs. 2 GG nur tätig werden, wenn die entsprechenden Aktivitäten grundsätzlich auf den örtlichen Wirkungskreis bezogen sind, d. h. im Wesentlichen den Bedürfnissen und Interessen dienen, der örtlichen Gemeinschaft nutzen oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Darüber hinaus ist festgelegt, dass Art und Umfang der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen in kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Jeder einzelne Aufgabenbereich der kommunalen Daseinsvorsorge weist spezifische Merkmale, d. h. rechtlich-institutionelle Grundlagen, Klienten und Verfahrenslogiken auf und steht jeweils unter einem ganz spezifischen Ökonomisierungsdruck. Auch wenn im Rahmen der Europäisierung von einem allgemeinen Trend der Marktöffnung und allgemeinem Wettbewerbsdruck ausgegangen werden kann, so differiert die Ausprägung von Privatisierung zwischen einzelnen Sektoren.

2 Aktuelle Modernisierungstrends

Seit den 1990er Jahren verdichten sich Tendenzen, diese kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge für den Markt zu öffnen bzw. zu **privatisieren**. In Deutschland werden diese Aufgabenbereiche wie erwähnt seit Ende des 19. Jahrhunderts überwiegend von der öffentlichen Hand wahrgenommen. Nun geraten die Kommunen einerseits durch **die andauernde Haushaltskrise** und die Hoffnung, dieser durch Privatisierungen oder Modernisierung der Verwaltungsstrukturen begegnen zu können, und andererseits durch **europäische Vorgaben einer Politik der Liberalisierung von Märkten**, unter Druck. Dieser besteht für die kommunalen Träger der Daseinsvorsorge insbesondere darin, sich dem (neuen) Wettbewerb mit Konkurrenten aus der Privatwirtschaft sowie mit anderen öffentlichen Unternehmen auch aus dem europäischen Ausland zu stellen.

Die historisch gewachsene Struktur eines starken Gewichts kommunaler Eigenerstellung in der öffentlichen Daseinsvorsorge hat in den 1990er Jahren begonnen sich zu wandeln (vgl. Portz 2005, S. 797). Vor dem Hintergrund der angespannten **Haushaltsslage vieler Kommunen** und eines allgemeinen, vor allem in Verbindung mit dem **Neuen Steuerungsmodell** der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) stehenden Bemühen um die Modernisierung der Kommunalverwaltung, häuften sich im Rahmen der kommunalen Organisationshoheit Ausgliederungen und Privatisierungen (vgl. Reichard 2007a, S. 55-56; Reichard 2007b, S. 65-69). So wurden Eigenbetriebe und Regiebetriebe vermehrt in private Rechtsformen überführt und private Träger in die Erbringung der öffentlichen Daseinsvorsorge einbezogen. Entweder wurde der Aufgabenvollzug vollständig an Private übertragen oder diese wurden in Public Private Partnerships (PPP) partiell an der Leistungserstellung beteiligt. Gründe für die zunehmende Einbeziehung von privaten Akteuren waren vor allem erhoffte Möglichkeiten der Steigerung der Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung (vgl. Grohs 2009; Kuhn 2006, S. 165-169; Strünck/Heinze 2005, S. 123). Insgesamt hat das Ausmaß der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge zugenommen, jedoch differiert es zwischen den einzelnen Sektoren (vgl. Bogumil et al. 2007; Bogumil/Holtkamp 2006; Bremeier et al. 2006; Richter et al. 2006).

Zeitlich verzögert greift der **europäische Liberalisierungsprozess** in das Geschehen der kommunalen Daseinsvorsorge ein. Liberalisierung im Bereich der europäischen Politik umschreibt den ökonomischen Prozess des Abbaus von Marktbeschränkungen. Er ermöglicht grenzüberschreitenden Wettbewerb und ist eng mit dem Prozess der Europäischen Integration verknüpft, dessen Ziel die Errichtung des Europäischen Binnenmarkts ist und eine europaweit einheitliche Marktordnung durchzusetzen versucht (vgl. Sack 2008, S. 2). Liberalisierung ist zugleich die Voraussetzung als auch die Folge von Privatisierungen.

An Bedeutung gewann die Liberalisierung für die Erbringung der kommunalen Daseinsvorsorge erstmals 1996 mit der Veröffentlichung der Mitteilung der Europäischen Kommission zu „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“. Darin wurden die zentralen europäischen Begriffe für öffentliche Dienstleistungen festgelegt und erstmals der strategische Stellenwert dieser Dienstleistungen für den Wettbewerb benannt. Für die sog. wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wurde auf die zunehmende Bedeutung für den Binnenmarkt hingewiesen. 2000 wurde die europäische Dienstleistungspolitik dynamisiert und ausgeweitet. Vor allem die „Binnenmarktstrategie 2003 bis 2006“ fordert eine Vereinfachung grenzüberschreitender Dienstleistungen, die Steigerung von Qualität und Wettbewerb, eine stete Anpassung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften und Anpassungen an-

derer Politikfelder, wie z. B. dem Steuerrecht. Insgesamt liegt darin eine Schwerpunktverschiebung von der nationalen zur europäischen Ebene. Wichtigster Akteur im Prozess dieser Europäisierung ist die Europäische Kommission. Mit dem zunehmenden Versuch, die nationalen Dienstleistungssysteme auf das Leitbild der Kommission anzupassen, werden die Nationalstaaten ungeachtet ihrer Traditionen und Modernisierungsbemühungen in einen übergreifenden Steuerungsprozess einbezogen (vgl. Lippert 2005, S. 15 ff).

In der Europäischen Gemeinschaft existieren in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Marktstrukturen, die alle zu einem gemeinsamen Binnenmarkt zusammengeführt werden sollen. Beispielsweise werden in England kommunale Dienstleistungen über private Anbieter auf einem Markt angeboten, die in Deutschland bis heute ausschließlich in öffentlicher Hand liegen. Dazu zählt z. B. die Wasserversorgung. Andererseits ist die Privatisierung des Energiesektors in Deutschland bedeutend weiter vorangeschritten als in anderen Mitgliedstaaten. Allerdings führt, wie das Beispiel des Energiesektors verdeutlicht, Privatisierung nicht automatisch zu mehr Wettbewerb. Der nur mühsam in Gang kommende Wettbewerb im Energiesektor (vgl. Monopolkommission 2009) belegt die enormen Schwierigkeiten, denen die Durchsetzung der europäischen Binnenmarktpolitik gerade auch in solchen Sektoren begegnet, die, wie im Fall der deutschen Energiewirtschaft, traditionell vom Nebeneinander öffentlicher (kommunaler) und privater Akteure geprägt sind. Allerdings kann hier von einer nicht intendierten Nebenfolge der fortwährenden Liberalisierungsbemühungen der Europäischen Gemeinschaft gesprochen werden, deren eigentliches Ziel die Vollendung des Binnenmarkts ist.

Für die kommunale Aufgabenwahrnehmung stellt sich die Frage, inwiefern öffentliche Dienstleistungsanbieter Teil des europäischen Binnenmarkts sind und in welchen Bereichen Regulierungen stattfinden. Wie viel Eigenständigkeit bei der Regulierung bleibt den Nationalstaaten erhalten? Die rechtliche Betrachtung der kommunalen Daseinsvorsorge umfasst verschiedene Gesetzesebenen. In Deutschland wird die Aufgabenerledigung der Kommunen vor allem durch die Bundes- und durch die Landesgesetzgebung reguliert, insbesondere durch sektorbezogene (Fach-) Gesetze überwiegend des Bundes, durch das landesspezifische Kommunal- bzw. Gemeindefirtschaftsrecht und wiederum durch das bundesweite Wettbewerbs- und Vergaberecht. Infolge des ehernen Prinzips vom „Vorrang des Gemeinschaftsrechts“ haben diese Regelwerke zunehmend die Vorgaben sowohl des primären Vertrags- **und** des sekundären, vor allem Verordnungs- und Richtlinienrechts der Union zu beachten. Insofern stellt sich die Frage, inwiefern nun das Europäische Gemeinschaftsrecht in den Kompetenzbereich der Kommunen eingreift und was an Eigenständigkeit bewahrt werden kann.

Der Europäische Binnenmarkt mit seinen vier Grundfreiheiten, der Freiheit des Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs, strebt einen einheitlichen europäischen Markt an, ähnlich dem eines nationalen Marktes. Wenn Güter und Dienstleistungen von der öffentlichen Hand erbracht werden, sind sie nicht deswegen von dem Europäischen Binnenmarkt und den Europäischen Wettbewerbsregeln ausgenommen. Es besteht ein kompliziertes Regel-Ausnahme-Verhältnis, das im Teil B näher erläutert wird.

Entgegen der Tradition vieler Mitgliedstaaten, wie z. B. Deutschland und Frankreich, verfolgt das EG-Recht bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten einen „funktionalen“ Ansatz: Die Wettbewerbsregeln des europäischen Binnenmarkts finden stets dann Anwendung, wenn es sich um ein „wirtschaftliches“ Angebot von Waren und Dienstleistungen handelt, unabhängig davon, wer diese anbietet. Die Art der Organisationsform und die Zielabsicht der Angebote besitzen grundsätzlich keine Relevanz. Für die Tätigkeiten der Kommunen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge hat dies zur Folge, dass der weit überwiegende Teil dieser Tätigkeiten anders als im nationalen Kompetenzgefüge nicht der ausschließlichen Kompetenz der Kommunen unterfällt, sondern den europäischen Binnenmarktregeln entsprechen muss und damit einer Überprüfung durch die Kommission zugänglich ist. Ziel des funktionalen Ansatzes der Kommission ist es, die zahlreichen Unterschiede in den öffentlichen Sektoren einzelner Mitgliedstaaten und die damit einhergehenden Unterschiede bei der Erfüllung der Daseinsvorsorge nicht zu tangieren. Sobald Gütern und Dienstleistungen Wirtschaftlichkeit zukommt, sind sie Teil des Binnenmarkts und fallen unter die Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts.

Im Hinblick darauf, ob eine Tätigkeit der Daseinsvorsorge zuzurechnen ist bzw. als nichtwirtschaftlich gilt, kann im Einzelfall für die Kommunen Unsicherheiten hervorrufen. Im Rahmen des EG-Vertrags gibt es für den Begriff der Daseinsvorsorge keine direkte Entsprechung. Im europäischen Kontext hat die Kommission äquivalent die Formulierung „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ etabliert. Dieser Begriff umfasst sowohl Dienstleistungen von all-

gemeinem wirtschaftlichem als auch Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse². Erstere unterfallen den europäischen Wettbewerbsvorschriften, wohingegen diese auf letztere per se keine Anwendung finden. Im EG-Vertrag taucht lediglich der Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ auf, findet dort jedoch, ebenso wie im Sekundärrecht, keine nähere Bestimmung (vgl. Waiz 2009, S. 42). Die Kommission nimmt bislang keine klare Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten vor und auch aus der EuGH-Rechtsprechung lassen sich keine einheitlichen Abgrenzungskriterien ableiten³. Diese Offenheit führt häufig zu Abgrenzungsproblemen, etwa dazu, ob bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge als „wirtschaftlich“ anzusehen sind und damit den Binnenmarktregeln unterfallen oder nicht. Als Konsequenz dieser funktionalen Betrachtung kommt es ex-post immer wieder zu zahlreichen Problemen, welche durch Urteile des EuGH und zahlreiche Ausnahmen reguliert werden. Die Rechtsprechung folgt dementsprechend einem Regel-Ausnahme-Schema, das z. T. große Unsicherheiten bei den kommunalen (wie bei privaten) Trägern von Aufgaben der Daseinsvorsorge auslöst.

Neben dem europäischen Querschnittsrecht reguliert auch das europäische Fachrecht die Daseinsvorsorge. Einige Sektoren sind von den sekundärrechtlichen Bestimmungen stärker betroffen als andere. Gemeinschaftsrechtliche Umsetzungspflichten veranlassen in einzelnen Rechtsgebieten grundlegende Reformen. Exemplarisch ist hier z. B. das Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (KrW-/AbfG) zu nennen, welches das deutsche Abfallwirtschaftsrecht an den gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriff anpasst.

Für die Rechtsgebiete der Daseinsvorsorge, die nicht gesondert durch sektorale europäische Gesetzgebung reguliert wurden, findet das Binnenmarktrecht, das Wettbewerbs- und das Vergaberecht Anwendung.

1. Das **Vergaberecht** schränkt die Kommunen dahingehend ein, dass sie bei der Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte grundsätzlich zur Durchführung von Vergabeverfahren verpflichtet sind. Ausgenommen hierzu sind Fälle der Inhouse-Vergabe. Bei solch einer Vergabe müssen insbesondere die so genannten Teckal-Kriterien erfüllt sein, d. h., Kommunen müssen für ihre Unternehmen das Kontrollkriterium und das Wesentlichkeitskriterium erfüllen. Bei der Erfüllung dieser Kriterien ist das kommunale Unternehmen „inhouse-fähig“ und muss Aufgabenerledigungen nicht explizit ausschreiben (vgl. Waiz 2009, S. 66)⁴. Das im Jahr 2005 ergangene sog. Halle-Urteil des EuGH hat festgelegt, dass eine Inhouse-Vergabe an eigene kommunale Unternehmen nicht mehr möglich ist, wenn Private auch mit verschwindend geringem Anteil an den Unternehmen beteiligt sind. In der Debatte um den Einfluss der europäischen Reglementierungen auf die kommunale Daseinsvorsorge wird darauf hingewiesen, dass diese strenge Anwendung der Teckal-Kriterien zu einer Verringerung von PPP-Projekten führen kann. Empirisch wurde diese These bislang noch nicht überprüft.
2. Die Beihilfenvorschriften hingegen verbieten staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen an private oder öffentliche Unternehmen, es sei denn, es liegt ein Ausnahmetatbestand oder eine Genehmigung der Kommission vor. Das Altmark-Trans-Urteil des EuGH und u. a. die von der Kommission erlassene Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005 haben mehr Klarheit über die zulässige staatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge gebracht.

Sowohl das Vergabe- als auch das Beihilferecht sind äußerst komplex und aufgrund einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen durch die Europäische Kommission und die vielfältigen Entscheidungen des EuGH können die Reglementierungen größtenteils nur von Experten durchdrungen werden (vgl. Teil B). Insgesamt steht der Einordnung und Einpassung der Daseinsvorsorge in den europäischen Wettbewerb eine starke Pfadabhängigkeit der deutschen Tradition der kommunalen Selbstverwaltung mit ihrer Anbindung an die lokale Demokratie gegenüber. Zurzeit vermischen sich nationale und europäische Strategien. Die vorliegende Studie wirft einen Blick darauf, welche Konsequenzen die Durchmischung für die Erledigung von Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge mit sich führt.

² Ursprünglich in Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag, jetzt bzw. seit dem Vertrag von Amsterdam in Art. 86 Abs. 2 und Art. 16 EG; s. seit dem Vertrag von Nizza zu dem Art. 36 EU-Grundrechtecharta.

³ Mitteilung der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 20.11.2007, KOM (2007) 724 endgültig.

⁴ Das Kontrollkriterium besagt, dass öffentliche Einrichtungen über ihr Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Das Wesentlichkeitskriterium besagt, dass das kommunale Unternehmen, das mit Aufgaben betraut wird, im Wesentlichen für die Kommune tätig sein muss (vgl. Waiz 2009, S. 66).

3 Untersuchungsfragestellung

In Deutschland wird die Versorgung der Bürger mit Leistungen der Daseinsvorsorge traditionell wie oben ausgeführt größtenteils von Gemeinden und Gemeindeverbänden erbracht. Dieses Aufgabenspektrum wird durch das europäische Gemeinschaftsrecht, insbesondere das Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberecht, stark beeinflusst und teilweise – so die Sicht der Kommunen – erschwert (vgl. statt vieler z. B. Schink 2005). Vor diesem Hintergrund sollte sich das Forschungsvorhaben mit den empirischen Auswirkungen der europäischen Politiken auf die Strukturen und Ergebnisse der kommunalen Daseinsvorsorge in Nordrhein-Westfalen in den in Abstimmung mit dem Auftraggeber ausgewählten Aufgabenbereichen befassen. Im Mittelpunkt sollten drei wesentliche Bausteine stehen:

- die Sichtung und Erläuterung der bisherigen EU-rechtlichen Vorgaben einschließlich des Stands von Rechtsprechung und Schrifttum mit (potentieller oder bereits ersichtlicher tatsächlicher) Auswirkung auf bisherige Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge (vgl. Teil B),
- eine Analyse der empirischen Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf den möglichen Wandel von der Versorgungs- zur Gewährleistungskommune (vgl. Teil C) sowie
- eine empirische Evaluierung der Auswirkungen der Wandelungsprozesse in verschiedenen Wirkungsdimensionen (vgl. Teil C).

Die Auswahl der Sektoren und die Ausarbeitung des standardisierten Fragebogens erfolgten in Abstimmung mit der interministeriellen Arbeitsgruppe „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ der Landesregierung Nordrhein-Westfalen. In diesem Projekt wurden zudem Vertreter der kommunalen Spitzenverbände beteiligt. Die Arbeitsgruppe begründet die Sektorenauswahl wie folgt: Sie entschied sich für den Abfallsektor, weil in diesem zurzeit neue Umstrukturierungen wie z. B. Rekommunalisierungen vorgenommen werden. Der Krankenhaussektor wurde herangezogen, da im Gegensatz zum Abfallsektor, in dem vorrangig das Vergaberecht Anwendung findet, hier die Beihilfe-problematik eine wichtige Rolle spielt. Der Abwassersektor wurde zur Kontrastierung ausgewählt, da er von den europäischen Regulierungen relativ wenig tangiert wird.

Der empirische Teil der Studie beruht auf einer standardisierten Befragung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen mit über 30.000 Einwohnern sowie Experteninterviews in neun Fallstudien (vgl. im Detail C 2). Im Folgenden werden zunächst in Teil B die Intentionen und Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts hinsichtlich der (kommunalen) Daseinsvorsorge unter besonderer Berücksichtigung der drei Untersuchungsbereiche untersucht, bevor in Teil C die Ergebnisse der empirischen Analyse der Veränderungen durch das europäische Gemeinschaftsrecht in ausgewählten Bereichen der Daseinsvorsorge in nordrhein-westfälischen Kommunen dargestellt werden. Teil D fasst die Ergebnisse zusammen und formuliert Handlungsempfehlungen.

B Kommunale Daseinsvorsorge nach deutschem und unter Einfluss des europäischen Rechts

1 Problemaufriss und Untersuchungsgang

Aus Sicht des Rechts bildet der Begriff „öffentliche Daseinsvorsorge“ eine eher schillernde Kategorie. Wie eingangs (Teil A) beschrieben, steht er einerseits als – heuristischer – In- oder Sammelbegriff aller „von Staats wegen“ erbrachten und namentlich kommunalen Leistungen der Allgemeinversorgung – dabei geht es um so zentrale, mitunter lebenswichtige „Infrastrukturdienstleistungen“ wie die Wasser- und Energieversorgung, die Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, um Post-, Telekommunikations- und Personentransportdienste, ferner „soziale“ Infrastrukturen wie das Krankenhauswesen und Pflegedienste, Bildungs- und sonstige kulturelle Einrichtungen (Theater, Museen, Bibliotheken) u. v. a. m. Ganz allgemein ist „Daseinsvorsorge“ andererseits auch als typusbestimmendes Element der Verfassungs- bzw. der institutionellen Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG anzusehen – ohne dass damit freilich ein „Bestandsschutz“ für konkrete Agenden oder Organisationsformen einherginge.⁵

Unsicherheiten beim juristischen Umgang mit dem Konzept „Daseinsvorsorge“ rühren vor allem daher, dass es sich nicht im engeren Sinne um einen **Rechtsbegriff** handelt. Zwar ist im positiven Gesetzesrecht durchaus – und in letzter Zeit vermehrt – von „Daseinsvorsorge“ die Rede.⁶ Auch insoweit erscheint der Begriff freilich in aller Regel eher als Sammelbegriff, wenn nicht Platzhalter – und damit als **unbestimmter** Rechtsbegriff. Entscheidend ist, dass er im Unterschied zu „echten“ Rechtsbegriffen wie z. B. „Verwaltungsakt“, „Behörde“, „Minderjähriger“ etc. nicht mit einem spezifisch rechtswissenschaftlichen Bedeutungsgehalt belegt bzw. dieser erst mittels Gesamtbetrachtung (Auslegung) des jeweils in Rede stehenden Gesetzes zu ermitteln ist. Von ihm allein gehen insonderheit keine Rechtsfolgen aus – etwa dergestalt, dass mit der Zuordnung einer Aufgabe zur Daseinsvorsorge zwingend deren (öffentliche oder private) Trägerschaft oder dass dadurch eine bestimmte Art und Weise der Aufgabenerledigung (zu konkreten Preisen oder Versorgungsbedingungen) feststünde.

Zugespitzt wird die Unsicherheit des Juristen mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“, nimmt man das Recht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union hinzu: Wie dazu unter A schon festgestellt wurde, kommt der Begriff weder im primären Vertrags- noch im sekundären Gesetzesrecht (insb. in Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen) vor. Die „autonom“ neben, genauer: **über** dem Recht der Mitgliedstaaten stehende Unionsrechtsordnung bedient sich einer eigenen Begrifflichkeit. Als Äquivalent (nicht: Synonym!) zur deutschen „Daseinsvorsorge“ und etwa den französischen **Services publics**, britischen **Services of public interest** oder auch **Public utilities**, spanischen **Servicios públicos** und italienischen **Servizii pubbliche** erscheint der Begriff „Dienste“ oder „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“ – ohne dass freilich deren Inhalt und vor allem die Abgrenzung zwischen Diensten im allgemeinen „wirtschaftlichen“ und im allgemeinen „nichtwirtschaftlichen“ Interesse annähernd feststünde (darauf wird zurückzukommen sein). Von „Äquivalenz“ darf man auch deshalb sprechen, weil jedenfalls in einschlägigen Mitteilungen der Europäischen Kommission anfänglich an Stelle von „Diensten im allgemeinen Interesse“ in deutscher Fassung von „Leistungen der Daseinsvorsorge“ (engl. und franz. bereits von **Services of general interest** bzw. **Services d'intérêt général**) die Rede war.⁷

Das Zusammenspiel zwischen deutschem Recht der Daseinsvorsorge und europäischem Recht der Dienste von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse ist jedoch nicht nur terminologisch heikel, sondern wirft gerade in inhaltlicher Hinsicht zahlreiche und intrikate (Rechts-) Fragen auf. Dies gilt, wie im Teil A dieser Studie bereits grob skizziert, insonderheit für die Beeinflussung der **kommunalen** Daseinsvorsorge durch die Vorgaben der europäischen Binnenmarktordnung, sprich: vor allem durch die der Herstellung des Gemeinsamen Markts resp. Binnenmarkts (Art. 14

⁵ S. noch näher unten 3.2.2. Zu frühzeitigen kritischen Einschätzungen des Forsthoff'schen Konzepts der Daseinsvorsorge angesichts eines eher schillernden rechtsnormativen Gehalts s. freilich z. B. auch Börner, BayVBl. 1971, S. 406 ff.; Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 109 ff. und passim.

⁶ Bezeichnend z. B. § 1 RegG: „Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge“; ferner etwa § 2 Abs. 2 ROG (Sicherung „nachhaltiger Daseinsvorsorge“); § 2 Abs. 2 Nr. 2 UIG („umweltbezogene Daseinsvorsorge“). Im Landesrecht NRW insb. etwa § 1 ÖPNVG: „Der öffentliche Personennahverkehr [ÖPNV] ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge“. S. auch § 10 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) i. d. F. des EUZBLG-ÄndG v. 22.9.2009 (BGBl. I S. 3031) sowie, mit nicht abschließender Aufzählung konkreter Tätigkeitsbereiche, § 1 Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder (ZulInvG) v. 2.3.2009 (BGBl. I S. 416, 428) – „soziale Daseinsvorsorge“.

⁷ Siehe anfänglich Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, ABl. EG Nr. C 281 v. 26.9.1996; später auch noch Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, ABl. EG Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4.

EG)⁸ dienenden Grund- bzw. Marktfreiheiten (Art. 28 ff. EG) und die Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EG) sowie durch das ihrer Durchsetzung dienende sektorbezogene wie sektorübergreifende sekundäre Gemeinschaftsrecht (Art. 249 EG).

Sowohl terminologischen wie materiellrechtlich-inhaltlichen Unsicherheiten soll in diesem Untersuchungsabschnitt aus der Perspektive der Gemeinden und Gemeindeverbände in Nordrhein-Westfalen näher nachgegangen werden. Unabdingbar bedarf es dazu, nach voranzuschickenden begrifflichen Klärungen (sogleich 2.), einer knappen Bestandsaufnahme zu den Spezifika der kommunalen Daseinsvorsorge im Verfassungs- und Gesetzesrecht der Bundesrepublik und in Nordrhein-Westfalen (unten 3.; sonstiges Landesrecht bleibt ausgeblendet). Schließlich sind erst aufgrund einer Sichtbarmachung der besonderen Rahmenvorgaben des nationalen Rechts die „Einbruchstellen“ des Unionsrechts, respektive dadurch bewirkte Spannungslagen und Friktionen, hinreichend sicher zu bestimmen. Ergänzend wird der geltende juristische Ordnungsrahmen der vorliegend exemplarisch in den Blick genommenen Abwasserbeseitigung, der Abfallentsorgung und des Krankenhaussektors dargestellt und werden spezifische Spannungslagen hinsichtlich des EU-rechtlichen Einflusses benannt. Im Unterabschnitt 4 geht es anschließend zunächst um einige bereichsübergreifende Grundzüge des Gemeinschaftsrechts, ehe im Abschnitt 5 insbesondere beihilfe- sowie vergaberechtliche Implikationen (vor allem in den exemplarisch betrachteten Einzelsektoren) eingehender beleuchtet werden. Unter 6 ist abschließend ein Blick auf sich abzeichnende Neukonturierungen des Rechts der Daseinsvorsorge bzw. der Dienste von allgemeinem Interesse nach dem Vertrag von Lissabon zu werfen.

2 Begriffliche Klärungen

Die schon im Teil A bemühten zentralen Topoi dieser Studie – neben „Daseinsvorsorge“: „Liberalisierung“, „Privatisierung“ sowie der Begriff „öffentliche Unternehmen“ – seien nachfolgend noch etwas näher auf ihren Aussagegehalt speziell im juristischen Diskurs erläutert:

2.1 Daseinsvorsorge im Allgemeinen

Wie gesagt, fungiert der Begriff „Daseinsvorsorge“ als unbestimmter und nicht als unmittelbar rechtsfolgenbewehrter Rechtsbegriff. Seine „Karriere“ verdankt er dem Wandel des liberalen Staates hin zum sozialen Rechts- und vor allem „Leistungsstaat“. Trat dieser dem Bürger gegenüber lange Zeit vorwiegend als Gefahren abwehrender Staat auf, so hatte er sich mit dem Einsetzen vor allem des Industriezeitalters und dessen Folgeerscheinungen zunehmend auch um die aktive Befriedigung sozialer Belange zu kümmern. Neben den eingreifenden Gefahrenabwehrstaat trat so nach und nach der **leistende** oder auch „fürsorgende“ bzw. „soziale“ Staat. Der Verwaltungswissenschaftler und Jurist **Ernst Forsthoff** hat dieses Phänomen mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ für das deutsche Verwaltungsrecht fassbar gemacht.⁹ Grundlegend ist die Erkenntnis, dass das Individuum in der industrialisierten Massengesellschaft nicht mehr in der Lage ist, seine existenznotwendigen Lebensgüter – wie noch in der Agrargesellschaft – aus eigener Kraft zu beschaffen, es zur Befriedigung dieses „Appropriationsbedürfnisses“ vielmehr der Unterstützung durch die Gruppe oder Gesellschaft („Daseinsversicherung“), und soweit auch diese versagt, der „Daseinsvorsorge“ durch den Staat als Träger der „Daseinsverantwortung“ bedarf. Zur staatlichen Daseinsvorsorge rechnet **Forsthoff** „nicht nur die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität“, sondern auch „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, wie Post, Telefonie und Telegraphie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“.

Eindeutige rechtliche Schlüsse, etwa dergestalt, dass Leistungen der Daseinsvorsorge zwingend nur „staatlich“ und nicht auch privatwirtschaftlich zu erbringen sind, waren – und sind bis heute – damit nicht verbunden. Der Begriff ist anerkanntermaßen einerseits „trägerneutral“

– **expressiv verbis** folgt etwa aus § 2 Abs. 1 Umweltinformationsgesetz (UIG), dass „umweltbezogene Daseinsvorsorge“ nicht nur staatlich, sondern auch von „natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts“ geleistet wird –

⁸ „Gemeinsamer Markt“ ist der ursprünglich in den Verträgen verwandte Begriff; der letztlich gleichbedeutende Begriff „Binnenmarkt“ wurde durch die Einheitliche Europäische Akte von 1986/87 eingeführt. Im EU-Recht finden bis heute beide Begriffe Verwendung.

⁹ Grundlegend: Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; auszugsw. auch in ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 22 ff. Eingehend zur Lehre Forsthoffs wie seinen Anleihen an soziologisch-philosophische Arbeiten zur Entwicklung der „Massengesellschaft“ u.a. bei Max Weber, Karl Jaspers, José Ortega y Gasset; Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 363 ff.; Scheidemann, Der Begriff Daseinsvorsorge (1991); s. ferner: Ronellenfitsch, in: W. Blümel, Ernst Forsthoff, 2003, S. 53 ff.; Krajewski, Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?, VerwArch. 99 (2008), S. 174 ff.

und besagt andererseits nichts zu Art und Umfang der Leistungserbringung (Leistungstiefe)¹⁰, sofern man hier einmal das sozialstaatlich i. V. m. dem Prinzip der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte „Existenzminimum“ jedes Einzelnen außer Acht lässt. Dass sich der Staat und seine Untergliederungen, namentlich die Kommunen, ganz allgemein um die Daseinsvorsorge zu kümmern haben, folgt juristisch zuvörderst aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und mitunter aus den Grundrechten (namentlich: Art. 2 Abs. 1 GG) zu entnehmenden sog. „objektiven Schutzpflichten“ des Staates. Für die Gemeinden ist zusätzlich auf § 8 GO NRW (Pflicht zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen) zu verweisen. Darüber hinaus hängt die Frage der Trägerschaft wie nach der Leistungstiefe von der weiteren verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Konturierung des jeweils in Frage stehenden (Wirtschafts-) Sektors ab.

Fragt man gleichwohl nach einer zeitgemäßen **abstrakten** Umschreibung von Daseinsvorsorge im Allgemeinen, ist dies am ehesten mit den Stichworten „Allgemeinversorgung“ oder auch „Universaldienstleistungen“ getan: Es geht, wie etwa auch in § 8 GO NRW anklingt, um die Bereitstellung bestimmter Leistungen oder auch „öffentlicher Einrichtungen“ für alle Bürgerinnen und Bürger der örtlichen Gemeinschaft, die bestimmte „wesentliche“, „existentielle“ oder auch „Infrastrukturdienstleistungen“ nachfragen. Charakteristisch sind mithin einerseits die **flächendeckende** Versorgung und der **gleichberechtigte Zugang** zu diesen Diensten¹¹. Andererseits ist stets und als Ausfluss staatlich-kommunaler „Gewährleistungsverantwortung“ (dazu noch unten 3) zumeist auch ein gewisses Maß an **staatlicher Regulierung** indiziert, u. a. zwecks Vorgabe bestimmter Leistungsstandards („Universaldienstleistungen“¹²) oder auch zur Herstellung „wirksamen Wettbewerbs“ in liberalisierten Sektoren der Daseinsvorsorge.¹³ Positivrechtlich auf den Punkt bringt dies beispielsweise die Legaldefinition des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) in § 1 Abs. 2 ÖPNVG NRW, wenn es dort heißt:

„ÖPNV im Sinne dieses Gesetzes ist die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“

Der genaue Umfang staatlicher bzw. kommunaler Einflussnahme wie auch qualitative und quantitative Vorgaben zur Daseinsvorsorge differieren dagegen erheblich und je nach (fach-) gesetzlicher Ausgestaltung des konkret in Frage stehenden Sektors. In punkto „Trägerschaft“ reicht das Spektrum von (nur noch ausnahmsweise gegebenen) kommunalen „Exklusivaufgaben“ („Verwaltungsmonopole“, z. B. im Abfall- und [Ab-] Wasserbereich, dazu noch unten 3.4.1; 3.4.2) über Organisationsaufgaben (z. B. Krankenhaus- und Rettungsdienstwesen mit der Möglichkeit eigener, kommunaler Leistungserbringung, s. unten 3.4.3) bis hin zu jedermann, freilich auch den Kommunen, zugänglichen Aufgaben der öffentlichen Versorgung, beispielsweise und insbesondere die Strom- und Gasversorgung.¹⁴ Hinsichtlich des „Wie“ bzw. „Wieviel“ zieht sich der Bogen von gesetzlich im Detail vorgegebenen Mindest- oder Universaldienstleistungen und Qualitätsstandards (etwa im Bereich der [Ab-] Wasserwirtschaft) bis hin zu reinen bzw. nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr rechtlich flankierten Wettbewerbsregimen wie etwa der Lebensmittelversorgung.

2.2 Liberalisierung

Der Begriff „Liberalisierung“ ist ein vornehmlich wirtschaftswissenschaftlich besetzter und wiederum kein Rechtsbegriff, der die öffentliche und private Betätigung aus der Sicht des Marktes beschreibt. Liberalisierung meint den partiellen oder gänzlichen Abbau marktbeschränkender Regulierung, um freien Wettbewerb unter verschiedenen (öffentlichen, privaten wie gemischtwirtschaftlichen) Marktakteuren zu ermöglichen. Liberalisierung ist „Marktöffnung“, wenn durch Aufhebung monopolistischer Strukturen ein Markt überhaupt erst geschaffen und Wettbewerb „im Markt“ ermöglicht wird. Oft ist Liberalisierung zugleich Folge von, wie Voraussetzung für Privatisierung, denn Wettbewerb setzt stets auch die Zulassung privater Anbieter voraus.

¹⁰ S. statt aller Burgi, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 11 ff. m. w. N.

¹¹ S. insoweit etwa auch Art. 36 EU-Grundrechtecharta: „Zugang zu Diensten von allgemeinem Interesse“.

¹² So ausdrücklich etwa §§ 78 ff. TKG oder §§ 11 ff. PostG.

¹³ S. z. B. § 1 Abs. 2 EnWG.

¹⁴ Siehe die „trägerneutrale“ Definition von „Energieversorgungsunternehmen“ in § 3 Nr. 18 EnWG: „natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen.“

2.3 Privatisierung

Privatisierung¹⁵ meint die Verlagerung vormals öffentlicher Aufgaben auf die Privatwirtschaft bzw. den Wechsel aus dem öffentlichen Rechtsregime in private Handlungs- und Gestaltungsformen. Aus juristischer Sicht wird im Wesentlichen wie folgt weiter differenziert:¹⁶

Bei der Aufgaben- oder **materiellen Privatisierung**¹⁷ als am weitesten gehender Variante wird eine bisher in (Exklusiv-) Verantwortung öffentlicher Träger liegende Aufgabe auf Private übertragen. Dabei kann sich der Staat aus einer öffentlichen Aufgabe vollständig zurückziehen und sie der Eigenverantwortung des Einzelnen bzw. dem freien Spiel der Marktkräfte (oftmals freilich mit begleitender Regulierung¹⁸) überlassen. Denkbar ist auch die partielle Aufgabenprivatisierung, wenn dem öffentlichen Träger etwa der Abwasserbeseitigung gesetzlich gestattet wird, einzelne daraus folgende Pflichten zeitweilig und mit befreiender Wirkung auf Private zu übertragen (s. § 18a Abs. 2 WHG i. V. m. Landesrecht).

Bei der Organisations- oder **formalen Privatisierung**¹⁹ verbleibt die Aufgabe hingegen beim Staat; dieser bedient sich jedoch der Organisationsformen des Privatrechts. So verhält es sich, wenn eine Gemeinde für die ihr gesetzlich obliegende örtliche Wasserversorgung eine kommunale Eigengesellschaft (bspw. GmbH) gründet. Den umgekehrten Fall der formalen Privatisierung bildet die nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung mögliche **Beleihung** Privater mit konkreten Hoheits- bzw. Gewaltbefugnissen.

Zwischen den erstgenannten Varianten ist die **funktionale Privatisierung** anzusiedeln.²⁰ Auch hier verbleibt die Aufgabe originär beim Staat, jedoch werden Private, etwa beim Straßenbau, als „verlängerter Arm“ des zuständigen Hoheitsträgers (d. h. ohne befreiende Wirkung) in die Aufgabenerfüllung eingebunden. Als „Klassiker“ der funktionalen Privatisierung gilt die **Verwaltungshilfe**. Daneben haben hier die auch schon im Teil A erwähnten vielfältigen Formen von **Public Private Partnerships** ihren Sitz²¹ – wengleich zu unterstreichen ist, dass es zwischen den Grundtypen der Privatisierung durchaus Mischformen gibt, beispielsweise die zunächst nur „formelle“ Privatisierung eines kommunalen Abfallbetriebes unter Beteiligung privater Partner.

2.4 Öffentliche Unternehmen

Mit „öffentlichem Unternehmen“ wird nicht ein wesensverschiedener Aufgabentypus sondern lediglich ein Modus staatlicher Verwaltungsführung bzw. Daseinsvorsorge erfasst. „Unternehmerisches“ Handeln bedeutet im deutschen wie im europäischen Recht – „**funktional**“ – zunächst **wirtschaftliches** Handeln und dies im Sinne des Herstellens, Anbietens oder Verteilens von Gütern oder Dienstleistungen (s. z. B. § 107 Abs. 1 S. 2 GO NRW), wobei durchaus auch eine nicht auf Gewinnerzielung gerichtete Einrichtung in Betracht kommt (sog. „gemeinnütziges“ oder „freigemeinwirtschaftliches“ Unternehmen). „Öffentlich“ ist ein Unternehmen nach inzwischen wohl übereinstimmender Auffassung, wenn es von der öffentlichen Hand **beherrscht** wird. Auch insofern decken sich die Begriffsbestimmungen im deutschen und im EU-Recht: In Übereinstimmung mit Art. 2 lit. b der Transparenz-Richtlinie 2006/111/EG wird eine mittelbare oder unmittelbare Beherrschung vermutet, sobald die öffentliche Hand über die Mehrheit des Kapitals am und/oder der Stimmrechte im Unternehmen verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder seines Leitungsorgans bestellen kann.²²

¹⁵ Zu den teils unterschiedlichen Definitionsansätzen sowie den unterschiedlichen Privatisierungsarten vgl. Kämmerer, Privatisierung, S. 16 ff. und passim.

¹⁶ S. im Überblick auch Burgi, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgem. Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 9 III 2.

¹⁷ Hierzu etwa Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 29 ff sowie im vergaberechtlichen Kontext Dreher, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, § 99 GWB, Rn. 80 ff.

¹⁸ Auch sog. „regulierte Selbstregulierung“.

¹⁹ Hierzu etwa Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 76 ff.

²⁰ Vgl. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 100 ff.

²¹ Dazu instruktiv, aber auch kritisch statt vieler Tettinger, NWVBl. 2005, 1 ff.

²² S. zum Ganzen etwa Ruthig/Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, § 8, Rn. 657 ff.

3 Spezifika des deutschen Rechts kommunaler Daseinsvorsorge

Speziell zur **kommunalen** Daseinsvorsorge sollen nunmehr die zentralen Verbürgungen bzw. Besonderheiten, aber auch die Begrenzungen im deutschen Recht im Überblick aufgezeigt werden.

3.1 Historische Entwicklung

Wegen der **tatsächlichen** Entwicklung der Daseinsvorsorge gerade durch Gemeinden und Gemeindeverbände kann auf die Ausführungen im Teil A (unter 1) verwiesen werden. Die Erledigung klassisch örtlicher Leistungsaufgaben wie der Wasserver- sowie der Abwasser- und Abfallentsorgung, im ÖPNV, Bildungseinrichtungen u. dgl. ist auch im europäischen Ausland (mit Abstrichen am ehesten in Großbritannien) gang und gäbe. Erhebliche Unterschiede bestehen hier jedoch im Detail (z. B. Wasserversorgung überwiegend durch private bzw. konzessionierte Großunternehmen in Frankreich, freilich mit unlängst erfolgter spektakulärer „Rekommunalisierung“ d. d. Stadt Paris) wie in der rechtlichen Ausgestaltung, was etwa die Möglichkeit des kommunalen Aufgabenzugriffs betrifft (Stichwort: Spezialität vs. Universalität).²³ Annähernd mit der Lage in Deutschland vergleichbare Verhältnisse gibt es eigentlich nur in Österreich.

Hinsichtlich der Genese des **Rechts** der kommunalen Daseinsvorsorge sei noch auf die bis heute nachwirkende Deutsche Gemeindeordnung (DGO) vom 30. Januar 1935 hingewiesen. In ihrem § 67 enthielt sie erstmals, auch in Reaktion auf ein zeitweiliges Überhandnehmen unternehmerischen Engagements der Kommunen bzw. infolge „vielfältigen Missgeschicks der kommunalwirtschaftlichen Betätigung und zur Korrektur vorangegangener Fehlentscheidungen“²⁴, Begrenzungen für kommunalwirtschaftliche Betätigungen. Danach durfte die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigte, das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stand, sowie der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wurde oder werden konnte. In ihrem Kern lebt die damit begründete **kommunalwirtschaftsrechtliche Schrankentrias** in den heutigen Gemeinde- und Kreisordnungen der Bundesländer (wie in § 107 Abs. 1 S. 1 GO u. § 53 Abs. 1 KrO NRW) fort – auch wenn die Nuancierungen seit geraumer Zeit von Land zu Land zum Teil nicht unerheblich differieren. Jedenfalls in Nordrhein-Westfalen sind, wie noch in § 67 DGO, zudem bis heute bestimmte (klassische) Bereiche der Daseinsvorsorge als Agenden, die „nicht als wirtschaftliche Betätigung“ gelten, von der Anwendung der „Schrankentrias“ ausgenommen, s. im Einzelnen § 107 Abs. 2 GO NRW. Dazu zählen namentlich die in dieser Studie exemplarisch in den Blick genommene Abwasserbeseitigung und die Abfallentsorgung als „Einrichtungen des Umweltschutzes“ gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4²⁵ sowie die kommunalen Krankenhäuser als „soziale“ Einrichtungen im Sinne des § 107 Abs. 2 Nr. 2 GO NRW.

3.2 Verfassungsrecht

Wie im Teil A angedeutet, hat die örtliche Daseinsvorsorge ihren verfassungsrechtlichen Sitz vor allem in der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 78 Verfassung NRW.²⁶ Bezüglich daraus wie aus begleitenden Verfassungsnormen folgenden Berechtigungen wie Begrenzungen ist wie folgt zu differenzieren:

3.2.1 Kommunale „Gewährleistungsverantwortung“

Nach Art. 28 Abs. 2 GG haben Gemeinden wie Gemeindeverbände das Recht zur eigenverantwortlichen Erledigung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze. Allerdings sind sie in punkto örtlicher Daseinsvorsorge nicht nur berechtigt, sondern insbesondere auch **verpflichtet**. Wie sie diese Verpflichtung erfüllen – ob mit eigenen Unternehmen im Rahmen der Kernverwaltung, in Form von **Public Private Partnerships** oder ob sie sich privater Dritter bedient, steht den Kommunen frei. Die in den 1990er Jahren erfolgte Modernisierung der Kommunalverwaltungen sowie die verstärkte Verlagerung der Erbringung der Leistungen wird zusammen mit den Bestrebungen der Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen von der deutschen Staatsrechtslehre seit geraumer Zeit unter dem Leitbegriff der „Gewährleistungsverantwortung“²⁷, gelegentlich auch der „Infrastrukturverantwortung“²⁸ thematisiert. Kurz gefasst, ist damit das Phänomen beschrieben, dass sich der Staat und seine regionalen wie kom-

²³ Dazu im Überblick Pielow in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europ. Grundrechtecharta, 2006, Art. 36, Rn. 5 m. w. N.

²⁴ Henneke, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 21.

²⁵ S. insofern freilich auch § 107 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW i. V. m. § 53 Abs. 1 LWG NRW bzw. § 5 Abs. 1 LAbfG NRW.

²⁶ Letzterer Bestimmung sei hier, da insofern keine Unterschiede zum Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG bestehen, nicht näher nachgegangen, s. dazu i. Ü. Tettinger, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Landesverfassung NRW, 2002, Art. 78, Rn. 1 ff.

²⁷ S. dazu zuletzt etwa Schoch, NVwZ 2008, S. 241 ff.; eingehend Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008; Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009.

²⁸ Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

munalen Untergliederungen vielfach aus der Selbst- oder Exklusiverfüllung öffentlicher Aufgaben zurückgezogen haben, dass ihnen aber dennoch die Pflicht obliegt, über die quantitativ wie qualitativ angemessene Allgemeinversorgung der Bevölkerung zu wachen und diese, etwa per Markt- oder Netzregulierung i. e. S., zu steuern. „Gewährleistungsverantwortung“ bedeutet **keineswegs**, dass sich Bund, Länder und Kommunen nicht auch selbst der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge annehmen können und ist damit weder ein Verhältnis der Subsidiarität zu Gunsten der Privatwirtschaft noch etwa eine grundsätzliche „Privatisierungspflicht“ verbunden. Das Spektrum staatlicher und damit auch kommunaler Einwirkungen auf die Daseinsvorsorge erstreckt sich damit – immer unter Beachtung übriger Verfassungspostulate wie namentlich des Sozial- und des Umweltstaatsziels (Art. 20 Abs. 1, 20a GG) und andererseits der Wirtschaftsgrundrechte (insb. Berufsfreiheit und Eigentumsschutz) – von der staatlichen Erfüllung bestimmter Aufgaben der Daseinsvorsorge („Verwaltungsmonopole“ – mit oder ohne Option zur Übertragung an Dritte) über **Public Private**, aber auch **Public Public Partnerships** bis hin zur „regulierten Selbstregulierung“ nach weitgehender Liberalisierung, wie sie charakteristisch insbesondere im neuen Post-, Telekommunikations- und Eisenbahnsektor anzutreffen ist (s. zur staatlichen Gewährleistungspflicht auch Art. 87e Abs. 4 und 87f Abs. 1 GG). Auch umfasst das Bild des Gewährleistungsstaates eine Auffang- resp. Residualverantwortung, sobald sich im Anschluss an (materielle) Aufgabenprivatisierungen (s. o. 2.3) herausstellt, dass für notwendig erachtete Dienstleistungen von den damit befassten (Markt-) Akteuren nicht in ausreichendem Umfang oder nicht in hinreichender Qualität erbracht werden. Bloße Gewinnerzielungsinteressen können dagegen, jedenfalls nach überwiegender verfassungsrechtlicher Ansicht, weder den staatlichen noch den kommunalen Aufgabenzugriff legitimieren.²⁹

Rechtsnormativ ist speziell die kommunale Gewährleistungsverantwortung für Leistungen der Daseinsvorsorge weniger im Selbstverwaltungs-„recht“ des Art. 28 Abs. 2 GG sondern als gesamtstaatliche Verantwortung vor allem im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) zu verorten. Daneben ist auf die aus einzelnen Grundrechten folgenden „objektiven (staatlichen) Schutzpflichten“ hinzuweisen, und namentlich sowie in Verbindung mit dem Menschenwürdepostulat des Art. 1 Abs. 1 GG auf diejenige zum Schutz des menschlichen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG. Art. 28 Abs. 2 GG fungiert insofern als staatsorganisationsrechtliche Überleitungsnorm, indem dort die Primärzuständigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände für „örtliche“ Angelegenheiten der Daseinsvorsorge begründet wird.

3.2.2 Institutioneller Schutz der Daseinsvorsorge

Freilich ist diese Primärzuständigkeit für die örtliche Daseinsvorsorge in besonderer Weise, nämlich **institutionell** geschützt: Bund und Ländern ist es insbesondere und absolut untersagt, den historisch überkommenen und traditionell bewährten Kernbereich der Institution „kommunale Selbstverwaltung“ auszuhöhlen. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht auch im übrigen „Randbereich“ der Garantie Hürden für minimierende Zugriffe vor allem durch die Legislative (Stichwort: „Vertretbarkeitsprüfung“) errichtet.³⁰ Zwar vermittelt eine „institutionelle“ Garantie grundsätzlich keinen individuellen Schutz und bildet mithin kein Grundrecht oder grundrechtsähnliches Recht³¹; aufgrund von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (kommunale Verfassungsbeschwerde) ist freilich die Garantie nach Art. 28 Abs. 2 GG ihrerseits individualrechtlich und im Sinne einer „subjektiven Rechtsstellungsgarantie“³² angereichert.

Als Kern- oder Wesensgehalt der Garantie werden – nach jahrzehntelangen, aber letztlich fruchtlosen Bemühungen um Detailfestlegungen in diesem Kontext – vor allem das prinzipielle, d. h. „im Rahmen der [scil.: ihrerseits mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbaren Gesetze] Gesetze“ bestehende Recht der Gemeinden zum jederzeitigen und beliebigen Aufgabenzugriff (**Universalitätsprinzip**) wie auch das Recht zur eigenverantwortlichen, also grundsätzlich von staatlicher Einflussnahme unabhängigen Aufgabenerledigung subsumiert. Damit ist im Ansatz auch die Grund- oder Basisverantwortung aller Gemeinden und Gemeindeverbänden für die kommunale Daseinsvorsorge „institutionell“ abgesichert – ohne dass damit konkrete Einzelaufgaben oder die Leistungstiefe kommunalen Engagements in der öffentlichen Ver- und Entsorgung verfassungsrechtlich vorbestimmt wären. Ob die Organisation bestimmter öffentlicher Einrichtungen der örtlichen Daseinsvorsorge sogar dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzurechnen ist oder nicht, kann schwerlich pauschal beantwortet werden. Fest steht, dass das Recht, die Art und Weise der Aufgaben der lokalen Daseinsvorsorge zu organisieren, traditionell in die vom Recht der „kommunalen Selbstverwaltung“ kernbereichsfest garantierte funktionale Organisationshoheit als Teil der kommunalen Eigenverantwortlichkeit fällt. Auch ordnete schon ein frühzeitiges Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht die Schaffung und Or-

²⁹ Dazu treffend und eingehend Franz, Gewinnerzielungsabsicht durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005.

³⁰ Grundlegend zum Ganzen BVerfGE 79, 127 (143 u. passim) Rastede; „institutionell“ bedeutet freilich nicht „(individual-) grundrechtlich“ geschützt, vgl. etwa BVerfGE 48, 64 (79).

³¹ S. statt aller Nierhaus, in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 28, Rn. 34 m. w. N. zur früheren Diskussion; s. z. B. auch schon BVerfGE 48, 64 (79); a. A. noch Maunz, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28, Rn. 57.

³² Grundlegend Stern, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 409 ff.

ganisation von öffentlichen Einrichtungen der lokalen Daseinsvorsorge generell dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zu.³³ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit stets auf den Einzelfall bezogen entschieden, ob ein unzulässiger Eingriff in die funktionale Organisationshoheit vorlag oder nicht. Es steht zu vermuten, dass das Gericht auch hinsichtlich des Bereichs der Daseinsvorsorge weiterhin nach diesem Ansatz verfahren wird.

Von der prinzipiellen „Allzuständigkeit“ der Kommunen erfasst sind freilich, wie es etwa in der Rastede-Entscheidung des BVerfG heißt, nur

„diejenigen Bedürfnisse, die in der **örtlichen** Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.³⁴

In der Festlegung auf den „örtlichen“ Wirkungskreis kommt, neben der Garantiefunktion des Art. 28 Abs. 2 GG, zugleich dessen Funktion als staatsorganisatorisches Aufbau- oder Aufgabenverteilungsprinzip. Nach verbreiteter Auffassung ist damit die kommunale „Verbandkompetenz“ (abschließend) beschrieben, die deshalb bei kommunalwirtschaftlichen Aktivitäten ohne spezifischen Ortsbezug überschritten ist³⁵, während es nach anderer Ansicht dem (Landes-) Gesetzgeber frei steht, den Aktionsradius kommunaler Unternehmen zu erweitern.³⁶ Angeraten erscheint in diesem Kontext jedenfalls auch eine Differenzierung nach Gemeinde- bzw. Gemeindeverbandsgrößen.³⁷

Art. 28 Abs. 2 GG als „**Staatsaufbauprinzip**“ heißt schließlich, dass die Selbstverwaltungsgarantie (d. h.: von extremen Aushöhlungen der Möglichkeit zur kommunalen Daseinsvorsorge abgesehen) keinen generellen Schutz gegenüber gesetzlichen Aufgabenabwälzungen auf Dritte und mithin prinzipiell nicht gegenüber Maßnahmen der Privatisierung und/oder Liberalisierung vermittelt. Im Verhältnis gegenüber privaten Leistungserbringern sind Gemeinden und „ihre“ Versorgungsunternehmen nicht berechtigt sondern als Teil des Staates wegen Art. 1 Abs. 3 GG vielmehr (grundrechts-) verpflichtet.³⁸

3.2.3 Bürgerschaftliche Partizipation und demokratische Legitimation

Wenn sich die Institution „kommunale Selbstverwaltung“ in Deutschland des Weiteren auch als (staatsorganisatorisches) „Regel-Ausnahme-Prinzip“ gerade zugunsten der Aufgabenerledigung primär auf der Gemeinde- und nicht auf der Landes- oder Bundesebene beschrieben sieht³⁹, hat dies seinen tieferen Grund auch in ihrer spezifischen und herausragenden **demokratischen Funktion**, die gerade auch mit Blick auf die kommunale Daseinsvorsorge hervorzuheben ist. Das Bundesverfassungsgericht leitet dieses – subsidiäre – Aufgabenverteilungsprinzip aus dem betont dezentralen Aufbau des deutschen Bundesstaates „im Sinne eines ‚Aufbaus der Demokratie von unten nach oben‘“ ab. In ihm nähmen die Gemeinden die Position als „Keimzelle der Demokratie“ ein und es sei der „grundgesetzlich gewollten Teilnahme des Bürgers an der öffentlichen Verwaltung“ – zu der unabhängig von der konkreten Rechts- oder Organisationsform auch die **leistende** Verwaltung im Zuge der Daseinsvorsorge gehört – „ihr Betätigungsfeld zuzuordnen“.⁴⁰ Mit der demokratisch-partizipativen Komponente, die ein Höchstmaß an bürgerschaftlicher Mitwirkung bzw. Rückkoppelung auch in der kommunalen Daseinsvorsorge fordert, unterscheidet sich letztere grundlegend vom „wirtschaftsliberalen“ Konzept der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im EU-Recht (unten 4.3), welches jenem partizipativen Element (bislang) keine Aufmerksamkeit widmet. Hinzuweisen sei ferner darauf, dass die Steuerungsfähigkeit der (demokratisch legitimierten) kommunalen Selbstverwaltung insgesamt auch ein zentrales Motiv der Gesetzgebung zur Modernisierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen bzw. der damit bewirkten Reformen auch der GO NRW (u. a. ihrer §§ 107 ff.) bildet.⁴¹

³³ Vgl. abw. Meinung Hirsch, BVerfGE 49, 363 (366).

³⁴ BVerfGE 79, 127 (151f.) Hervorh. nur hier.

³⁵ S. statt vieler Tettinger, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 28 Abs. 2, Rn. 134 f.

³⁶ S. etwa Jarass, DÖV 2002, 489 (498 f.); Burgi, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2008, S. 266; nunmehr auch OVG Münster, U. v. 1.4.2008, Az. 15 B 122/08 (Rn. 89 f.) = DVBl. 2008, 919 ff., in Anlehnung an BVerwG, NVwZ 1998, 952 f.

³⁷ Tettinger, a. a. O.; näher zum Streit Pielow in Säcker: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2009 (i. E.), Einleitung A IV, Rn. 24 ff.

³⁸ Vgl. statt aller etwa Cremer, DÖV 2003, S. 921 (925); zur fehlenden Grundrechtsberechtigung von Gemeinden und gemeindlichen Versorgungsunternehmen s. zuletzt deutlich BVerfG, Beschl. v. 18.5.2009, 1 BVR 1731/05, JURIS; Zur Wirkung der Selbstverwaltungsgarantie als „Privatisierungsverbot“ zuletzt auch und zu Recht ablehnend entgegen BVerwG, DVBl. 2009, 1382 komm. Weihnachtsmarkt Schoch, DVBl. 2009, S. 1533 ff.

³⁹ S. z. B. BVerfGE 86, 148 (229) Finanzausgleich.

⁴⁰ BVerfGE 79, 127 (143, 148f., 151); s. a. schon BVerfGE 52, 95 (111f.) sowie BVerfGE, EuGRZ 1990, 438 (443f.); unlängst auch BVerfGE 107, 59 (87 f.).

⁴¹ Siehe dezidiert die amtl. Begründung etwa zum „Ersten Modernisierungsgesetz“ in LT-Drs. 12/3730, S. 7 und S. 104 ff.

3.3 Kommunalrecht

Der vorbeschriebene verfassungsrechtliche Rahmen – und Rang – kommunaler Daseinsvorsorge spiegelt sich auf der Ebene des einfachen Gesetzes- und konkret des Kommunalrechts in Nordrhein-Westfalen: Die grundsätzliche kommunale Verantwortung klingt, wie eingangs schon gesagt, in der Pflicht der Gemeinden und Kreise an, „die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen Einrichtungen“ zu schaffen (vgl. §§ 8 Abs. 1 GO, 6 Abs. 1 KrO NRW) – eine Norm, die gerade als Ausdruck der speziell im Kommunalwesen traditionell stark verwurzelten Daseinsvorsorge verstanden wird.⁴² Ergänzend kann auf die Bestimmungen zum (freilich thematisch begrenzten) kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang (z. B. § 9 GO NRW) Bezug genommen werden.

Dass die Kommunen im Rahmen dieser Gewährleistungspflicht gerade auch **selbst** tätig werden dürfen (und sollen), ergibt sich aus dem sog. kommunalen Wirtschaftsrecht, konkret und in Nachfolge zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung (s. o. 3.1) aus den Bestimmungen über die „wirtschaftliche und die nichtwirtschaftliche Betätigung“ in den §§ 107 ff. GO NRW. Die soeben beleuchtete, dezidiert demokratisch-partizipative Komponente auch der kommunalen Daseinsvorsorge klingt vor allem in den §§ 108 ff. GO NRW an: Diese Vorschriften enthalten rigide Vorgaben für die Rückkoppelung an den bürgerschaftlichen Willensbildungsprozess im demokratisch zusammengesetzten Vertretungsorgan (Gemeinderat, Kreistag) für Fälle der formellen Organisations- oder auch der funktionalen Privatisierung, namentlich bei (Aus-) Gründungen privatrechtsförmiger Unternehmen oder der Beteiligung an solchen sowie bei Veräußerungen kommunaler Unternehmen oder Beteiligungen. Hierzu sei auch erwähnt, dass eine neue Organisationsform für kommunale Unternehmen, nämlich die „rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts“ (AöR) in § 114a GO NRW in Nordrhein-Westfalen wie in anderen Bundesländern eigens zu dem Zweck eingeführt wurde, auf diese Weise, d. h. mit der Bereitstellung einer **öffentlich-rechtlichen** Organisationsform noch nachhaltiger zur Repräsentanz des bürgerschaftlichen Willens beizutragen bzw. diesbezüglich oftmals bestehenden Probleme in privatrechtsförmigen Kommunal- resp. Daseinsvorsorgeunternehmen (GmbH, AG) zu umgehen.⁴³

Der Stellenwert wirtschaftlicher Betätigungen gerade zu Zwecken der Daseinsvorsorge kommt ferner darin zum Ausdruck, dass gemäß § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW Tätigkeiten im Bereich der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen vom „Subsidiaritäts-Nachweis“ im Sinne der kommunalwirtschaftsrechtlichen „Schrankentrias“ befreit sind. Hier ist generell nicht zu prüfen, ob diese Tätigkeiten durch andere Unternehmen besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden können. Zu nennen ist ferner die Ausnahme sog. „nicht wirtschaftlicher“ Tätigkeiten der Daseinsvorsorge nach § 107 Abs. 2 GO NRW von **sämtlichen** Anforderungen der Schrankentrias⁴⁴ wie von den weiteren Regelungen zur „wirtschaftlichen“ Betätigung in den §§ 108 ff. GO NRW. Zwar sind die hier geregelten Tätigkeitsbereiche den Kommunen nicht vorbehaltlos garantiert. Als „Klassiker“ kommunaler Daseinsvorsorge tragen sie jedoch insbesondere die schon von Verfassung wegen erforderliche Rechtfertigung anhand eines öffentlichen Zwecks von vornherein in sich. Es handelt sich insofern schlicht um eine gesetzliche Fiktion.

Der Vollständigkeit halber hinzuweisen ist schließlich auf ergänzende kommunal- bzw. organisationsrechtliche Regelungen insbesondere mit Blick auf – gerade im Kontext mit den hier betrachteten Wirtschaftssektoren praxisrelevante – interkommunale Kooperationen. Diesbezügliche Ermächtigungen, Organisationstypen und Begrenzungen sind namentlich im Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW) enthalten.

3.4 Sektorspezifische Ausgestaltungen und Stand der Liberalisierungspolitik

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Skizze zum verfassungs- sowie kommunalrechtlichen Rahmen ist nunmehr die fachgesetzliche Konturierung der vorliegend näher in den Blick zu nehmenden Leistungssektoren – Abfallwirtschaft, Abwasserbeseitigung und Krankenhauswesen – darzustellen. Sie exemplifiziert zugleich das beschriebene staatsrechtliche Konzept der (kommunalen) „Gewährleistungsverantwortung“ im Sinne der **gestuften Aufgabenabschichtung** zwischen exklusiven „Verwaltungsmonopolen“ und eher kooperativen bzw. rahmenrechtlich regulierten Sektoren der Daseinsvorsorge – und belegt abermals die besondere Rolle der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände auf diesem Gebiet. Zugleich ist hier auch schon auf den Stand etwaiger Liberalisierungsbemühungen in den betreffenden Sektoren einzugehen bzw. sind damit einhergehende EU-rechtliche Problemlagen anzusprechen.

⁴² S. Schmidt-Aßmann/Röhl, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 1. Kap., Rn. 104 ff.

⁴³ Dazu eingehender etwa Pielow, in Fs. K. Ipsen, 2000, S. 373 ff.

⁴⁴ Siehe für Betätigungen außerhalb des Gemeindegebiets allerdings § 107 Abs. 4 GO NRW.

3.4.1 Abfallwirtschaft

3.4.1.1 Rechtsrahmen und Trägerschaft

Das Recht der Abfallbeseitigung gehört eher zu den jüngeren Regelwerken im Bereich Daseinsvorsorge. Erst 1935 wurden die Kommunen durch § 18 der Deutschen Gemeindeordnungen ermächtigt, bei Vorliegen eines wichtigen öffentlichen Bedürfnisses den Anschluss- und Benutzungszwang für die gemeindliche Müllabfuhr vorzusehen. Bis dahin waren einzelne, die Abfallentsorgung betreffende Regelungen in verschiedenen (Reichs- und Landes-) Gesetzen verstreut.⁴⁵ Aufgrund des wachsenden Bedürfnisses nach einer bundeseinheitlichen Regelung wurde 1972 das Abfallbeseitigungsgesetz (AbfG) verabschiedet, welches neben (überwiegenden) Regelungen zur Gefahrenabwehr, konkret: zur Seuchenbekämpfung und Wahrung der Hygiene, erstmals auch organisationsrechtliche Entscheidungen traf: Sie verpflichteten die nach Landesrecht zuständigen örtlichen Gebietskörperschaften – exklusiv – dazu, die in ihrem Gebiet angefallenen und von Abfallbesitzern überlassenen Abfälle zu beseitigen, vgl. § 3 AbfG [1986].⁴⁶

Mit der 5. Novelle des Abfallrechts kam es 1994 zum bis heute (mit freilich akzidentiellen Modifikationen) geltenden Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG), das vor allem der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben, ursprünglich der Abfallrahmenrichtlinie 75/442/EWG, diene und insgesamt die (Eigen-) Verantwortung von Konsumenten und Produzenten hinsichtlich des Abfallaufkommen steigern sollte. Die Trägerschaft der Abfallentsorgung ist seitdem dreigliedrig: § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG bestimmen, dass zunächst die Erzeuger und Besitzer zur Verwertung bzw. Beseitigung ihrer Abfälle verpflichtet sind. Abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet, diese den nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen (z. B. Eigenkompostierung) sowie in den Fällen von § 13 Abs. 3 und 4 KrW-/AbfG. §§ 13-18 enthalten Ausnahmen vom Grundsatz der Eigenentsorgung nach dem Verursacherprinzip. Die Überlassungspflicht gilt auch für Erzeuger und Besitzer von Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen, z. B. Gewerbeabfälle, soweit sie diese nicht in eigenen Anlagen beseitigen oder überwiegende öffentliche Interessen eine Überlassung erfordern (§ 13 Abs. 1). Strittig ist hierbei, ob die Auslastung der kommunalen Entsorgungsanlagen ein überwiegendes öffentliches Interesse darstellt.

Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Sinne des KrW-/AbfG sind gemäß § 5 LAbfG NRW die Kreise bzw. kreisfreien Städte. Insbesondere mit Blick auf vergaberechtliche Vorgaben ist § 16 KrW-/AbfG zu beachten, wonach die zur Verwertung und Beseitigung Verpflichteten Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragen können. Gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG kann die zuständige Behörde auf Antrag mit Zustimmung der Entsorgungsträger im Sinne von §§ 15, 17, 18 KrW-/AbfG deren Pflichten auf einen Dritten teilweise oder ganz übertragen.

3.4.1.2 (Weitere) Liberalisierung?

Der vor allem innerstaatlich initiierten Liberalisierung der Abfallwirtschaft und der hiermit einhergehenden Dreigliedrigkeit der Abfallträgerschaft folgten zum Teil heftige Reaktionen. Seitens der deutschen Industrie- und Wirtschaftsverbände wurde frühzeitig einer **kompletten** Liberalisierung der Abfallwirtschaft das Wort geredet. So forderten die großen deutschen Wirtschaftsverbände (DIHT, BDI, ZDH u. a.) in einem gemeinsamen Positionspapier bereits 1992 mehr „Marktwirtschaft, Deregulierung, unternehmerische Eigenverantwortung und höhere Effizienz in der Abfallwirtschaft“ – ein Ruf, der seitdem immer wieder ertönt.⁴⁷ Die „Reservate“ öffentlich-rechtlicher Abfallentsorgung seien wirtschaftlich nicht sinnvoll und gemeinschaftsrechtlich zweifelhaft: Der EU-Binnenmarkt und die damit verbundene Dienstleistungsfreiheit würden die Notwendigkeit unterstreichen, kommunale Sektoren der Daseinsvorsorge dem Wettbewerb zu öffnen. Demgegenüber ist etwa für den Verband kommunaler Unternehmen (VKU) eine weitere Privatisierung von Teilen oder der Gesamtheit kommunaler Unternehmen insbesondere zur Haushaltskonsolidierung nicht der richtige Weg. Diese führe

„zu einem weiteren Verzicht auf kommunalwirtschaftliche Betätigung, die durch adäquate Ergebnisse der wettbewerbsfähigen kommunalen Unternehmen zur Erhaltung anderer wichtiger kommunaler Infrastrukturdienstleistungen beitragen kann und zu einem weiteren Verzicht auf die innovationsfähige, einer nachhaltigen Entwicklung verpflichtete kommunale Abfallwirtschaft.“⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 3, Vorbemerkungen AbfRecht, Rn. 5.

⁴⁶ Dazu etwa Beckmann, VerwArch 2003, S. 371 (372).

⁴⁷ S. etwa das Positionspapier des DIHK zur Privatisierung der Abfallwirtschaft v. Mai 2001 oder die BDI-Position zur Liberalisierung des Entsorgungswirtschaft v. 25.8.2003.

⁴⁸ VKU, Zukunft der kommunalen Entsorgungswirtschaft auf dem europäischen und nationalen Prüfstand Positionen vom VKU, September/Okttober 2003, S. 4.

Zu besorgen sei der Verlust technischen wie ökologischen Innovationspotenzials sowie letztendlich eine Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung und der kommunalen Daseinsvorsorge. Ferner werden Kostenargumente vorgebracht: Trotz Liberalisierung der Abfallwirtschaft sei es in den 1990er Jahren zu einem Kostensprung gekommen, was u. a. damit zusammenhänge, dass durch die Verringerung des Abfallaufkommens zur Beseitigung infolge verstärkter Verwertung sowie durch die private Beseitigung von gewerblichen Abfällen "Leerkosten" bei den kommunalen Entsorgungsanlagen entstünden, die wiederum zu steigenden Gebühren trotz insgesamt sinkender Restmüllmenge führten („Abfall-Paradoxon“).⁴⁹ Thematisiert wird zudem immer wieder die – durchaus naheliegende – Gefahr einer abnehmenden Entsorgungssicherheit infolge „Rosinenpickens“, bei der sich die Privatwirtschaft lediglich auf lukrative Bereiche der Abfallwirtschaft (bislang etwa: Altpapier) konzentriert.⁵⁰

Ernsthafte Bestrebungen, die Abfallwirtschaft im Wege **gemeinschaftsrechtlicher** (Sektoren-) Rechtsetzung weiter zu liberalisieren, sind derzeit nicht ersichtlich. Auch die novellierte Abfallrahmenrichtlinie⁵¹ mit ihren grundlegenden Bestimmungen zum europäischen Umweltrecht trifft keinerlei Aussagen in diese Richtung. Schließlich ist auch der bisher erreichte Liberalisierungsstand in der deutschen Abfallwirtschaft zuvörderst Werk des nationalen Gesetzgebers. Mit Blick auf die unten zu behandelnden „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ ist am ehesten Art. 5 Abfallrahmenrichtlinie von Interesse, soweit darin der Grundsatz der (europäischen wie nationalen) „Entsorgungsausartikie“ (Abs. 1) und insbesondere das „Näheprinzip“ (Abs. 2) normiert sind. Letzteres besagt, dass ein integriertes und angemessenes Netz von Beseitigungsanlagen es im Sinne der Entsorgungsausartikie gestatten muss, Abfälle „in einer der am nächsten gelegenen geeigneten Entsorgungsanlagen“ zu beseitigen.

3.4.1.3 EU-rechtliche Problemzonen

Bezüglich der Anwendung EU-rechtlicher Vorgaben sind aus der Sicht der kommunalen Abfallwirtschaft vor allem zwei Themenkreise von Interesse. Zum einen geht es bei einer eventuellen Beauftragung gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 KrW-/AbfG an private oder auch öffentliche Dritte um zum Teil massive Probleme des EG-Vergaberechts bzw. seiner deutschrechtlichen Entsprechungen in den §§ 97 ff. GWB i. V. m. der Vergabeverordnung. Schwerwiegend behindert sieht sich bislang insbesondere die interkommunale Zusammenarbeit, etwa bei der Bildung von Zweckverbänden. Zum anderen können abfallrechtliche Monopolstellungen (wie etwa die Verwertung und Entsorgung von Hausmüll und gewerblichen Abfällen) bei einem grenzüberschreitenden Bezug mit den primärrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit kollidieren. Darauf ist im EU-rechtlichen Untersuchungsabschnitt zurückzukommen.

3.4.2. Abwasserbeseitigung

3.4.2.1 Gesetzlicher Rahmen und Trägerschaft

Bundesrechtlich sind die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung im Wesentlichen im Wasserhaushaltsgesetz (WHG) geregelt. Hinsichtlich der Trägerschaft über die **Wasserversorgung** ist dort nichts bestimmt. Auch § 47a LWG NRW spricht zunächst nur von der „Sicherstellungspflicht“ der Gemeinden; jedoch folgt aus dem weiteren Normtext, dass darunter nicht nur eine Gewährleistungs- sondern die (exklusive) Erfüllungsverantwortung, also ein „Verwaltungsmonopol“ zu verstehen ist, wenn es heißt, dass die Aufgabe unter bestimmten Voraussetzungen (Gewährleistung der ordnungsgemäßen Versorgung) auf Dritte übertragen oder diesen sogar (bei **privaten** Dritten im Sinne der materiellen Privatisierung) **überlassen** werden kann.⁵² Zudem folgt die Möglichkeit des exklusiven Aufgabenzugriffs der Gemeinde hier wie auch bezüglich der **Abwasserbeseitigung** aus dem Recht zur Begründung des Anschluss- und Benutzungszwangs, § 9 GO NRW.⁵³ Hinsichtlich der Abwasserbeseitigung schreibt im Übrigen bereits § 18a Abs. 2 WHG die (ausschließlich) öffentliche Trägerschaft (bundesrechtlich) vor, gestattet jedoch in Abs. 2a landesgesetzliche Regelungen, die Agende „ganz oder teilweise“, jedoch lediglich „befristet und widerruflich“ an [scil.: private wie öffentliche] Dritte zu übertragen. Dieses Programm wird in § 53 Abs. 1 LWG NRW unter detaillierter Beschreibung der Pflichtenstellung der Gemeinden als primären öffentlich-rechtlichen Abwasserbeseitigungspflichtigen umgesetzt. Von der Möglichkeit zur (Aufgaben-) Privatisierung wurde indes in Nordrhein-Westfalen wie in anderen Bundesländern nicht oder allenfalls ansatzweise Gebrauch gemacht. Die Übertragung an Dritte bzw. die Kooperation unter verschiedenen Abwasserbeseitigungspflichtigen sind nach § 53 Abs. 4 bis 6 LWG NRW nur unter

⁴⁹ Rahmeyer, Abfallwirtschaft zwischen Entsorgungsnotstand und Überkapazitäten, S. 25 f.

⁵⁰ S. etwa Petersen, Die kommunale Abfallentsorgung Auf der Gradwanderung zwischen Daseinsvorsorge und Liberalisierung, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 575 (607).

⁵¹ Richtlinie 2008/98/EG v. 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. EU Nr. L 312/3; s. dazu etwa Frenz, UPR 2009, 241 ff.; Waggerhauser, AbfallR 2009, S. 50.

⁵² Deutlicher etwa §§ 46, 46a LWG RhL.-Pf.

⁵³ S. insofern auch § 51 Abs. 2 S. 2 LWG NRW.

recht restriktiven Voraussetzungen möglich.⁵⁴ Es besteht vielmehr ein dezidiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten hoheitlicher Abwasserbeseitigung.

3.4.2.2 Weitere Liberalisierung?

Schon wegen der technisch-ökonomischen Besonderheiten (Stichworte: Wasser als Grundnahrungsmittel Nr. 1; kein Netzverbund; hygienische Anforderungen) werden weiter reichende Absichten zur Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland derzeit nicht thematisiert. Eher weist der Trend – mit Blick auf „Rekommunalisierungen“ etwa in Potsdam, in NRW im Fall der **Gelsenwasser AG**, sowie auf entsprechender Initiativen in Stuttgart, Kiel, Berlin und anderenorts – in die umgekehrte Richtung.⁵⁵ Auch die Enquête-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“ sprach sich, insofern der weithin herrschenden politischen Auffassung folgend, 2001 gegen eine grundlegende Neustrukturierung der deutschen Wasserwirtschaft (etwa mittels Streichung des kartellrechtlichen Ausnahmetatbestandes nach §103 GWB a. F.) und eine Liberalisierung des deutschen Wassermarktes aus. Gleichwohl machte sie Modernisierungsbedarf geltend und verwies auf „bedeutende Potenziale“ zur Steigerung der betriebswirtschaftlichen Effizienz bei Beibehaltung der Wasser- bzw. Versorgungsqualität.⁵⁶ In die gleiche Richtung wies die Modernisierungsstrategie der Bundesregierung vom März 2006: Als Petita für die künftige Gestalt der deutschen Wasserwirtschaft erscheinen dort Effizienzsteigerungen (u. a. mittels **Benchmarking** und Kooperationen), Verbesserungen in Richtung der „nachhaltigen“ Wasserwirtschaft und nicht nur im letztgenannten Kontext bzw. aus Gründen der Entwicklungshilfe ein stärkeres **internationales Engagement** kommunaler Versorgungsunternehmen (u. a. mittels Lockerung des kommunalwirtschaftsrechtlichen Örtlichkeitsprinzips!).⁵⁷

Auch das EU-Recht gibt sich in punkto Marktöffnung in der Wasserwirtschaft, vorderhand, jedenfalls was mögliche sektorspezifische Liberalisierungsansätze betrifft, betont zugeknöpft, wenn es gleich im 1. Erwägungsgrund zur Wasserrahmenrichtlinie 200/60/EG heißt:

„Wasser ist keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss (...); es ist erforderlich, eine integrierte Wasserpolitik in der Gemeinschaft zu entwickeln.“

Allerdings werden in der Rahmenrichtlinie wie in weiteren einschlägigen Regelwerken – namentlich der Trinkwasserrichtlinie 98/83/EG sowie der Richtlinie über die Behandlung von kommunalem Abwasser 91/271/EG – technische resp. qualitäts- und umweltbezogene Standards vorgegeben.

3.4.2.3 EU-rechtliche Problemzonen

Unterliegt mithin auch die deutsche Abwasserwirtschaft keinem sekundärrechtlichen Spezial- oder Wettbewerbsregime, so greift der Markt-Impetus des Gemeinschaftsrechts seit geraumer Zeit gleichwohl auch auf diesen Sektor aus. Erneut hängt dies mit den unmittelbar geltenden Vorschriften des EG-Vertrages bzw. mit dem vor allem auf den Grundfreiheiten fußenden und sektorübergreifend anzuwendenden EU-Vergaberecht zusammen. Für erhebliche Probleme – und entsprechenden administrativen resp. Kostenaufwand der Kommunen – sorgen seit Jahren namentlich die unter dem Schlagwort **Inhouse**-Geschäfte zusammenzufassenden Organisationsentscheidungen im Bereich der deutschen Abwasserwirtschaft. Betroffen waren bislang, wie schon in der Abfallwirtschaft, einerseits **gemeindeinterne** Unternehmensausgründungen resp. formelle Privatisierungen. Insbesondere vergaberechtliche Probleme bestehen sodann bei **interkommunalen Kooperationen**, wie der Bildung von wasserwirtschaftlichen Zweck- bzw. Wasserverbänden. In einem Wasserverband sind aufgrund § 4 Wasserverbandsgesetz (WVG)⁵⁸ alle an der Gewässerbewirtschaftung Beteiligten zusammengefasst. Wasserverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 1 Abs. 1 WVG. Aufgabe der Verbände ist unter anderem die Abwasserbeseitigung bzw. die Bereitstellung von Wasser, § 2 Nr. 9 und Nr. 11 WVG. Überträgt nun eine Gemeinde die ihr nach WHG bzw. LWG NW obliegende Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung auf einen Wasserverband, so stellt sich zwangsläufig die Frage, ob damit unter Gesichtspunkten des Vergaberechts die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung begründet wird.

⁵⁴ S. zum Ganzen auch Estermann, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 189 (190).

⁵⁵ S. dazu auch die Beiträge in Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation, 2009; ferner Burgi, in: Jahrbuch zum Umwelt- und Technikrecht 2001, S. 105 ff.

⁵⁶ S. BT-Drucksache 14/7177, S. 1 ff. (insb. S. 2).

⁵⁷ S. unter http://www.dwa-bw.de/aktuelles/fachdatenbank/23_modernisierungsbericht.pdf.

⁵⁸ Gesetz über Wasser- und Bodenverbände (Wasserverbandsgesetz) v. 12.2.1991 (BGBl. I S. 405), zul. geänd. d. Gesetz v. 15.5.2002 (BGBl. I S. 1578); s. dazu auch das Ausführungsgesetz (AGWVG) NRW v. 7.3.1995 (GV NW S. 248).

Beispielhaft sei insofern auf das Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im **Fall Hinte** hingewiesen: Es betraf die Übertragung der Abwasserbeseitigung einer niedersächsischen Gemeinde auf einen von dieser Gemeinde mitgetragenen Zweckverband. Darüber hinaus schloss die Gemeinde mit dem Wasserverband einen Vertrag über die Beseitigung kommunaler Abwässer. Die das Verletzungsverfahren initiiierende EU-Kommission äußerte sich zu dem Fall wie folgt: Zwar seien im Rahmen einer Aufgabenübertragung Sachverhalte denkbar, die sich als „rein administrative Maßnahmen“ darstellten und deshalb nicht den Gemeinschaftsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr unterlägen. Dies setze jedoch eine „vollständige Übertragung aller Rechte und Pflichten“ voraus. Hieran fehle es, wenn die Auftrag gebende Kommune weiterhin eine Verantwortung für die Erbringung der Dienstleistung trage.⁵⁹ Nachdem der Vertrag zwischen Gemeinde und Wasserverband gelöst worden war, stellte die Kommission jedoch das Verfahren ein. Die zugrunde liegenden vergaberechtlichen Fragen blieben damit freilich ungelöst und sorgten weiterhin für Unsicherheit in der kommunalen Abwasserwirtschaft, wo die strikte Anwendung des Vergaberechts auf interkommunale Zusammenschlüsse auf Unverständnis stieß.⁶⁰ Inzwischen ist es freilich zu einzelnen Klärungen in der Rechtsprechung gerade zu den vergaberechtlichen Anforderungen in der kommunalen Abfallwirtschaft gekommen⁶¹, die unten (insb. 5.2.4) noch näher skizziert werden sollen.

3.4.3 Krankenhauswesen

Das Krankenhauswesen befindet sich (weiterhin) in einem erheblichen Strukturwandel. Betroffen sind insbesondere die ländlichen kommunalen Krankenhäuser. Dies hängt einerseits mit geänderten Erwartungshaltungen an ländliche Einrichtungen zusammen, die tunlichst auch eine – möglichst wohnortnahe – Komplettversorgung sicherstellen sollen. Andererseits verlangt der Markt immer häufiger Spezialisierungen.

3.4.3.1 Gesetzlicher Rahmen, Trägerschaft und Finanzierung

Das Krankenhauswesen war bis zum Jahr 1972 in Deutschland gesetzlich nicht näher ausgestaltet; die Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung von ausreichenden Krankenhausplätzen wurde abstrakt aus den Grundsätzen der kommunalen Daseinsvorsorge hergeleitet⁶². Das (Bundes-) Krankenhausfinanzierungsgesetz von 1972 (KHG) verpflichtete erstmals die Länder zur Aufstellung von Krankenhausbedarfs-, -finanzierungs- sowie Bauprogrammplänen. Bundesrechtliche Vorgaben zur Krankenhausfinanzierung finden sich heute neben dem KHG⁶³ auch in den §§ 107 ff. SGB V sowie im Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG)⁶⁴.

Landesgesetzlich ist in Nordrhein-Westfalen die Sicherstellung der Krankenversorgung in Krankenhäusern gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW)⁶⁵ zunächst als Verwaltungsaufgabe des **Landes** ausgewiesen. Jedoch haben Gemeinden und Gemeindeverbände nach weiterer Maßgabe des Gesetzes an dieser Aufgabe „mitzuwirken“ (§ 1 Abs. 2 S. 2 KHGG NRW) und, „falls sich kein geeigneter Träger findet“, Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben, kreisangehörige Gemeinden jedoch nur, wenn sie die erforderliche Finanzkraft besitzen (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 KHGG NRW). Mit Blick auf die Krankenhausträgerschaft ist wie folgt zu differenzieren:

- Öffentliche Krankenhäuser werden von Gebietskörperschaften wie Bund, Land, Kreisen und Gemeinden sowie von Zusammenschlüssen von Körperschaften wie Sozialversicherungsträgern oder Berufsgenossenschaften betrieben. Träger in rechtlich selbständiger Form (etwa als GmbH) gehören zu den öffentlichen Krankenhäusern, sofern die Gebietskörperschaften oder deren Zusammenschlüsse unmittelbar oder mittelbar mit mehr als der Hälfte des Nennkapitals oder des Stimmrechts beteiligt sind.⁶⁶
- Freigemeinnützige Einrichtungen werden von Trägern der kirchlichen und der freien Wohlfahrtspflege, namentlich Kirchengemeinden, Stiftungen oder Vereinen unterhalten.

⁵⁹ Stellungnahme der EU-Kommission v. 30.3.2004 (2000/4433, C [2004] 1202).

⁶⁰ S. zum Ganzen mit instruktivem Blick aus der abfallwirtschaftlichen Praxis Koch, Vergabeprobleme in der Entsorgungswirtschaft, in: Henneke (Hrsg.), Kommunalrelevanz des Vergaberechts, 2009, S. 83 ff.

⁶¹ Siehe zuletzt EuGH, U. v. 21.1.2010, Rs. C-17/09 Kommission/Deutschland („Stadt Bonn“), n. n. veröff. Vertragsverletzungsverfahren betreffend die Nichtausschreibung von Abfallentsorgungsdienstleistungen und abschlägig v. a. bezüglich des deutschen Vorbringens, das Vergaberecht stehe dem abfallrechtlichen Prinzip möglichst ortsnaher Abfallentsorgung entgegen.

⁶² Vgl. Bauckhage-Hoffer, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 222 (224 ff.).

⁶³ In der Fassung vom 10.4.1991 (BGBl. I S. 886), zul. geänd. d. G v. 17.3.2009 (BGBl. I S. 534).

⁶⁴ V. 23.4.2002 (BGBl. I S. 1412, 1422), zul. geänd. d. G v. 17.3.2009 (BGBl. I S. 534).

⁶⁵ Vom 11.12.2007 (GV. NRW S. 702).

⁶⁶ S. insoweit auch oben 2.4 zum Begriff des „öffentlichen Unternehmens“.

- Private Einrichtungen sind gewerbliche Unternehmen, die gemäß § 30 Gewerbeordnung (GewO) einer besonderen Gewerbeerlaubnis bedürfen.

Nach Bundesrecht (§ 4 KHG) erfolgt die Krankenhausfinanzierung – noch – in einem „dualen“ System. Einerseits werden Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen. Andererseits erhalten die nach KHG geförderten Krankenhäuser „leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen sowie Vergütungen für nach- bzw. vorstationäre Behandlungen und für stationäre Operationen“. Das „duale“ Finanzierungssystem dient der Durchsetzung der staatlichen Krankenhausplanung mit wirtschaftlichen Mitteln. Angestrebt ist eine Entkoppelung der Investitionskosten von den sonstigen Betriebskosten der Krankenhäuser, um eine zu große Belastung der Kostenträger zu vermeiden.

Gemäß § 8 Abs. 1 KHG haben Krankenhäuser nur dann Anspruch auf Investitionsförderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan bzw. in das Investitionsprogramm eines Landes aufgenommen worden sind (s. a. §§ 19 ff KHGG NRW). Bei notwendiger Auswahl zwischen verschiedenen Krankenhäusern trifft gemäß § 8 Abs. 2 KHG (Bund) die zuständige Landesbehörde eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen, welches Krankenhaus den Zielen des Krankenhausplanes insgesamt am ehesten entspricht. Die Aufnahme in den Krankenhausplan bzw. in das Investitionsprogramm eines Landes erfolgt unabhängig von der (öffentlichen, freigemeinnützigen oder privaten) Trägerschaft. Nach § 1 Abs. 2 KHG ist die Vielfalt der Trägerschaften zu achten und nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Stellung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten.

Das duale Finanzierungs-konzept hat für **nicht** in einem Krankenhausplan bzw. Investitionsprogramm aufgenommene Krankenhäuser natürlich gravierende finanzielle Folgen. Da diese gemäß § 17 Abs. 5 KHG und § 8 Abs. 1 KHEntG für allgemeine Krankenhausleistungen keine höheren Pflegesätze verlangen dürfen als die geförderten Plankrankenhäuser und weil andererseits die Investitionskosten ganz überwiegend bei der Bemessung der Pflegesätze nicht berücksichtigt werden dürfen, § 17 Abs. 4 Nr. 1 KHG, sind die Pflegesätze der Nichtplankrankenhäuser in der Regel weit von der Deckung der Gesamtkosten entfernt. Die mit dem dualen Konzept forcierte Entkoppelung der Investitionskosten von den Pflegesätzen führt bei nichtgeförderten Krankenhäusern daher auf Dauer zu Benachteiligungen am Markt.⁶⁷

Neben der Förderung nach dem KHG (Bund) wird den in **öffentlich-rechtlicher** Trägerschaft geführten Krankenhäusern häufig zudem ein Sondervorteil in Form des gesetzlich nicht geregelten „Defizitausgleichs“ gewährt (hierunter fallen auch Bürgschaften, Übernahme von Zinsen etc.).

3.4.3.2 Reformüberlegungen

De lege ferenda diskutiert wird eine Umstellung der bisherigen dualistischen auf eine monistische Finanzierung der Krankenhäuser, also eine Finanzierung allein durch die Krankenkassen. An der beihilferechtlichen Problematik des Verlustausgleiches wird dies freilich nichts ändern. Nach Auffassung von **Koenig/Paul** wird demgegenüber eine Erweiterung des Verlustausgleiches nötig werden, da – ihrer Ansicht nach – durch die Umstellung der Finanzierung Verluste einzelner Krankenhäuser wachsen würden.⁶⁸

3.4.3.3 EU-rechtliche Problemlagen

Geht es um europarechtliche Einflüsse auf die kommunale Daseinsvorsorge im Krankenhauswesen, stehen nach dem Gesagten ersichtlich Finanzierungsfragen im Vordergrund. An einem sekundärrechtlichen Wettbewerbs- oder Spezialregime fehlt es auch hier – und **muss** es fehlen, denn die EU-Organe besitzen insofern schlicht keine Regelungskompetenz: Nach Art. 152 Abs. 4 S. 1 lit c) EG trägt der Rat allenfalls zu Fördermaßnahmen bei, welche den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben, dies jedoch „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“. „Herren der Gesundheitspolitik“ sind mithin die Mitgliedstaaten.⁶⁹

Wiederum sind es freilich auch hier die **allgemein anwendbaren** (und unmittelbar wirkenden) **Vorschriften** des EG-Vertrages sowie u. U. auch sektorübergreifende Verordnungen und Richtlinien, die im deutschen Krankenhauswesen – auf ihre Weise – die „ausschließliche Kompetenz“ der Mitgliedstaaten zur Makulatur machen und für erhebliche

⁶⁷ Vgl. Dettling, in: Lenz (Hrsg.), Krankenhausrecht (2007), S. 77.

⁶⁸ Vgl. Koenig/Paul, EuZW 2008, 359 ff.; eingehend zu den Entwicklungsperspektiven s. die Beiträge in Kurscheid (Hrsg.), Die zukünftige Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Gesundheitswesen (ZögU-Beiheft 38), 2010.

⁶⁹ Wichard, in: Callies/Ruffert, EGV Art. 152, Rn 9 f.

Einschränkungen sorgen.⁷⁰ Aufgrund der Konsequenzen im Zuge des beschriebenen dualen Finanzierungskonzepts⁷¹ geraten zuvörderst die Vorschriften über staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gemäß Art. 87 ff. EG in den Blick. Einen neuralgischen Punkt bildet dabei natürlich die beschriebene Praxis des Defizitausgleichs speziell für öffentlich-rechtliche und damit auch kommunale Krankenhäuser.⁷²

3.5 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist zum verfassungs- wie einfachgesetzlichen Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge sowie zu daraus folgenden Problemlagen im europäischen Gemeinschaftsrecht festzuhalten: Mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ geht zunächst und seit alters her kein eigenes **rechtliches** Konzept – im Sinne eines unmittelbar rechtsfolgenbewehrten Rechtsbegriffs i. e. S. – einher. Unabhängig davon sieht sich indes die Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben speziell durch Gemeinden und Gemeindeverbände rechtsnormativ nachhaltig abgesichert. Darin ist die juristische Bestätigung der traditionell starken Stellung der Kommunen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge zu erblicken, die in diesem Ausmaß (sowohl faktisch wie hinsichtlich der rechtlichen Verbürgungen, Stichwort: „universaler Aufgabenzugriff“) europaweit einmalig sein dürfte.

Kommunale Daseinsvorsorge bildet (insgesamt) nicht nur einen Kernbestandteil der in Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Institution „kommunale Selbstverwaltung“. Im betont dezentralen Staatsaufbau der Bundesrepublik partizipiert sie vielmehr auch an dem vom BVerfG wiederholt unterstrichenen „Regel-Ausnahme“- resp. Subsidiaritätsverhältnis zugunsten der Aufgabenwahrnehmung zunächst der Gemeinden und sodann der Gemeindeverbände. Dieses wiederum ist in der Funktion der Gemeinde als „Keimzelle der Demokratie“ und der „grundgesetzlich gewollten bürgerschaftlichen Teilnahme“ (**Selbst-**Verwaltung) gerade auch an der Daseinsvorsorge „vor Ort“ begründet. Es steht zu befürchten, dass das EU-Recht dieses Element der demokratisch legitimierten Daseinsvorsorge – bislang – nicht hinreichend beachtet.

Die vorliegend exemplarisch betrachteten Aufgabenbereiche der Abfall- und der Abwasserentsorgung sowie des Krankenhauswesens unterliegen im Unterschied zu anderen Sektoren der kommunalen Daseinsvorsorge (z. B. Energieversorgung) keinem sekundärrechtlichen Spezial- oder Wettbewerbsregime. Dennoch zeichnet sich für jene Agenden zunehmender Wettbewerbs-, wenn nicht: Privatisierungsdruck, seitdem namentlich auf Bestreben der EU-Kommission die **allgemeinen** und unmittelbar anwendbaren Regeln des EG-Vertrages (Grundfreiheiten, Wettbewerbsregeln einschl. Beihilfeverbot) wie auch die sektorübergreifenden Bestimmungen insbesondere des EG-Vergaberechts auch hier zur Anwendung gelangen – und bei den betroffenen Kommunen nicht unerhebliche Unsicherheiten hervorrufen.

4 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Vor dem Hintergrund der sektorspezifisch aufgezeigten europarechtlichen Problemlagen ist nunmehr vertiefend den Rahmenvorgaben des EU-Rechts für Leistungen der Daseinsvorsorge nachzugehen. Dazu sind zunächst noch einmal wenige zentrale Parameter zusammen zu fassen. Sodann ist das gemeinschaftsrechtliche Konstrukt der „Dienste von allgemeinem Interesse“ zu untersuchen und zunächst allgemein nach Möglichkeiten ihrer Ausnahme von den Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften zu fragen. In den Unterabschnitten 5 und 6 werden anschließend und vertiefend Rechtsfragen bei der Anwendung der Beihilfeverbots und des EG-Vergaberechts behandelt, wobei ein Hauptaugenmerk den aktuellen Entwicklungen der Vollzugspraxis der EU-Kommission wie auch der europäischen Rechtsprechung gilt.

4.1 Der „funktionale“ Ansatz im EG-Vertrag

Im Europäischen Binnenmarkt (vgl. Art. 14 Abs. 2 EG) ist der Austausch grundsätzlich aller Waren und Dienstleistungen dem Postulat einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem [insb. grenzüberschreitendem] Wettbewerb“ (vgl. Art. 4 Abs. 1 EG) verpflichtet und unter dieser Prämisse den vier Grund- oder Marktfreiheiten (Art. 28 ff. EG) sowie den

⁷⁰ Vgl. insb. EuGH, Rs. T 167/04 Asklepios/Kommission, Slg. 2007, II-2379; s. auch schon EuGH, Rs. C-157/99 Geraets-Smits/Peerbooms, Slg. 2001, 5473, Rn. 54; EuGH, Rs. 279/80 Webb, Slg. 1981, 3305, Rn. 10.

⁷¹ Anderer Auffassung sind demgegenüber Koenig/Paul, EuZW 2008, S. 359 mit dem bloßen Hinweis, dass die Aufnahme in den Krankenhausplan an ihrer Meinung nach keine nennenswerten Anforderungen geknüpft ist und es damit bereits wegen fehlender Selektivität der Maßnahme der Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG zumindest bisher als nicht erfüllt galt.

⁷² Koenig/Paul, EuZW 2008, 359 (360). Allgemein zur Rolle öffentlicher (kommunaler) Krankenhäuser als Akteuren der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Rechts anschaulich Schulz-Nieswandt/Mann, in: Kurscheid (Hrsg.), Die zukünftige Rolle öffentlicher Krankenhäuser, 2010, S. 120 ff.

Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EG) unterworfen. Dies gilt auch dann, wenn die betreffenden Leistungen von „öffentlichen Unternehmen“ oder Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten „besondere oder ausschließliche Rechte“ gewähren, erbracht werden (Art. 86 Abs. 1 EG).⁷³ Derartige Unternehmen sind, was mit der eigentumsrechtlichen Neutralität des EG-Vertrages (vgl. Art. 295 EG) unvereinbar wäre,⁷⁴ nicht grundsätzlich verboten. Sie bzw. die dahinter stehenden öffentlichen Träger unterliegen jedoch grundsätzlich, wie jedes andere (private) Unternehmen, den Vertrags- und insbesondere den Wettbewerbsregeln. Das EG-Recht befleißigt sich insoweit, schon weil der „Staatssektor“ in der Wirtschaft von Land zu Land recht unterschiedlich ausgeprägt ist, eines betont „funktionalen“ oder auch „trägerneutralen“, d. h. an die binnenmarktrelevante „wirtschaftliche“ Betätigung als solche und nicht an konkrete Rechts- und Organisationsformen anknüpfenden Ansatzes.⁷⁵

An dieser Stelle ist freilich darauf aufmerksam zu machen, dass wirtschaftliche Betätigungen der **öffentlichen Hand** bzw. „öffentlicher Auftraggeber“ nicht nur den Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts sondern **weiteren** Anforderungen des EU-Rechts, nämlich insbesondere denen des Vergaberechts unterliegen, woraus oftmals die Pflicht zur bürokratisch aufwändigen Ausschreibung von Beschaffungsaufträgen folgt.

„Unternehmen“ i. S. d. Art. 81 ff. EG können schließlich auch Einrichtungen sein, die rechtlich unselbstständiger Teil der Kommune sind und keine Rechtspersönlichkeit haben, wie z. B. der kommunale Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung oder der Regiebetrieb. Sofern diese oder eine ausschließlich kommunale Gesellschaft indes allein den Eigenbedarf der Kommune decken, fehlt es am Marktbezug der Tätigkeit mit der Folge, dass ein Unternehmen im hier maßgeblichen Sinne nicht vorliegt.⁷⁶ Außerhalb des europäischen Unternehmensbegriffs sollen schließlich auch solche Einrichtungen stehen, welchen, wie z. B. rein soziale Einrichtungen, kein Marktbezug zukommt.⁷⁷ Ob derartige Tätigkeiten Marktbezug besitzen oder nicht, ist allerdings im Einzelfall äußerst schwer zu ermitteln. Weil hierzu nach wie vor keine klaren Abgrenzungskriterien existieren⁷⁸, ergeben sich abermals nicht unerhebliche Rechtsunsicherheiten namentlich in den traditionell kommunalen Aktionsbereichen Bildung, Kultur und soziale Leistungserbringung (s. näher noch unten 4.3.3.1 und 5.1.1).

4.2 „Spezialregime“ und allgemeine Markt- und Wettbewerbsregeln

Wie schon in Teil A anklang, wendet sich die europäische Binnenmarktgesetzgebung seit Beginn der 1990er Jahre auch und zunehmend bislang vom Markt abgeschotteten bzw. von öffentlichen und/oder privaten Monopolunternehmen dominierten Tätigkeitsfeldern zu. Sukzessive wurden damit in den vergangenen Jahren beachtliche und für jeden Verbraucher erfahrbare Liberalisierungsschritte erreicht.

Sekundärrechtlich näher ausdifferenziert sieht sich dieses Programm seit Ende der 1980er Jahre durch ein inzwischen ansehnliches Konvolut an **sektorbezogenen** Verordnungen und Richtlinien zur (schrittweisen) „Liberalisierung“ insbesondere im Bereich der **netzgebundenen** Infrastrukturwirtschaft (Post und Telekommunikation, Eisenbahnen). Die deutschen Kommunen sind, auch dies klang schon an, insofern vor allem durch die Marktöffnung in der leitungsgebundenen Strom- und Gasversorgung und daneben auch durch die sekundärrechtlichen Vorgaben zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) betroffen.

Soweit für sonstige Dienste der Daseinsvorsorge (noch) keine EU-weit anwendbaren „Spezialregime“ existieren, unterliegen sie dem beschriebenen „funktionalen Ansatz“ nach jedoch der Anwendbarkeit der **allgemein** geltenden Vorgaben des Unionsrechts. Dies trifft, wie zuvor erarbeitet (s. oben 3.4), namentlich auf die in dieser Studie näher in den Blick genommene Abfallentsorgung, die Abwasserbeseitigung und auch auf das Krankenhauswesens auf der kommunalen Ebene zu. Primärrechtlich sind insofern insbesondere die vor allem die **EU-Staaten** verpflichtenden **Grundfreiheiten** im Binnenmarkt zu beachten, nach Art. 14 i. V. m. Art. 28 ff. EG mithin die Gewährleistungen zum freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen sowie von Kapital über die Binnengrenzen der Union. Der „supranationale“ EG-Vertrag enthält in seinen Art. 81 ff. darüber hinaus allgemeine „Wettbewerbsregeln“, die unmittelbare Geltung gegenüber den Marktakteuren beanspruchen (namentlich das sog. Kartellverbot in Art. 81 EG und das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 82 EG). Mit zu diesen „Wettbewerbsregeln“ gehört ferner

⁷³ Vgl. nur Jung, in: Calliess/Ruffert, EGV, Art. 86, Rn. 3 ff.

⁷⁴ Eingehend etwa Ruffert, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa, 2002, S. 10 ff.

⁷⁵ Instruktiv hierzu bereits van Miert, Öffentliche Unternehmen Mit EU-Recht vereinbar und zeitgerecht? ZögU 2004, S. 312 ff.

⁷⁶ S. zutr. „Handreichung zum Monti-Paket“ der Ad-hoc-Arbeitsgruppe des Unterausschusses Wirtschaft und Finanzen der Innenministerkonferenz v. 23.6.2006, Ziff. 3.3.2.

⁷⁷ S. nur v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand: 38. EL 2009), Art. 87, Rn. 43; allg. zum Unternehmensbegriff der Art. 81 ff. EG Aicher/Schuhmacher u. a., ebd., Art. 81, Rn. 51 ff.

⁷⁸ Siehe Kommissionsmitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Sozialdienstleistungen“ v. 20.11.2007, KOM (2007) 725 endg.

das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen i. S. d. Art. 87 ff. EG, anhand dessen die mit seiner Überwachung exklusiv befasste EU-Kommission seit geraumer Zeit insbesondere auch finanzielle Erleichterungen für Leistungen der Daseinsvorsorge (anfänglich etwa im Bereich des deutschen Sparkassenwesens) eingehender überprüft.⁷⁹ Im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht finden sich sodann Regelwerke, die anders als die vorerwähnten sekundärrechtlichen „Spezialregime“ **sektorübergreifend** gelten. Hierzu zählen namentlich die EG-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die in Deutschland vor allem in den §§ 97 ff. GWB bzw. in der Vergabeordnung (VgV) umgesetzt wurden.

4.3 Mögliche Ausnahmen für „Dienste von allgemeinem Interesse“

Der fortschreitende Ausgriff des (Binnen-) Marktprinzips auf Leistungen der Daseinsvorsorge führt allerdings zu erheblichen Spannungen: Ursächlich dafür ist einerseits die in den EU-Staaten mehr oder weniger nachhaltig ausgeprägte Konzeption von Daseinsvorsorge als originär staatlicher bzw. kommunaler und deshalb mit dem Wettbewerbsgedanken (wie schon im nationalen Recht) nur schwer oder gar nicht vereinbarer „Verwaltungs“-tätigkeit. Vor allem aber ist die flächendeckende, kostengünstige und qualitativ angemessene Versorgung der Allgemeinheit – etwa mit Strom „bis zur letzten Lampe“, ferner mit Briefkästen, Telefonzellen, Linienbusdiensten und Geldautomaten bis „ins letzte Dorf“ – kostendeckend oftmals nur durch Gewährung von Monopol- oder anderen Sonderrechten (z. B. Gewährung von Finanzausschüssen oder „Quersubventionen“ zwischen lukrativen und defizitären Geschäftssparten⁸⁰) zu realisieren.⁸¹ Zur Legitimation von Wettbewerbsdurchbrechungen zugunsten öffentlicher oder mit Sonderrechten ausgestatteter Unternehmen werden zudem die von diesen Einrichtungen neben dem eigentlichen Versorgungszweck verfolgten Sekundärzwecken, namentlich sozialpolitische (z. B.: Unterstützung von Familien, Rentnern und Arbeitslosen) sowie arbeitsmarkt- oder umweltpolitische Ziele, ins Feld geführt.

4.3.1 Rechtspolitische Debatten und Reaktionen

Über mögliche und einvernehmliche Auflösungen dieser Spannungslagen sind in den vergangenen ca. 15 Jahren – ausgehend von der französischen Sorge um das Schicksal der in Frankreich verbreiteten **Services publics**, erst später auch unter maßgeblicher Beteiligung der deutschen Länder und Kommunen – intensive rechtspolitische wie rechtswissenschaftliche Debatten geführt worden. In ihrer Folge zeichnen sich inzwischen durchaus beachtliche Sensibilisierungen der europäischen Legislative wie Exekutive ab. Ihrem lange geführten „Dornröschenschlaf“ entrückt wurde vor allem die **zentrale Ausnahmenorm** des Primärrechts in Art. 86 Abs. 2 EG (bis zum Vertrag von Amsterdam: Art. 90 Abs. 2 EGV). Sie ordnet die Durchbrechung des Markt- und Wettbewerbsprinzips für solche Unternehmen an, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“, soweit die Anwendung der Vertragsregeln „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Mit den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ ist zugleich der auf europäischer Ebene allein maßgebliche Rechtsbegriff benannt, der hier denn auch an die Stelle nationaler Konzepte wie „öffentliche Daseinsvorsorge“, „Service public“, „Public service/utility“ u. ä., sowie damit einhergehender, oftmals stark divergierender Rechtsüberzeugungen in den Mitgliedstaaten tritt.

Infolge wiederum in Frankreich initiiert massiver und nachfolgend vor allem vom Europäischen Parlament⁸², aber auch den deutschen Ländern (Bundesrat) unterstützter Vorstöße zu breiteren Ausnahmezonen für **Services publics** bzw. Leistungen der Daseinsvorsorge kam es im Zuge der „Amsterdamer“ Vertragsrevision zur Aufnahme von Art. 16 (ursprünglich Art. 7 d) innerhalb der „Grundsätze“ des EG-Vertrages. Diese Norm betont den „Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen“. Sie verpflichtet sodann „die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten“ dazu, „im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“ dafür zu sorgen, „dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Als Anzeichen für eine gewisse Karriere von Interessen der Daseinsvorsorge ist ferner zu werten, dass sich die Union in Art. 36 der EU-Grundrechtecharta zur „Anerkennung und Achtung des Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ verpflichtete, „um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“.⁸³

⁷⁹ Eingehend dazu zuletzt etwa Czerny, Die beihilfenrechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, 2009.

⁸⁰ Verbreitet vor allem im Rahmen des „kommunalen Querverbundes“ örtlicher Versorgungsunternehmen („Stadtwerke“), die bislang mit Renditen aus der (monopolisierten) Energieversorgung Defizite v. a. im Bereich des Nahverkehrs, aber auch anderer kommunaler Dienste (Schwimmbäder, Museen, Grünanlagen) ausgleichen.

⁸¹ Deutlich etwa auch EuGH, Rs. C-83/01 P Chronopost, Slg. 2003, I-6993, Rn. 33 f.

⁸² Vgl. Europ. Parlament, Entschließung zur Rolle des öffentlichen Sektors bei der Vollendung des Binnenmarktes, ABl. 1996 Nr. C 96/77; Europ. Parlament, Entschließung zu dem allgemeinen Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge, ABl. 1997 Nr. C 33/66; siehe auch Löwenberg, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 262 ff.

⁸³ Dazu eingehend Pielow, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur EU-Grundrechtecharta, 2007, Kommentierung zu § 36.

Ob und inwieweit diese Anreicherungen des Primärrechts lediglich „kosmetischer“ Natur sind, oder von ihnen konkrete Rechts- resp. Bestandswirkungen zugunsten nationaler Sonderregelungen zur Daseinsvorsorge ausgehen, ist seitdem umstritten.⁸⁴ Zweifel bestehen insofern, als insbesondere Art. 16 EG mit den darin formulierten Vorbehalten („unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87“; Förderung durch die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten „im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“; „im Anwendungsbereich dieses Vertrages“)⁸⁵ und unbestimmten Rechtsbegriffen („Stellenwert“; „Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste“) alle Attribute eines politischen Formelkompromisses aufweist. Art. 36 EU-Grundrechtecharta ist als „soziales“ und somit gleichfalls vor allem programmatisch wirkendes Grundrecht konzipiert. Immerhin wird man angesichts der neuen Vorschriften von einer prononcierten positiven Schutz-, vielleicht auch „Optimierungspflicht“ bzw. Abwägungsdirektive für die Union und auch die Mitgliedstaaten zu Gunsten der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sprechen können. Diese werden – Ausdruck eines sich konsolidierenden „sozialen Gewissens Europas“ – als zentrale Komponente des „europäischen Gesellschaftsmodells“ bzw. der „sozialen und territorialen Kohäsion“ in der Union anerkannt. Das im EG-Vertrag allgemein und in Art. 86 Abs. 2 EG im Besonderen angelegte **Regel-Ausnahme-Verhältnis** zwischen Wettbewerb und Wettbewerbsausnahme ist dadurch indes weder aufgehoben noch gar umgekehrt.

4.3.2 Position der Europäischen Kommission

Die **Europäische Kommission** bezog ihrerseits verschiedentlich Stellung⁸⁶ und initiierte mit dem „Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ vom 21. Mai 2003⁸⁷ eine breit angelegte öffentliche Diskussion.⁸⁸ Daraus entwickelte sie im „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ vom 12. Mai 2004⁸⁹ vorläufige und maßgeblich an der Judikatur des EuGH ausgerichtete Schlussfolgerungen zur Auflösung der oben beschriebenen Spannungslagen und im Interesse eines hohen Qualitäts-, Versorgungssicherheits- und Verbraucherschutzniveaus. Mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EG unterstreicht sie die tragende Rolle der regionalen und lokalen Behörden auf dem Gebiet der Dienste von allgemeinem Interesse und wies ausdrücklich darauf hin, dass die Erbringung dieser Dienstleistungen mit der Privatwirtschaft organisiert oder aber auf private bzw. öffentliche Unternehmen übertragen werden kann. Außerdem müssten die zuständigen öffentlichen Stellen, freilich im Rahmen eines wettbewerbsfähigen Binnenmarktes, gewährleisten können, dass die ausgemachten Ziele öffentlicher Politik effektiv verwirklicht und demokratische Entscheidungsmöglichkeiten gewahrt werden – namentlich in Bezug auf das Qualitäts- und Kostenniveau der betreffenden Dienstleistungen.

Zuletzt hat sich die Kommission vor dem Hintergrund des **Vertrags von Lissabon** eingehend mit der Thematik befasst und sich in ihrer Mitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen“ vom 20. November 2007⁹⁰ für einen „pragmatischen“ Ansatz ausgesprochen sowie erneut die, aus ihrer Sicht freilich kaum zu leistende Unterscheidung zwischen Dienstleistungen von allgemeinem „wirtschaftlichem“ und „nichtwirtschaftlichem Interesse“ betont. Weitmöglich Rechnung getragen werden soll der Verteilung der Zuständigkeiten im europäischen Mehrebenensystem wie auch der Verschiedenartigkeit und den Besonderheiten der einzelnen Dienste in den Mitgliedstaaten. Sektorspezifische „Rahmen“-regelungen seien nur dann angezeigt, sofern sie für Europa „eindeutig einen zusätzlichen Nutzen“ darstellen. Im Übrigen plädiert die Kommission für kontinuierliche Evaluierungen vor dem Hintergrund neuer wirtschaftlicher, technologischer und sozialer Entwicklungen – wie auch für die Fortsetzung eines breit angelegten Konsultationsprozesses. Als Begleitdokumente zur Mitteilung von 2007 existieren Arbeitspapiere der Kommissionsdienststellen zu häufig gestellten Fragen (FAQ) bei der Anwendung namentlich von Art. 86 Abs. 2 EG auf finanzielle Vergünstigungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse⁹¹ wie auch der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen.⁹²

⁸⁴ S. dazu zuletzt etwa von Danwitz, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 103 (118 ff.).

⁸⁵ Gemäß der „13. Erklärung“ zum Vertrag von Amsterdam ist die Bestimmung zudem „unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, u. a. in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit“ der betreffenden Dienste umzusetzen.

⁸⁶ Vgl. die Mitteilungen der Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ in ABl. Nr. C 281/3 v. 26.9.1996 und vom 20.9.2000 (ABl. Nr. C 17/4) dazu Ennuschat, RdE 2001, S. 46 ff. sowie den Bericht der Kommission für den Europäischen Rat von Laeken v. 17.10.2001 (KOM 598 endg.); s. a. die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Nizza v. 8.12.2000 (Nr. 400/1/00), Tz. 45 mit Anhang II („Erklärung zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten“).

⁸⁷ KOM (2003) 270 endg.; dazu Ruge, ZRP 2003, S. 353.

⁸⁸ S. „Bericht über die öffentliche Konsultation zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ v. 29.3.2004 (SEK [2004] 326).

⁸⁹ KOM (2004) 374 endg., dazu etwa Deuster, EuZW 2004, S. 526 ff.

⁹⁰ KOM (2007) 725 endg.

⁹¹ SEK (2007) 516 endg.

⁹² SEK (2007) 1514.

4.3.3 Systematik möglicher Ausnahmen

Als Ergebnis der vorstehenden Diskussionen und rechtsnormativen Reaktionen wird eine Systematik möglicher Ausnahmezonen für Dienste von allgemeinem Interesse sichtbar, die wie folgt zu beschreiben ist:

4.3.3.1 Tatbestandsbezogene Ausnahmen

Bei Anwendung insbesondere der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln in Art. 81 ff. EG ist zunächst zu fragen, ob und inwieweit mit Daseinsvorsorge-Diensten befasste Unternehmen überhaupt in den Anwendungsbereich der betreffenden Verbotsnormen fallen. Wenn unter dem einheitlich „funktional“ verstandenen Begriff des „Unternehmens“ in den Art. 81 ff. EG nur „**wirtschaftliche**“ bzw. „**marktbezogene**“ **Verhaltensweisen** subsumiert werden,⁹³ sind die Dienste der Daseinsvorsorge resp. „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, von der Kommission als „marktbezogene **oder nichtmarktbezogene**“, mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpfte Dienstleistungen definiert, von vornherein nur partiell erfasst. Als „nicht marktbezogen“ oder „nichtwirtschaftlich“ sicher auszugrenzen ist namentlich die Ausübung klassischer Hoheitsgewalt resp. staatlicher Zwangsbefugnisse etwa in den Bereichen der äußeren und inneren Sicherheit, der Justiz und der auswärtigen Beziehungen. Breitere Ausnahmezonen zeichnen sich zudem auf **sozialem** (Gesundheitswesen!), **kulturellem** (Bildung!) und **karitativem** Gebiet ab, ohne dass insoweit einheitliche Differenzierungskriterien angeboten werden. Problematisch ist vor allem, wenn zur Unterscheidung auf die „fehlende Gewinnabsicht“ abgehoben wird. Dieses Kriterium ist nach gefestigter Rechtsprechung weder für die Anwendbarkeit der Art. 81 ff. EG noch im Rahmen z. B. der Dienstleistungsfreiheit von Belang, so dass durchaus nur auf Kostendeckung angelegte oder auch gemeinnützige, aber regelmäßig entgeltliche Aktivitäten „Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschriften bilden können. Für die Freistellung der genannten Bereiche vom Wettbewerbsprinzip wird man daher nach anderen Abgrenzungsmerkmalen zu suchen und beispielsweise auf die Organisation als „Solidargemeinschaft“ abzustellen haben, derentwegen der Gerichtshof etwa die Anwendung von Art. 81 EG auf eine staatliche Unfallversicherungsanstalt verneint hat. Im Übrigen unterliegen auch soziale und kulturelle Dienstleistungen dem technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel, so dass einmal als „nichtwirtschaftlich“ erkannte Dienstleistungen diese Eigenschaft nicht immer behalten müssen. Am Ende ist der Kommission zwar darin beizupflichten, dass ein endgültiges **a-priori-Verzeichnis** sämtlicher Dienstleistungen, die als „nichtwirtschaftlich“ anzusehen sind, nicht möglich ist.⁹⁴ An einer zentralen Schnittstelle des Gemeinschaftsrechts verbleiben damit aber freilich erhebliche Rechtsunsicherheiten.⁹⁵

Hinsichtlich der von den Art. 81, 82 und 87 EG des Weiteren geforderten, tatsächlichen oder potenziellen Auswirkung der in Frage stehenden Verhaltensweisen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, der sog. „**Binnenmarktrelevanz**“, haben namentlich die deutschen Kommunen und Bundesländer wiederholt vorgebracht, dass auf lokale oder regionale Märkte beschränkte Dienste der Daseinsvorsorge nicht zu derartigen Beeinträchtigungen führen könnten.⁹⁶ Indes hat man sich zu vergegenwärtigen, dass es EU-ausländischen Dienstleistungsunternehmen inzwischen ohne Weiteres möglich ist, mit kommunalen oder regionalen Daseinsvorsorge-Diensten auch in entlegeneren Winkeln eines jeden Mitgliedstaates in Konkurrenz zu treten, falls sie dies nicht schon tun; die erforderliche Binnenmarktrelevanz dürfte deshalb regelmäßig zu bejahen sein. Ausdrücklich hat dies der Europäische Gerichtshof für den Bereich des (deutschen) Öffentlichen Personennahverkehrs unterstrichen, indem er feststellte, dass öffentliche Zuschüsse für Verkehrsdienste die Chance der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen verringern, ihre Verkehrsdienste auf den betreffenden Märkten zu erbringen.⁹⁷ Die Anwendung der Wettbewerbsregeln hänge deshalb nicht vom örtlichen oder regionalen Charakter des erbrachten Verkehrsdienstes oder der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebietes ab.

Mit dem Hinweis auf öffentliche Zuschüsse für Dienstleistungen des „ÖPNV“ ist schließlich auf wichtige tatbestandsbezogene Ausnahmezonen im Bereich des Beihilfeverbots nach Art. 87 Abs. 1 EG verwiesen. In der Entscheidung in Sachen **Altmark Trans GmbH** wick der Gerichtshof von der bis dahin und aus Gründen der praktischen Wirksamkeit dieser Norm (**effet utile**) betont weiten Auslegung des **Begriffs „Beihilfe“** ab und hält eine solche nicht mehr für gegeben, „soweit sie [lediglich] die **Gegenleistung** für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen [= Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interes-

⁹³ S. aus der Rspr. frühzeitig EuGH, Rs. C-41/90 Höfner u. Elser, Slg. 1991, 1979, Rn. 21: wirtschaftlich ist „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“; ferner: EuGH, Rs. C-320/91 Corbeau, Slg. 1993, 2533, Rn. 8.

⁹⁴ Vgl. Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg., Tz. 45.

⁹⁵ S. speziell für „soziale“ Dienstleistungen auch Pielow, in: Fs. f. F. E. Schnapp, 2008, S. 491 ff.; eingehend etwa auch Eilmannsberg/Herzig, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 2008.

⁹⁶ Vgl. etwa Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 992/01, Tz. 3.

⁹⁷ EuGH, Rs. 280/00 Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 78.

se] erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit **keinen finanziellen Vorteil** erhalten (...).⁹⁸ Darauf wie auf die besonderen Voraussetzungen, unter denen von einer bloßen „Gegenleistung“ auszugehen ist, wird unten (5.1.4) näher einzugehen sein.

4.3.3.2 Legalausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG

Scheidet eine Befreiung vom Wettbewerbsprinzip schon auf der **Tatbestandsebene** der (primär-) rechtlichen Bestimmungen aus, ist auf die Zentralnorm für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 86 Abs. 2 EG zurückzugreifen. Wie schon angedeutet, ist mit zunehmender Sensibilisierung gegenüber den Belangen der Daseinsvorsorge der Anwendungsbereich dieser Norm sukzessive und in einer den Normtext fast schon strapazierenden Weise ausgedehnt worden – ohne dass damit freilich alle Rechtsunsicherheiten ein für allemal beigelegt wären.

Kurz gefasst, lässt sich der von der Kommission mit den Attributen **Neutralität, Gestaltungsfreiheit** und **Verhältnismäßigkeit** belegte Regelungsinhalt des Art. 86 Abs. 2 EG nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung wie folgt umreißen:

Die nähere Bestimmung der das Zielobjekt der Vorschrift bildenden „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ ist zunächst und recht weit gehend der Beurteilung („Einschätzungsprärogative“) durch die Mitgliedstaaten überantwortet, obwohl es sich insoweit doch um einen „autonomen“ Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt. Hier schlägt jedoch die Auslegungsdirektive in Art. 16 EG mit dem Hinweis auf die „jeweiligen Befugnisse“ von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten durch. Entsprechende Einschätzungen durch die nationalen Gesetzgeber, Behörden und Gerichte werden von den EU-Gerichten allenfalls auf „offenkundige“ Bewertungsfehler überprüft. Im Kern geht es jedenfalls, wiederum unabhängig von der „öffentlichen“ oder „privaten“ Konzeption des Unternehmens, um „wirtschaftliche Tätigkeiten, die mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen“, also insbesondere Anschluss- und Versorgungs- sowie sonstigen „Universaldienst“-Verpflichtungen verbunden werden.

Die ferner erforderliche „**Betrauerung**“ eines oder mehrerer Unternehmen(s) verlangt, wie im „**Altmark**“-Urteil unterstrichen wird, einen hinreichend „klar definierten“ Versorgungsauftrag. Gefordert wird freilich nicht mehr ein Hoheitsakt (z. B. Gesetz, behördliche Genehmigung), so dass die Betrauerung inzwischen etwa auch aus vertraglichen Vereinbarungen abgeleitet werden kann.

Relativiert sieht sich sodann die von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG eigentlich geforderte „**Ver**“-**hinderung der Aufgabenerfüllung**, käme es zur Anwendung der Vertragsvorschriften: Nach nun schon ständiger Rechtsprechung muss nicht „das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht“ sein. Vielmehr genügt es, „dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben **gefährdet** wäre“ bzw. diese Aufgaben nicht mehr „zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen“ zu erledigen sind. Als Korrektiv wirkt hier immerhin das „**Nettomehrkostenprinzip**“, wonach der Wert des gewährten Vorteils keinesfalls die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse notwendig verbundenen Mehrkosten überschreiten darf. Hiervon will die Kommission andererseits dann ausgehen, wenn die betreffende Dienstleistung im Zuge einer fairen, transparenten und nicht diskriminierenden sowie EU-weiten öffentlichen Ausschreibung vergeben wurde.

Die „**Schranken-Schranke**“ in Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG verlangt schließlich nach einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit der an und für sich möglichen Ausnahme von den Vertragsvorschriften unter **Abwägung mit dem Gemeinschaftsinteresse** am ungehinderten Handelsverkehr im Binnenmarkt. Sicherzustellen ist, dass Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten „nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinausgehen“. Dabei soll es Aufgabe insbesondere der Kommission sein, unter hinreichender Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls substantiiert darzulegen, dass die Erbringung der jeweiligen Gemeinwohlaufgabe auch in einer das Binnenmarktprinzip weniger beeinträchtigenden Weise erfolgen kann. Zwecks Konkretisierung derartiger Alternativmodelle kann sie sich namentlich ihrer (Sekundär-) Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 86 Abs. 3 EG bedienen. Die Einschätzung durch die Kommission ist sodann und angesichts damit einhergehender diffiziler wirtschaftlicher Betrachtungen gerichtlich wiederum nur auf „**offensichtliche Beurteilungsfehler**“ zu überprüfen.

⁹⁸ Vgl. EuGH, Rs. 280/00 Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87 Hervorh. nicht im Orig; s. ferner: EuGH, EuGH, Rs. C-83/01 P Chronopost, Slg. 2003, I-6993; später auch EuGH, Rs. C-34/01 Enirisorse/Ministero delle Finanze, Slg. 2003, I-4243.

4.3.3.3 Sekundärrechtliche Befreiungen

Ausnahmeregelungen kommen zunächst auf der **Tatbestandsebene** der Marktfreiheiten und der Wettbewerbsvorschriften sowie als **sektorübergreifende** Maßnahmen in Betracht. Entsprechende Ermächtigungen existieren, über die Exklusivkompetenz der Kommission in Art. 86 Abs. 3 EG hinaus, in den Art. 45, 46 Abs. 2, eventuell i. V. m. Art. 55 EG – bezüglich der Grundfreiheiten – oder aber in Art. 81 Abs. 3, 83 (insb. Abs. 2 lit. c) und Art. 87 Abs. 3 EG (evtl. i. V. m. Art. 89 EG) bezüglich der Wettbewerbs- und Beihilfenvorschriften. Insbesondere die Art. 87 Abs. 3 und 89 EG enthalten durchaus offene und flexibel handhabbare Instrumentarien, die das Beihilfeverbot fast schon zu einem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ geraten lassen. Theoretisch wie praktisch bedeutsame Beispiele für sektorübergreifende Ausnahmeregelungen finden sich sodann in der („Bolkestein“-) **Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt**; von der Anwendung dieses, nach wie vor lebhaft umstrittenen Regelwerks bzw. des darin ansatzweise verfolgten „Herkunftslandprinzips“ ausgenommen sind Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse speziell in den Bereichen der Kommunikations-, Energie- und Wasserversorgung. Eine tendenziell wohlwollendere Beurteilung zeichnet sich darüber hinaus für die Unterstützung der von Diensten der Daseinsvorsorge zugleich verfolgten „horizontalen“ Zwecke ab. Darunter fallen vor allem sektorübergreifend gewährte Beihilfen für Zwecke von Forschung und Entwicklung, des Umweltschutzes, der Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen, der Schaffung von Arbeitsplätzen sowie der Regional- und Ausbildungsförderung.

Durchbrechungen des Wettbewerbsprinzips finden sich sodann immer häufiger auch im **sektorbezogenen Sekundärrecht**. Beispielhaft genannt sei etwa die Regelung in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt. Danach können die Mitgliedstaaten

„den Elektrizitätsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz, beziehen können.“

Freilich stehen derartige Verpflichtungen und namentlich damit verbundene Sonderrechte unter dem Vorbehalt „uningeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Artikels 86“; sie müssen ferner „klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen.“

4.4 Zwischenfazit

In dem Maße, in dem die europäische Liberalisierungspolitik auf vormals in den meisten Mitgliedstaaten vom Wettbewerb ausgenommene Bereiche der öffentlichen Versorgung ausgriff, ist es auf der Ebene des EU-Rechts und in Bezug auf die dort anstelle nationaler Konzepte wie „Daseinsvorsorge“ oder „Service public“ verwandte Kategorie der „Dienste von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse zu grundlegenden Auseinandersetzungen über mögliche Ausnahmen dieser Dienste vom Binnenmarktprinzip des EG-Vertrages gekommen. In deren Folge kann durchaus von beachtlichen Sensibilisierungen zu Gunsten der spezifischen (Gemeinwohl-) Belange dieser Dienste einerseits auf der Ebene des EU-Primärrechts (Art. 16 EG, Art. 36 Grundrechtecharta) wie auch in der Rechtsprechung der EU-Gerichte und seitens der Europäischen Kommission gesprochen werden. Einiges weist indes darauf hin, dass derartige Flankierungen bislang nur auf der „Makroebene“ verharren, wenn nicht schlicht als „Schönwetterpolitik“ anzusehen sind. Wendet man sich – aus der Mikro-Perspektive – Detailfragen zu, werden Brüche und fortbestehende Rechtsunsicherheiten sichtbar. Diese klangen vorstehend schon an – Stichworte v. a.: Abgrenzung nichtwirtschaftlicher/marktbezogener Tätigkeiten, Betrauung, Verhältnis Beihilfe-/Vergaberecht, Berechnung der „Nettomehrkosten“ – und sollen nachfolgend vertiefend analysiert werden.

5 Anforderungen an die kommunale Daseinsvorsorge in den Beispielsektoren: insbesondere Beihilfe- und Vergaberecht

Nach der Beschreibung des allgemeinen (Regel-Ausnahme-) Schemas für die Berücksichtigung von Interessen der Daseinsvorsorge sind nunmehr die Anforderungen in den Blick zu nehmen, die sich speziell aus den praktisch besonders bedeutsamen EG-Beihilfe- und Vergaberechtsregeln für kommunale Dienstleistungen in den Bereichen Abfallwirtschaft, Abwasserbeseitigung und Krankenhauswesen ergeben – und sollen diesbezüglich fortbestehende Rechtsunsicherheiten aufgezeigt werden.

5.1 Anforderungen des Verbots staatlicher Beihilfen (Art. 87 ff. EG)

5.1.1 Noch einmal: (Binnen-) Marktrelevanz bzw. „marktbezogene“ Dienstleistungen

Etwas genauer sei zunächst noch einmal auf die Grundvoraussetzungen der Anwendung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften eingegangen. Von vornherein außerhalb des EG-Rechts bewegen sich Dienstleistungen, die entweder nicht über die geforderte **Binnenmarkt-Relevanz** verfügen **oder** die von vornherein als nicht marktbezogene und damit „nichtwirtschaftliche“ Dienstleistungen erscheinen.⁹⁹ Beide Voraussetzungen überschneiden sich insofern, als eine von vornherein nicht marktkonforme Aufgabe auch keinen Binnenmarktbezug aufweisen kann.

Die für die Anwendung des EG-Rechts – und etwa auch im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG¹⁰⁰ – allein maßgebliche Dienstleistung von allgemeinem **wirtschaftlichem** Interesse zeichnet sich durch ihren **Marktbezug** aus, weil ansonsten die Qualität als „Unternehmen“ i. S. d. Art. 81 ff. EG zu verneinen ist.¹⁰¹ Wie schon gesagt, gerät allerdings die Bestimmung, wann eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich anzusehen ist, im Einzelfall recht schwierig. Das gilt insbesondere für den Bereich sozialer, karitativer oder kultureller Dienstleistungen. Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lassen sich hierzu nur schwerlich einheitliche Abgrenzungskriterien entnehmen, wobei solche allerdings durchaus anklingen. Abgestellt wurde wiederholt auf eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht sowie die Verfolgung eines sozialen Zwecks.¹⁰² Auf dem Gebiet der Sozialversicherungen betonte der Gerichtshof stets, dass von der Nichtwirtschaftlichkeit der Dienstleistung dann ausgegangen werden kann, wenn alle Leistungsberechtigten Anspruch auf die gleiche Leistung haben, aber aus Gründen der Solidarität zur Zahlung der Höhe nach unterschiedlicher Beiträge verpflichtet sind.¹⁰³ Ob dieser Grundsatz auf andere Bereiche übertragen werden kann, ist fraglich. Bemerkenswert ist, dass der EuGH niemals eine Tätigkeit als wirtschaftlich eingestuft hat, sofern diese Voraussetzung erfüllt war. Umgekehrt hat er die Tätigkeit aber stets als wirtschaftlich eingestuft, falls dies nicht der Fall war. Relativ unklar ist ferner, ob bei der völligen Unentgeltlichkeit einer Tätigkeit generell von deren Nichtwirtschaftlichkeit ausgegangen werden kann. Der EuGH sieht zwar die Höhe des Entgelts nicht als ausschlaggebendes Kriterium an¹⁰⁴, bejaht aber insbesondere in Urteilen zur unentgeltlichen Tätigkeit im Bildungsbereich deren Nichtwirtschaftlichkeit.¹⁰⁵ Auch die Kommission geht bei Beihilfeentscheidungen von dem Erfordernis der Entgeltlichkeit aus.¹⁰⁶ Darüber hinaus ist kein Fall bekannt, in welchem der EuGH eine unentgeltliche staatliche Tätigkeit als wirtschaftlich angesehen hat.

In ihrer letzten Mitteilung zu Diensten von allgemeinem Interesse geht die Kommission einer Weiterentwicklung der in der EuGH-Rechtsprechung bereits entwickelten Abgrenzungselemente aus dem Weg und verweist letztlich auf die notwendige Betrachtung des Einzelfalls. Sie führt aus:

„Oft haben die Dienstleistungen ihre ganz besonderen Merkmale, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, ja selbst von Gemeinde zu Gemeinde variieren können, und auch die Art ihrer Erbringung ist als Folge neuer wirtschaftlicher, sozialer und institutioneller Entwicklungen wie etwa Veränderungen im Verbraucherverhalten und in der Technik, Modernisierung der öffentlichen Verwaltungen oder Übertragung von Zuständigkeiten auf die lokale Ebene einem steten Wandel unterworfen.“¹⁰⁷

⁹⁹ S. noch einmal Kommissionsmitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Sozialdienstleistungen“ v. 20.11.2007 (KOM [2007] 725 endg.), S. 5.

¹⁰⁰ Ihr Art. 2 Abs. 2 enthält eine pauschale Ausnahme zugunsten „nichtwirtschaftlicher Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“.

¹⁰¹ Grundlegend zum Begriff des „Unternehmens“ wiederum EuGH, Rs. C-41/90 Höfner u. Elser, Slg. 1991, 1979, Rn. 21; s. ferner Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, vor Art. 81 ff., Rn. 21 ff. m. w. N. zur Rspr.

¹⁰² S. im Einzelnen EuGH, Rs. C-159/91 Poucet Pistre, Slg. 1993, I-637; EuGH, Rs. C-180-184/98 Pavel Pavlov, Slg. 2000, I-6451; EuGH, Rs. C-218/00 Cital/INAIL, Slg. 2002, I-691; EuGH, Rs. C-264/01 u. a. AOK, Slg. 2004, I-2493.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'assurance, Slg. 1995, I-4013; EuGH, Rs. C-67/96 Albany, Slg. 1999, I-5863.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-180-184/98 Pavel Pavlov, Slg. 2000, I-6451, Rn. 110; EuGH, Rs. C-218/00 Cital/INAIL, Slg. 2002, I-691, Rn. 43.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-263/86 Humbel und Edel; EuGH, Rs. C-109/92 Wirth, Slg. 1993, I-6447.

¹⁰⁶ S. z. B. Entscheidung Nr. N54/2006, ABl. EU Nr. C 187/1.

¹⁰⁷ KOM (2007) 725 endg., S. 11.

Das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zu häufig gestellten Fragen (FAQ) über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG auf Beihilfen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse arbeitet demnach nur mit (nicht abschließenden) Fallbeispielen aus der jüngeren EuGH-Rechtsprechung.¹⁰⁸ Danach erscheinen als **wirtschaftliche** Dienstleistungen etwa, und teilweise wiederum recht schillernd,

- Tätigkeiten der öffentlichen Arbeitsvermittlung,
- fakultative Kranken- und Unfallversicherungen, sofern sie (ausschließlich) auf den Leistungen der Versicherten basieren (selbst wenn sie von gemeinnützigen Organisationen geführt werden),
- Rettungs- und Patiententransporte¹⁰⁹,
- Management von Transport,
- medizinische Dienstleistungen,
- finanzielle Unterstützungen (z. B. Hypothekenfonds) für kommunale oder gemeinnützige Organisationen im Rahmen der sozialen Wohnungswirtschaft sowie
- die Bereitstellung von Infrastruktur in räumlicher Nähe zu öffentlichen oder sozialen Einrichtungen wie Erholungszentren, Parks, Schulen, Büros etc.

Als **nichtwirtschaftliche** Dienstleistungen werden Tätigkeiten, die auf staatlichen Vorrechten beruhen und vom Staat selbst oder mit entsprechenden Exklusivrechten ausgestatteten sonstigen Stellen ausgeübt werden, und solche „von ausschließlich sozialer Natur“ unterschieden. Zur ersten Gruppe folgen neben den oben schon genannten klassischen Hoheitstätigkeiten (Polizei-, Militärwesen, Zoll) u. a. die Fallbeispiele

- Flug- und Seeverkehrskontrolle,
- Überwachung der Meeresverschmutzung,
- Normierungsaktivitäten und damit verbundene Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten,
- Finanzierung und Überwachung der Eisenbahninfrastruktur.

Derartige Handreichungen bieten schon deshalb mehr Steine als Brot, weil Einzelentscheidungen (auch die des EuGH) stets von den Gesamtumständen des Einzelfalls abhängen – und es ist i. Ü. zu betonen, dass auf der Grenze liegende Entscheidungen an der Grenzlinie marktbezogen/nicht marktbezogen auch dortselbst, d. h. unter Richtern wie Generalanwälten, stets stark umstritten sind. Letztlich sollen gerade auch **Mischformen** möglich sein, indem ein und dieselbe Stelle sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt und somit nur ein Teil der Tätigkeiten den Wettbewerbsregeln unterliegt, sofern für diesen, entgeltlichen Teil eine „Konkurrenzsituation“ gegeben ist. Wiederum als (Einzelfall-) Beispiel aus der Rechtsprechung erscheinen

- die Verbindung polizeilicher mit kommerziellen Tätigkeiten z. B. im Fall von Flughafenbetreibern, oder
- die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke mit Finanzdienstleistungen oder Immobiliengeschäften (auch ohne Gewinnerzielungsabsicht).¹¹⁰

¹⁰⁸ KOM (2007) 725 endg. v. 20.11.2007, S. 8 ff.

¹⁰⁹ S. signifikant hierzu auch die jüngsten Schlussanträge der Generalwältin V. Trstenjak im Vertragsverletzungsverfahren C-160/08 gegen die Bundesrepublik Deutschland vom 11.2.2010: Dort geht es um die Vergaberechtpflicht von Rettungsdienstleistungen in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Die Generalwältin geht hier auf die mögliche Annahme „nichtwirtschaftlicher Dienstleistungen“ erst gar nicht ein, sondern prüft lediglich und breit, im Ergebnis verneinend, ob Ausnahmen nach Art. 45 EG („öffentlicher Dienst“) oder Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen. Im Übrigen wird auch die „Binnenmarktrelevanz“ der fraglichen Rettungsdienstleistungen ohne nähere Erörterung unterstellt.

¹¹⁰ Wie vor.

Bezüglich nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten von ausschließlich **sozialer** Natur kann an die obigen Ausführungen angeknüpft werden; das Arbeitspapier der Kommission nennt als Fallbeispiele seinerseits Tätigkeiten von Pflichtversicherungen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, sowie

„das Anbieten staatlicher Ausbildung, deren Kosten aufgrund einer generellen Regelung vom öffentlichen Haushalt getragen werden, womit einer Staatsaufgabe [?] für die Bevölkerung im sozialen, kulturellen und [?] pädagogischen Bereich nachgekommen wird“.¹¹¹

Diesbezüglich wird man etwa fragen müssen, ob zum Beispiel privat mitfinanzierte kommunale Volkshoch- und Musikschulen nun den Art. 81 ff. EG unterfallen oder nicht. Noch 2001 führte die Kommission aus:

„Generell werden nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs viele Tätigkeiten von Einrichtungen, die weitgehend soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht erfüllen und deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht, von den wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften der Gemeinschaft in der Regel nicht erfasst. Darunter fallen diverse nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen,“

wobei auch insoweit wieder auf den Einzelfall abzustellen und zu prüfen sei, ob die betreffende Einrichtung nicht ausnahmsweise doch und trotz Erfüllung eines Gemeinwohlauftrags wirtschaftliche Tätigkeiten aufnimmt. In diesem Fall seien die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften anzuwenden, freilich unter Berücksichtigung des besonderen sozialen und kulturellen Umfelds, in dem die betreffenden Tätigkeiten ausgeübt werden. Auch wollte die Kommission in solchen Fällen

„im Zusammenhang mit eher allgemeinen Überlegungen zum Gebrauch ihres Ermessensspielraums ebenso prüfen, ob sie aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag gegebenenfalls tätig werden muss, weil Interessen der Gemeinschaft berührt werden.“¹¹²

Inzwischen sind allerdings nach Einschätzung der Brüsseler Behörde gerade auch soziale Dienstleistungen tendenziell eher als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen:

„Die europäische Dimension der Sozialdienstleistungen basiert auch auf der Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Die ergibt sich aus Öffnungs- und Diversifizierungsprozessen, die von den Mitgliedstaaten selbst eingeleitet wurden und die dazu führen, dass ein zunehmender Teil der Sozialdienstleistungen in der Europäischen Union, die bislang direkt von den Behörden verwaltet wurden, jetzt unter Gemeinschaftsvorschriften in den Bereich Binnenmarkt und Wettbewerb fallen“¹¹³.

Und:

„Die Anhörung zeigte auch, dass Sozialdienstleistungen ausnahmslos einen tiefgreifenden Reformprozess durchlaufen, um besser auf die neuen Herausforderungen wie veränderte Bedürfnisse der europäischen Bürger und Auswirkungen der Überalterung in Zeiten knapper werdender Mittel reagieren zu können. Am Ende dieses Prozesses stehen häufig einschneidende Veränderungen bei der Organisation, der Erbringung und der Finanzierung dieser Dienstleistungen: neue Betätigungsfelder tun sich auf, bislang direkt vom Staat erbrachte Dienstleistungen werden ausgelagert und es werden mehr Zuständigkeiten auf die lokale Ebene verlagert. Das führt insgesamt dazu, dass auf eine zunehmende Zahl der tagtäglich von sozialen Einrichtungen erbrachten Leistungen, soweit sie wirtschaftlicher Natur sind, das Gemeinschaftsrecht anwendbar ist“¹¹⁴.

¹¹¹ A. a. O., S. 11.

¹¹² S. Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl. EG Nr. C 17/4 v. 19.1.2001, Tz. 30.

¹¹³ Vgl. Mitteilung der Kommission „Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon. Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union“, KOM (2006) 177 endg., S. 6.

¹¹⁴ Vgl. KOM (2007) 725 endg., S. 9.

Bei allem ist sich die Kommission jedoch der bestehenden Abgrenzungsprobleme bewusst:

„Behörden und Akteure im Bereich der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse sehen die ständige Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs hinsichtlich des Begriffs der „Wirtschaftstätigkeit“ als Quelle der Unsicherheit. Auch wenn Rechtsprechung und Rechtsetzung der Gemeinschaft sich bemühen, Unsicherheiten zu verringern und die Auswirkungen klarer zu machen, können sie das Problem nicht völlig aus der Welt schaffen“.¹¹⁵

Zweckdienlich ist die Einrichtung des interaktiven Online-Dienstes, den die Kommission zur Klärung von Fragen zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Anfang 2008 eingerichtet hat.¹¹⁶ Allerdings wäre zu begrüßen, wenn die darin aufgeworfenen Rechtsfragen und dazu ergehende Klärungen der Kommission auch veröffentlicht würden. Vorerst verbleiben nicht unerhebliche Unsicherheiten bei der Handhabung des Begriffs der nichtwirtschaftlichen Dienstleistung. Eine Fortschreibung des in neueren Verlautbarungen der Kommission erkennbaren Ansatzes, bei den meisten sozialen Dienstleistungen **prima facie** vom Bestehen eines Marktes auszugehen, könnte letztlich dazu führen, dass außer bei hoheitlichen Tätigkeiten und auf dem Solidarprinzip beruhenden Pflichtversicherungen kein Raum mehr für die Anwendung dieses Konzepts verbliebe. Dies hätte möglicherweise auch zur Folge, dass der im Protokoll Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon verankerte und somit inzwischen mit Vertrags- resp. Verfassungsrang versehene Begriff der „nichtwirtschaftlichen Dienste von allgemeinem Interesse“ praktisch leer liefe.

Der vorliegend näher betrachtete **Krankenhaussektor** kann jedenfalls nicht mit letzter Sicherheit als insgesamt oder auch nur partiell „nichtwirtschaftlich“ von der Anwendung der Art. 81 ff. EG ausgenommen werden.¹¹⁷ Schon aufgrund des Nebeneinanders von privaten, öffentlichen/kommunalen und solchen des Dritten Sektors muss hier prinzipiell vom Bestehen eines Marktes ausgegangen werden. Bei der Behandlung im Pflichtversicherungsbereich wird zwar nach gesetzlich festgelegten Sätzen abgerechnet und besteht somit kein Preiswettbewerb zwischen Krankenhäusern; wohl aber können auch Pflichtversicherte in begrenztem Umfang zwischen Krankenhäusern wählen und existiert damit jedenfalls ein Markt um die qualitativ hochwertige medizinische Versorgung.

5.1.2 Faktische oder potenzielle Beeinträchtigung des Binnenhandels

Selbst wenn das Erfordernis der „Binnenmarktrelevanz“ (s. oben 4.3.3.1) resp. der Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 Abs. 1 EG in ihrer Bedeutung als tatbestandsausschließende Merkmale angesichts der **tatsächlichen** Verflechtung der einzelstaatlichen Märkte stark abgenommen haben, bestehen auch in diesem Punkt weitere Unsicherheiten. So haben die Kommission wie auch der EuGH die Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG mehrfach wegen nicht bestehender Möglichkeit einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels unter Hinweis auf die **ausschließlich lokalen oder regionalen Auswirkungen** einer Beihilfe abgelehnt.¹¹⁸ Konkret betraf dieser tatbestandliche Ausschluss ein gemeindliches Freizeitbad mit einem geschätzten Einzugsbereich von lediglich 50 km¹¹⁹, aber auch schon einmal ein **Krankenhaus**: Dort ging es freilich nur um Steuerabschreibungen für (private) Investitionen zwecks Schaffung zusätzlicher Bettenkapazitäten; die Kommission sah diese Vergünstigungen wegen der Beschränkung auf kleine Ortskrankenhäuser nicht als hinreichend attraktiv für potenzielle EU-ausländische Investoren an.¹²⁰ Angesichts eines immer mehr um sich greifenden „Patiententourismus“ speziell in osteuropäische Krankenhäuser (zwecks Zahn- oder Schönheits-OP's) dürfte der Krankenhaussektor im Übrigen zunehmend gerade als Paradebeispiel dafür angesehen werden, dass auch lokal konzentrierte Beihilfen grenzüberschreitende Wirkung entfalten können¹²¹ – es sei denn, den gewährten Vergünstigungen (z. B. Ausschreibung von Baukostenzuschüssen) fehlt die „Selektivität“, d. h. sie stehen prinzipiell allen in- wie EU-ausländischen Unternehmen offen. Kurz und bündig bejaht wurde die Binnenmarktrelevanz dagegen etwa im Fall einer Subvention für eine gemeinnützige Familienerholungsstätte im Ostseebad Baabe (Meckl.-Vorp.) – wegen möglicher Benachteiligung von Angeboten an der nahen polnischen Ostseeküste.¹²²

¹¹⁵ Vgl. KOM (2006) 177 endg., S. 7.

¹¹⁶ http://ec.europa.eu/services_general_interest/index_en.htm.

¹¹⁷ So auch eingehend Becker, NZS 2007, 169 (173 f.).

¹¹⁸ S. dazu Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU, 3. Aufl. 2007, Art. 87, Rn. 27 m. w. N.; siehe auch Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl. EG Nr. C 17/4 v. 19.1.2001, Tz. 31.

¹¹⁹ Entscheidung der Kommission N 258/00 vom 12.1.2001 (Freizeitbad Dorsten).

¹²⁰ Entscheidung der Kommission N 543/01 vom 27.2.2002 (Capital Allowances for Hospitals), C (2002) 608 fin.

¹²¹ S. a. Brauckhage-Hoffer, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 222 (234).

¹²² Entscheidung der Kommission (AWO Sano gGmbH) vom 20.2.2008, CP 65/2004 (D/50714).

5.1.3 De minimis-Regelung

Eine auch nur potenzielle Behinderung des Binnenhandels in der EU entfällt jedenfalls, sofern die Zuwendung unter die **de minimis**-Regelung der Verordnung (EG) Nr. 1998/2006¹²³ fällt; ebenso bedarf es dann keiner Notifizierung gemäß Art. 88 Abs. 3 EG bei der Kommission. Nach ihrer ursprünglichen Fassung von 2001¹²⁴ erfüllte eine Beihilfe nicht den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG, sofern die Gesamtsumme aller einem Unternehmen gewährten nicht genehmigten Zuwendungen 100.000 Euro (Subventionsäquivalent) bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht überstieg. In der aktuellen Fassung wurde dieser Schwellenwert auf 200.000 Euro (100.000 im Straßenverkehrssektor) angehoben. Die erforderliche penible Prüfung auch dieser Ausnahmen durch die Mitgliedstaaten bzw. in ihrem Fall die Kommunen ist, wie im Einzelnen aus Art. 4 VO 1998/2006 folgt, wiederum mit nicht unerheblichem administrativem Aufwand verbunden. Diese wurden gegenüber der Ursprungsfassung der Verordnung noch angespannt: So gilt die neue Fassung gemäß Art. 2 Abs. 4 nur für „transparente Beihilfen“, bei denen das „Bruttosubventionsäquivalent“ im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist – was nach den weiteren Regelungen in Art. 2 Abs. 4 zusätzlichen Prüfungsaufwand impliziert. Außer der Reihe ist etwa für **Bürgschaften** zu beachten, dass deren „Beihilfewert“ auf 1,5 Mio. Euro (Transportsektor 750.000 Euro) begrenzt wurde, vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. d) VO 1998/2006. Auch die einleitenden Hinweise, es solle „Rechtssicherheit für [solche] Bürgschaftsregelungen“ herrschen, hinsichtlich derer ausreichend Daten verfügbar sind, um mögliche wettbewerbsbehindernde Wirkung verlässlich festzustellen¹²⁵, und dass das „Bruttosubventionsäquivalent der Bürgschaft“ 200.000 Euro nicht übersteigen darf, bringt ersichtlich Mehrarbeit der Administrative mit sich. Allerdings ist es mit der Möglichkeit, mehrere Berechnungsmethoden zu notifizieren, inzwischen zu deutlichen Vereinfachungen gekommen.¹²⁶

5.1.4 „Beihilfe“ und „Altmark“-Kriterien

Der zentrale Begriff der (staatlichen) „Beihilfe“ in Art. 87 Abs. 1 GG ist anerkanntermaßen **weit** auszulegen¹²⁷ und umfasst grundsätzlich alle staatlichen oder dem Staat zurechenbare Maßnahmen, die gleich in welcher Form diejenigen Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.¹²⁸ Darunter fallen direkte wie indirekte Formen der Gewährung eines **Vorteils**, namentlich Zuschüsse, Befreiungen oder Ermäßigungen von Abgaben, Übernahmen von Bürgschaften, unentgeltliche oder besonders preiswerte Überlassungen von Grundstücken oder Nachschusspflichten auf das Eigenkapital sowie Gewinn- und Verlustübernahmeverträge.¹²⁹ Entscheidend ist allein der finanzielle „Vorteil“; unerheblich sind dagegen die damit verfolgten (Steuerungs-) Ziele.¹³⁰ Nach diesen Kriterien bildet etwa auch ein Defizitausgleich für ein Krankenhaus (s. oben 3.4.3.3) unproblematisch eine „Beihilfe“.¹³¹

Seit der Entscheidung in Sachen **Altmark Trans GmbH** erachtet der Gerichtshof freilich eine geldwerte Vorteilsgewährung und damit eine Beihilfe schon tatbestandlich nicht (mehr) für gegeben an, sofern darin lediglich eine **Gegenleistung** für Leistungen zu erblicken ist, mit denen spezifische Mehrkosten für die Erfüllung besonderer gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausgeglichen werden sollen¹³². Ob eine solche vorteilslose Gegenleistung gegeben ist, wird allerdings von vier besonderen Voraussetzungen („Altmark-Kriterien“) abhängig gemacht, die ihrerseits eng an die EuGH-Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG (s. oben 4.3.3.1) angelehnt sind. Danach

- muss das begünstigte Unternehmen mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG hinreichend erkennbar „betraut“ worden sein;
- müssen die Kriterien zur Berechnung des Ausgleichs **zuvor objektiv und transparent** aufgestellt worden sein, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt;

¹²³ ABI. EU Nr. L 379 v. 28.12.2006, S. 5.

¹²⁴ gl. VO (EG) Nr. 69/2001, ABI. EG Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 30.

¹²⁵ Erwägungsgrund 15 der Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15.12.2006 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De minimis“-Beihilfen.

¹²⁶ S. a. MWME NRW/IM NRW, Handreichung zur Beurteilung kommunaler Bürgschaften im Hinblick auf das Europäische Beihilfenrecht auf der Grundlage der Bürgschaftsmittlung der Europäischen Kommission aus Juni 2008, August 2008.

¹²⁷ S. statt aller Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 87 EG, Rn. 9.

¹²⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-310/99 Italien/Kommission, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51; EuGH, Rs. C-39/94 SFEI/La Poste, Slg. 1996, I-3547, Rn. 58.

¹²⁹ v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Art. 87 EG, Rn. 7; Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 87 EG, Rn. 28 jeweils m. w. Beispielen.

¹³⁰ v. Wallenberg, wie vor, Art. 87 EG, Rn. 12 m. N. zur Rspr.

¹³¹ Vgl. Koenig/Paul, EuZW 2008, S. 359 (359 f.); Brauchhage-Hoffer, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 222 (235f.).

¹³² Vgl. EuGH, Rs. 280/00 Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87. Siehe zuvor auch schon EuGH, EuGH, Rs. C-53/00 Ferring, Slg. 2001, I-9067, Rn. 29. Die Entscheidung zugunsten dieser „Tatbestands“- im Unterschied zur „Rechtfertigungslösung“ über Art. 86 Abs. 2 EG war zuvor, namentlich unter den Generalanwälten in den genannten Verfahren, stark umstritten.

- darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was absolut 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;
- ist schließlich die Höhe des erforderlichen Ausgleichs anhand der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes (und über vergleichbare Ausstattungen verfügendes) Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind – es sei denn, die betreffende Dienstleistung ist zuvor öffentlich ausgeschrieben und das „betrante“ Unternehmen in diesem Verfahren als der kostengünstigste Anbieter ermittelt worden.

Die praktische Konsequenz dieses Schlüsselurteils im Verkehrssektor und anderen Bereichen der Daseinsvorsorge resp. Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse besteht, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, vor allem in der Befreiung von der Notifizierungspflicht in Art. 88 Abs. 3 EG und dementsprechend in einer Beschneidung der *ex ante*-Kontrollbefugnisse der Kommission. Darüber ist die Entscheidung seit ihrer Verkündung und bis heute Gegenstand höchst kontroverser Debatten über die inhaltliche Reichweite der wiederum recht vage formulierten „Altmark-Kriterien“. Diese betreffen namentlich

- die an den „Betrungsakt“ zu stellenden Anforderungen: Dieser muss bereits **vor** der Erbringung der Dienstleistung vorliegen. Wie schon gesagt (oben 4.3.3.1), kommen hier neben dem Verwaltungsakt auch privat- und öffentlich-rechtliche Verträge in Betracht; problematisch ist z. B., wie zu verfahren ist, wenn es um Zuwendungen an einen rechtlich nicht verselbständigten kommunalen Eigen- oder Regiebetrieb geht; genügt dann der interne Organisationsakt?
- die Bestimmung hinreichend objektiver, transparenter und ebenfalls vor der Leistungserbringung aufzustellender Parameter für die Berechnung („Nettomehrkostenprinzip“) sowie
- die regelmäßige Überwachung und etwaige Änderungen der Ausgleichszahlung.

Immer vernehmlicher wurde deshalb schnell auch der Ruf nach zusätzlichen Präzisierungen im Wege der Sekundärrechtssetzung.

5.1.5 „Monti-Paket“

Die EG-Kommission reagierte auf die vorgenannten Debatten und verkündete am 28. November 2005 ein Maßnahmen- bzw. Rechtsetzungspaket zwecks Auflösung der mit der **Altmark**-Entscheidungen aufgeworfenen Rechtsfragen. Dieses, nach dem seinerzeit zuständigen Wettbewerbskommissar benannte „Monti-Paket“ gliedert sich wie folgt:

(1) Die **Entscheidung 2005/842/EG über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG** auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden¹³³. Sie regelt die Freistellung näher bestimmter **Ausgleichszahlungen** (verstanden als alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln **jedweder Art** gewährten Vorteile, vgl. Art. 5 Abs. 1) für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (mit Ausnahme von Beförderungsdiensten auf dem Landweg), falls das 4. Altmarkt-Trans-Kriterium nicht erfüllt ist, für:

- Zuwendungen von weniger als 30 Mio. Euro an Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 Mio. Euro sowie
- an Krankenhäuser, und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft werden,

¹³³ ABI. EU Nr. L 312/67.

freilich nur unter der Voraussetzung, dass – 3. Altmark-Kriterium – die Zahlung nicht über das hinaus geht, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung spezifisch verursachten Kosten abzudecken; zur Berechnung dieser Nettomehrkosten werden gemäß Art. 5 Abs. 2-5 nähere Kriterien entwickelt, und zwar formale Anforderungen an den „Betrauungsakt“ nebst Angabe der Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen (Art. 4), sowie mit dem Vorgenannten zusammenhängende Dokumentations-, Berichts- sowie Kontrollpflichten (letztere v. a. zwecks Vermeidung von Überkompensierungen), vgl. Art. 6 bis 8.

Mit der Freistellung ist Art. 87 Abs.1 EG auf die betreffenden Zuwendungen nicht anwendbar und entfällt mithin auch die Pflicht zur vorherigen Notifizierung bei der Kommission nach Art. 88 Abs. 3 EG. Eine Folgenabschätzung „anhand von Fakten und den Ergebnissen umfangreicher Konsultationen“ sollte spätestens zum 19. Dezember 2009 erfolgen.

(2) Der eher informelle **Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen**, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden¹³⁴, dient der Konkretisierung der **Altmark**-Kriterien für nicht von der Freistellungsentscheidung erfasste Zuwendungen (s. Ziff. 2 a. E.). Im Schwerpunkt geht es auch hier, und insofern wieder übereinstimmend mit der Entscheidung 2005/842/EG, um die Anforderungen an den Betrauungsakt, die Angemessenheit des Ausgleichs spezifisch für die Mehrkosten der Gemeinwohlverpflichtungen, sowie um Regeln zur Vermeidung finanzieller Überkompensationen.

(3) Schließlich bezweckt die **Anpassung der Richtlinie 80/723/EWG** über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen¹³⁵ die (erweiterte) Anwendung der Pflicht zur getrennten Buchführung auch auf Unternehmen, die Zuwendungen erhalten, welche nach den **Altmark**-Kriterien bzw. der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG nicht als „Beihilfe“ i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG gelten.

5.1.6 Verbleibende Rechtsunsicherheiten und administrativer Mehraufwand

Folge des „Monti-Pakets“ sind zweifelsohne beachtliche inhaltliche Klärungen bezüglich der zuvor vom EuGH recht abstrakt formulierten **Altmark**-Kriterien. Auch dürfte die per Kommissionsentscheidung 2005/842/EG erfolgte Pauschalfreistellung bestimmter Zuwendungen unterhalb der dort genannten Schwellenwerte und bei Erfüllung der weiteren Anforderungen insbesondere an den Betrauungsakt und die Höhe der Ausgleichszahlungen nicht unerhebliche Erleichterungen gerade für die Einrichtungen der kommunalen Daseinsvorsorge mit sich bringen, sofern diese nicht schon von der **de minimis**-Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 (oben 5.1.3) erfasst sind.

Es ist andererseits jedoch zu konstatieren, dass zum Einen das Monti-Paket ausschließlich auf die **Altmark**-Kriterien konzentriert ist; insofern werden oben schon genannte Zweifelsfragen insbesondere zur hinreichenden Bestimmung von Dienstleistungen im allgemeinen (wirtschaftlichen) Interesse wie auch zur „Binnenmarktrelevanz“ solcher Dienste gar nicht aufgegriffen, geschweige denn ein für alle Mal geklärt. Zum anderen werden in den Detailregelungen des Pakets zum Teil neue Begriffe und Subkriterien benannt, die ihrerseits Interpretations- und Anwendungszweifel aufwerfen.

Vor diesem Hintergrund sind Länder, Kommunen und kommunale Spitzenverbände in Deutschland seither intensiv damit befasst, die verbleibenden Rechtsunsicherheiten auszuräumen bzw. Handlungsempfehlungen für die tagtägliche Praxis der kommunalen Daseinsvorsorge zu entwickeln. Hinzuweisen ist insbesondere auf die schon mehrfach erwähnten Handreichungen einer adhoc-Arbeitsgruppe im Arbeitskreis „Kommunale Angelegenheiten“ der Innenministerkonferenz vom 23. Juni 2008 sowie auf den unter Federführung des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWME) unter Mitwirkung u. a. der Arbeitsgemeinschaft kommunaler Spitzenverbände erarbeiteten „Leitfaden EG-beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge“ vom Mai 2008.¹³⁶

¹³⁴ ABI. EU Nr. C 297/4.

¹³⁵ Vgl. Richtlinie 2005/81/EG v. 28.11.2005, ABI. EU Nr. L 312/47.

¹³⁶ S. insoweit auch das Positionspapier zur angekündigten Mitteilung zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse des Ministers für Bundes- und Europaangelegenheiten Nordrhein-Westfalen vom 30.8.2007, S. 5 ff.

Bezüglich der überaus vielfältigen, noch ihrer endgültigen Klärung harrenden Einzelaspekte, denen hier nicht im Detail nachgegangen werden kann, sind beispielhaft zu nennen:

- weiterhin: wann ist bei „lokal“ konzentrierten Diensten von wirtschaftlichem Interesse die Binnenmarkt-Relevanz zu verneinen? Ebenso: Wie verhält es sich mit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei Zuwendungen an (z. B. Abwasser-) Unternehmen, die über eine (gesetzliche) Monopolstellung verfügen, also ein Markt eigentlich nicht existiert?¹³⁷
- weiterhin: wie verhält es sich bei bestimmten sozialen resp. gemeinnützigen Diensten hinsichtlich der „Wirtschaftlichkeit“?
- weiterhin: einzelne Unklarheiten im Hinblick auf den erforderlichen „Betrauungsakt“ und die hinreichende Vorabbestimmung der Ausgleichsparameter: Was ist, wenn **nachträglich** dennoch unvorhergesehene Ausgleichszahlungen notwendig werden?¹³⁸
- Kalkulation bezüglich der Schwellenwerte der Freistellungsentscheidung im „kommunalen Konzern“ (Holdinggesellschaften) bzw. steuerrechtlichem Querverbund?¹³⁹
- Problemschwerpunkt: Ermittlung der „Nettomehrkosten“ und Vermeidung von Überkompensationen (Adäquanz), Zweifelsfragen u. a.
 - gelegentliche Unsicherheiten bei Anwendung des hypothetischen **Private-Investor-Tests**
 - Kostenansatz für bestimmte (soziale, umweltpolitische) Wertorientierung? Fraglich ist etwa, ob und in welchem Umfang auch spezifische Kosten für die demokratisch-bürgerschaftliche oder Betroffenenpartizipation (man denke z. B. an Bürger- oder, im Krankenhauswesen, Patienteninformationsdienste oder -beiräte). Andererseits: Keine Berücksichtigung der **Vorteile** aus Gemeinnützigkeit.
 - ein besonderes Problem erblickt der Leitfaden des MWME ferner in den hoch komplexen Wechselwirkungen zwischen einerseits beihilferechtlichen und andererseits körperschaftssteuerlichen Folgewirkungen von Zuwendungen (Stichworte: verdeckte Gewinnausschüttungen; steuerlicher Querverbund).¹⁴⁰

Gleichwohl bleibt abzuwarten, ob die Ausklammerung der öffentlichen Krankenhäuser aus den beihilferechtlichen Vorgaben tatsächlich zur damit bezweckten Rechtssicherheit führt: So birgt etwa die Frage, wann eine Gesundheitsdienstleistung noch eine Dienstleistung von allgemeinem „wirtschaftlichem“ Interesse darstellt (Stichwort: Medizinische Versorgungszentren), einiges an Konfliktpotenzial in sich.

Speziell aus Sicht des durch beihilferechtliche Anforderungen vor allem belasteten kommunalen **Krankenhaussektors** stellen sich die aufgezeigten Zweifelsfragen unter Umständen potenziert dar.¹⁴¹ Dies hängt vor allem mit dem oben (3.4.3.1) beschriebenen komplexen Finanzierungsstrukturen im deutschen Krankenhauswesen zusammen. Oben (3.4.3.3) ist bereits das Phänomen des (i. d. R. nachträglich erfolgenden!) Defizitausgleichs für in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geführte Häuser genannt worden. Sofern diese Ausgleichsleistungen, wie regelmäßig der Fall, nicht im Vorfeld festgelegt werden, fehlt es an einer hinreichenden Betrauung (2. **Altmark**-Kriterium) und es greift **deshalb** auch die an und für sich pauschale Freistellung von Zuwendungen an Krankenhäuser nach der Entscheidung 2005/842/EG nicht!¹⁴² Verstärkt wird die Problematik im Zuge voranschreitender Diversifizierungen des Leistungsspektrums auch in kleineren Krankenhäusern, z. B. mittels Öffnung der ambulanten Krankenversorgung, womit der Wettbewerb (i. S. „wirtschaftlicher“ bzw. „marktkonformer“ Dienstleistungen) auch gegenüber der nie-

¹³⁷ S. zu diesem speziellen Aspekt MWME NRW, „Leitfaden EG-beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge“, Mai 2008, S. 21 f.

¹³⁸ Ebda., S. 31 und nachfolgend.

¹³⁹ S. ebda., S. 23 ff.

¹⁴⁰ Ebda., S. 45 ff.

¹⁴¹ Entsprechend „potenziert“ präsentiert sich das Schrifttum zu diesem Bereich, s. aus jüngster Zeit etwa Lehmann, Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht, 2008, ferner Knütel/Schweda/Giersch, EWS 2008, 497 ff.; König/Paul, EuZW 2008, 359 ff.; Kroll, Staatsfinanzen 2007, 51 ff.; Kraemer, NZS 2007, 195 ff.

¹⁴² Vgl. König/Paul, EuZW 2008, 359 (361).

dergelassenen Ärzteschaft zunimmt. Damit spitzt sich das Problem der Quersubvention durch öffentliche Träger zu, und zwar nicht bezüglich der Praxis des Defizitausgleichs sondern auch hinsichtlich der regulären Krankenhausfinanzierung mittels *ex ante* erfolgreicher Schlüsselzuweisungen.¹⁴³ In mehreren Verfahren wurde – und wird weiterhin – um die beihilferechtliche Zulässigkeit von Zuwendungen an öffentliche Krankenhäuser in Deutschland gestritten, beispielsweise:

- Die Beschwerde der **Asklepios Kliniken GmbH** vom Januar 2003 richtete sich gegen den Ausgleich von Betriebsverlusten in öffentlichen Kliniken und entsprechend Verlustausgleichsgarantien (Gewährträgerhaftung) seitens der öffentlich-rechtlichen Träger. Da die Kommission untätig blieb, kam es zur Klage vor dem Europäischen Gericht erster Instanz: Dieses wies die Klage zwar aus anderen als beihilferechtlichen Gründen ab¹⁴⁴; die Sache ist aber weiter bei der Kommission anhängig.
- Bei der Beschwerde der **MEDI Deutschland**, einer Interessenvereinigung niedergelassener Ärzte, ging es Anfang 2006 bereits um die Konkurrenzsituation aufgrund erweiterter Behandlungsspektren in öffentlichen Krankenhäusern, zuletzt angesichts auch dort (wie in privaten Kliniken) neuerdings unterhaltener Medizinischer Versorgungszentren (MVZ) mit erweiterter ambulanter Versorgung; verwiesen wurde dabei insbesondere auf unstatthafte Quersubventionierungen, die aus der Nutzung vorhandener und ihrerseits öffentlich geförderter Krankenhausinfrastruktur folgten.¹⁴⁵ Grundlegend stellte die Kommission (in einer freilich unveröffentlichten Entscheidung) klar, dass a) Art. 87 Abs. 1 EG auch im Krankenhauswesen gelte, b) Länder und Kommunen als Träger von Krankenhäusern daran gebunden sind, c) Beihilfen insb. in der Form des Defizitausgleichs und von Investitionszuschüssen unzulässig sein können, und d) die Tätigkeit von Krankenhäusern im Bereich der ambulanten Behandlung, insbesondere im Rahmen von MVZ, nicht unzulässig quersubventioniert werden darf.¹⁴⁶

Abgesehen von den im Einzelnen noch offenen Rechts- und Berechnungsfragen muss sich aufgrund des inzwischen erreichten und hoch detaillierten Regulierungsstands bezüglich der Anwendung der Art. 87 ff. EG der Eindruck einstellen, dass der mit der Befolgung dieser Vorgaben verbundene **administrative** und damit auch der **Kostenaufwand**, etwa auch infolge vielfach benötigter externer Beratung, für die Kommunen erheblich ist. Auch der Bundesrat hat unlängst erneut die „gravierenden Folgewirkungen auf der kommunalen Ebene“ auf den Punkt gebracht.¹⁴⁷ Ohne insofern dem empirischen Teil (C) dieser Studie vorzugreifen, folgt dies „juristisch“ speziell aus

- der mit der Vorabfestlegung von Ausgleichsparametern im Zuge der „Betrachtung“ notwendigen und feinziseliert aufwändigen Wirtschaftsplanung einschließlich etwa erforderlicher Einholung von Kostengutachten;
- der Erfüllung regelmäßiger und ihrerseits aufwändiger Dokumentations-, Kontroll- und Berichtspflichten bzw.
- den notwendigen Vorkehrungen zur Verhinderung von Überkompensationen einschließlich sorgfältig zu erstellender Verwendungsnachweise bzw. zur Vermeidung von Rückforderungspflichten oder aber aus deren späterer Durchsetzung.

5.1.7 Konsequenzen

Die Bedeutung des Beihilferechts für die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen und von Transparenz in der EU steht außer Frage. Aber das EU-Beihilferecht stellt hohe Anforderungen an die Kommunen. Das kann zu Umgehungsstrategien, etwa mittels „beihilferechtsadäquater“ und ihrerseits wiederum höchst aufwändiger Umorganisationen der örtlichen Unternehmensstrukturen führen.¹⁴⁸ Auch könnte es sein, dass im (vielfach möglichen) Zweifelsfall Kommunen ungeachtet der Freistellungsentscheidung das Notifizierungsverfahren nach Art. 88 Abs. 3 EG beschreiten, was wiederum mit Zeit- und Verwaltungsaufwand verbunden ist.

¹⁴³ König/Paul, a. a. O., S. 362.

¹⁴⁴ Vgl. EuG, U. v. 11.7.2007 T-167/04, EuZW 2007, S. 505.

¹⁴⁵ Siehe das entspr. Beschwerdeschreiben unter www.medi-deutschland.de/datei.php?id=41.

¹⁴⁶ Vgl. die Pressemitteilung von MEDI Südwest 22/2007 v. 22.11.2007 unter <http://medi-med-union.com/pdf/EV-2007-22-20071122-EU-Eingabe.pdf>; s. a. König/Paul, a. a. O., S. 326 f.

¹⁴⁷ S. Beschl. v. 3.4.2009, BR-Drs. 195/09, Tz. 23, die Rede ist dort von „Einengung der Handlungsoptionen, Verkomplizierung und Bürokratisierung kommunalen Handelns, Erhöhung des Verwaltungsaufwandes und der Verwaltungskosten sowie der Rechtsunsicherheit“.

¹⁴⁸ S. insofern nochmals MWME, Leitfaden, a. a. O., S. 24.

5.2 Anforderungen nach Vergaberecht (insb. Abwasser- und Abfallwirtschaft)

Diffizile Rechtsfragen machen seit geraumer Zeit auch auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe von sich Reden – und sorgen für entsprechenden administrativen wie Kostenaufwand in den davon betroffenen, und das heißt: letztlich in **allen** kommunalen Gebietskörperschaften. Besonders komplex liegen die Dinge hier, sofern es um **kooperative** Formen der Aufgabenerledigung in der öffentlichen Daseinsvorsorge geht, sei es mittels **Public Private Partnership**¹⁴⁹ oder im Wege intra- wie interkommunaler Zusammenarbeit. Da „Kooperation“, wie oben (3.4.1 u. 3.4.2) schon anklang, namentlich bei der Abfall- und Abwasserbeseitigung eine weit verbreitete Variante der Aufgabenerfüllung bildet, sind hier auch vergaberechtliche Problemlagen besonders häufig anzutreffen. Freilich betrifft das inzwischen umfassend EU-rechtlich überformte Vergaberecht an und für sich sämtliche kommunalen Aufgabenfelder – und zunehmend auch kooperative Aktivitäten in der Krankenhausversorgung bzw. der „sozialen“ Dienste von allgemeinem Interesse.¹⁵⁰

Spannungsgeladen sind die Probleme auch deshalb, weil es an und für sich Anliegen des neuen, d. h. seit 1999 nicht mehr ausschließlich haushalts- sondern nunmehr wettbewerbsrechtlich geprägten Vergaberechts ist, die Gestaltungsmöglichkeit bei der Erledigung staatlicher bzw. kommunaler Aufgaben gerade zu erweitern anstatt einzugrenzen oder zu erschweren. Seine Daseinsberechtigung schöpft das soeben abermals reformierte „Kartellvergaberecht“¹⁵¹ gerade aus so wichtigen Motiven wie der Ermöglichung eines Marktüberblicks und damit einer effizienteren Aufgabenwahrnehmung durch die öffentliche Hand, der Bekämpfung von „Vetternwirtschaft“ und „Hoflieferantentum“ durch Rationalisierung und Chancengleichheit bei der Auftragsvergabe sowie der Besten- bzw. **best practice**-Auslese im Wettbewerb der Bieter.¹⁵² In dieser Studie geht es nur um einen kleinen Ausschnitt des Vergaberechts, nämlich um Ausschreibungspflichten bei der vollständigen („delegierenden“) Übertragung der Leistungserbringung. Angesprochen sind hier namentlich die Abgrenzung des vergabefreien Inhouse-Bereichs und die interkommunale Zusammenarbeit.

Die Kommunen monieren hingegen die zunehmende Bürokratisierung und Intransparenz infolge immer neuer Vorgaben zum Vergabe- und Vergabeprüfungsverfahren („Prozeduralisierung“), ferner eine schleichende „Entdemokratisierung“ infolge vergaberechtlicher Verdrängung des Einflusses örtlicher Vertretungskörperschaften sowie allgemein den Trend zur übertriebenen „Ökonomisierung“ in der kommunalen Daseinsvorsorge.¹⁵³ In punkto „Binnenmarktrelevanz“ von Beschaffungsvorgängen sorgte insbesondere das EuGH-Urteil „Parking-Brixen“ für Verstimmung bei kommunalen Dienstleistungserbringern, wonach bei der Ausschreibung einer lokal zu erbringenden Dienstleistung allein das potentielle (noch nicht vorhandene) Interesse anderer europäischer Mitbewerber genügen sollte, um das EG-Vergaberecht zur Anwendung gelangen zu lassen.¹⁵⁴ All dies mindere zwangsläufig die Entwicklung orts- und problemorientierter Aufgabenerfüllung sowie die Nutzung vor Ort verfügbarer Synergien („Entflexibilisierung“) – auch infolge verbreiteter Ängste vor Rechtsverstößen bei der Anwendung vergaberechtlicher Vorgaben bzw. erforderlicher Energien bei der Entwicklung von alternativen Handlungsstrategien.

Hinzu kommt, dass vergaberechtliche Anforderungen nicht isoliert zu betrachten sind, sondern ihre gelegentlich denkwürdigen Folgewirkungen gerade **im Verbund mit sonstigen** Inpflichtnahmen kommunaler Akteure in der Daseinsvorsorge entfalten, s. dazu noch unten 5.3.

5.2.1 Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe

Das der umfassenden Verwirklichung der Grundfreiheiten dienende (EG-) Recht der öffentlichen Auftragsvergabe umfasst alle Normen, die den Einkauf durch staatliche Stellen sowie durch bestimmte, hier nicht näher zu betrach-

¹⁴⁹ S. zu Erscheinungsformen von IÖPP und zur Entwicklung der Rspr. des EuGH ausführlich zuletzt etwa Frenz, NZBau 2008, S. 673 ff., sowie Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP) v. 5.2.2008, C (2007) 6661; dazu auch Siegel, NVwZ 2008, S. 620 ff.

¹⁵⁰ S. dazu auch Arbeitsdokument der Kommission „Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest“ v. 20.11.2007, SEC (2007) 1514.

¹⁵¹ Vgl. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts v. 20.4.2009 (BGBl. I S. 790); s. dazu allgemein (und nicht unkritisch) z. B. Knauff/Streit, EuZW 2009, S. 37 ff.; Stoye/Frh. von Münchhausen, VergabeR 2008, S. 871 ff.; H. Ollmann, VergabeR 2008, S. 447 ff.

¹⁵² Siehe dazu eindrucksvoll etwa Burgi, Das Vergaberecht als Gestaltungsmittel der Kommunalpolitik, in: Henneke (Hrsg.), Kommunalrelevanz des Vergaberechts, 2009, S. 11 ff.

¹⁵³ Siehe exemplarisch, freilich auch differenzierend die Beiträge von Lattmann und Steger, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, zum ÖPNV (Faber, S. 159, 166 ff.) oder zur Abwasserbeseitigung (Estermann, S. 179, 197 f.), allgemein mit Blick auf interkommunale Kooperationen Waiz, ebda., S. 41 (64 ff.).

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-458/03 Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 17, s. zur erforderlichen „Binnenmarktrelevanz“ auch schon oben 4.3.3.1 u. 5.1.2.

tende sonstige, z. B. „Sektorenauftraggeber“¹⁵⁵ regeln. Nach Maßgabe der einschlägigen Sekundärrechtsakte¹⁵⁶ und der nationalen Umsetzungsgesetzgebung – in Deutschland insb. die §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung (VgV) – bedarf es der streng formalisierten EU-weiten öffentlichen Ausschreibung immer dann, sofern – neben der Überschreitung der Schwellenwerte nach § 2 VgV – ein **Beschaffungsvorgang** gegeben ist, es also um die Bestellung konkreter Waren-, Dienst- oder Bauleistungen bei Dritten (vgl. § 97 Abs. 1 GWB) geht.¹⁵⁷ Dazu bedarf es eines **entgeltlichen Vertrages** zwischen einem öffentlichen Auftraggeber mit (privaten oder auch öffentlichen) Unternehmen, § 99 Abs. 1 GWB. Als **öffentliche Auftraggeber** weist § 98 GWB neben den Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden) auch sog. **funktionale Auftraggeber** aus; dies sind nach § 98 Nr. 2 GWB

„andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen“,

sofern öffentliche Gebietskörperschaften oder deren Verbände (sie sind ebenfalls Auftraggeber, vgl. § 98 Nr. 3 GWB) diese einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über Sitz und Stimme in den Leitungsorganen beherrschen.

Liegt ein „Beschaffungsvorgang“ oberhalb der Schwellenwerte vor, so ist der betreffende Auftrag nach den in § 97 GWB aufgeführten allgemeinen Grundsätzen (**Vergaberechtsprinzipien**) zu vergeben, namentlich:

- im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren,
- unter Beachtung der Gleichbehandlung der Bieter,
- unter Berücksichtigung „mittelständischer Interessen“,
- nach dem Grundsatz der Bieterqualifikation: Auftragsvergabe nur an fachkundige, leistungsfähige, gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen, sowie schließlich
- nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit: „Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt“.

Das eigentliche **Verfahren** der – in der Regel EU-weit auszuschreibenden – öffentlichen Auftragsvergabe ist in § 101 GWB sowie ergänzend und nach dem sog. „Kaskadenprinzip“ näher in der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A – Allgemeine Bestimmungen), der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A, /B, /C) sowie in der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) geregelt.¹⁵⁸ Zu unterscheiden ist zwischen dem (allen Bietern zugänglichen) „offenen“ Verfahren, dem „nicht offenen Verfahren“, bei dem nur vorausgewählte Bieter zugelassen werden, dem „Verhandlungsverfahren“, bei dem mit vorausgewählten Bietern die Auftragsbedingungen quasi am „runden Tisch“ ausgehandelt werden, und schließlich dem Verfahren des „wettbewerblichen Dialogs“, sofern es um die Vergabe „besonders komplexer“ Aufträge geht, per Verhandlung mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags. Den Normalfall bildet das „offene“ Verfahren. „Nicht offenes“ und „Verhandlungsverfahren“ stehen grundsätzlich nur (Sektoren-) Auftraggebern auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung zur Verfügung.

Der Durchsetzung des seit 1999 ebenfalls geregelten **Rechtsanspruchs** aller am Vergabeverfahren interessierten Unternehmen auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber dienen sodann das **Nachprüfverfahren** vor den Vergabekammern des Bundes und (im Fall kommunaler Beschaffungen) der Länder sowie die gegen Entscheidungen der Vergabekammern mögliche **sofortige Beschwerde** bei den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte (vgl. §§ 97 Abs. 7, 102 ff. GWB).

Im Einzelnen nach wie vor umstritten bzw. ungeklärt ist, welche Anforderungen an die Vergabe **unterhalb der Schwellenwerte** zu stellen sind und welche subjektiv-rechtlichen Positionen ggf. daraus folgen. Selbst wenn die Werte für die

¹⁵⁵ Siehe insofern § 98 Nrn. 3 ff. GWB sowie Ruthig/Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1017 ff.

¹⁵⁶ S. zuletzt Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004 (ABl. EU Nr. L 134/114) sowie Sektorkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG v. 31.3.2004 (ABl. EU Nr. L 134/1), zul. (bzgl. der Schwellenwerte) geänd. d. Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 v. 4.12.2007 (ABl. EU Nr. L 317/34); ferner: Richtlinie 2007/66/EG v. 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. EU Nr. L 335/31).

¹⁵⁷ Gewisse Ausnahmen von der Anwendung der §§ 97 ff. GWB bestehen immerhin für Aufträge im Bereich der Trinkwasser- und der Energieversorgung, s. § 100 Abs. 2 lit. f), o) - t) GWB.

¹⁵⁸ Dazu im Überblick Ruthig/Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1035 ff.

„überschwellige“ Vergabe verhältnismäßig niedrig liegen – sie greift grundsätzlich bei Aufträgen ab 206.000 Euro bzw. bei Bauaufträgen ab 5,15 Mio. Euro¹⁵⁹ –, wird dies regelmäßig und bei kleineren Aufträgen auch auf kommunaler Ebene relevant. Grundsätzlich sind die Bieter auch unterhalb der Schwellenwerte nicht schutzlos gestellt. Diesbezügliche Anforderungen – und mittlerweile auch subjektive Rechte –, deren Einzelheiten, wie gesagt, oftmals noch nicht abschließend geklärt sind, folgen bei bestehender Binnenmarktrelevanz aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art. 12 EG (bzw. den Grundfreiheiten)¹⁶⁰, ansonsten aus Art. 3 GG.¹⁶¹ Näheres ergibt sich aus dem Haushaltsrecht der Bundesländer. Der Runderlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen „Vergabegrundsätze für Gemeinden (GV) nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO)“¹⁶² verweist dazu maßgeblich auf die VOB/A bzw. VOB/B. Aufträge mit einem Wert bis zu 50.000 Euro sind in der Regel beschränkt auszuschreiben (Aufforderung an mind. 6 Bewerber zur Angebotsabgabe), sofern nicht eine Öffentliche Ausschreibung zweckmäßiger oder in den durch die vorgenannten Vorschriften bestimmten Ausnahmefällen eine Freihändige Vergabe zulässig ist. Aufträge bis zu einem Wert von 10.000 Euro sowie die in § 100 Abs. 2 GWB aufgeführten Aufträge können – in der Regel nach Einholung mehrerer (im Allgemeinen mindestens 3) Angebote im Wettbewerb (formlose Preisermittlung) – freihändig vergeben werden.

Die im Zuge der derzeitigen Finanz- und Wirtschaftskrise erarbeiteten **Konjunkturprogramme** sehen unterdessen – befristete – Erleichterungen bzw. Beschleunigungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe vor. Auf Drängen des Europäischen Rates empfahl die EU-Kommission den Mitgliedstaaten im Rahmen der geltenden Vergaberechtsrichtlinien die verstärkte Nutzung des „nicht offenen Verfahrens“ ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestandes und mit erheblich verkürzten Fristen.¹⁶³ Diese Vorgaben sind für Nordrhein-Westfalen durch Runderlass vom 3. Februar 2009 mit Wirkung auch für die Gemeinden und für die Jahre 2009 und 2010 umgesetzt worden.¹⁶⁴ Daneben enthält der Erlass Erleichterungen vor allem bei der unterschwelligen Auftragsvergabe.

5.2.2 Hohe verfahrensrechtliche (= administrative) Anforderungen und Kosten

Wenn soeben von „Komplexität“ nur bezüglich der Option „wettbewerblicher“ Dialog die Rede war, heißt dies nicht, dass die sonstigen Verfahren besonders einfach zu handhaben sind. Eher ist das Gegenteil der Fall: Dies folgt schon aus der enormen Fülle verfahrensbezogener Anforderungen (einschließlich elektronischer Auktionen, s. nur § 101 Abs. 6 GWB) in den zuvor genannten Regelwerken. Diese sind dem „Kaskadenprinzip“ (über drei Normenhierarchien: GWB, VgV und drei Verdingungsordnungen) und dem „Schubladenprinzip“ (Aufteilung der drei Verdingungsordnungen in jeweils mehrere Unterabschnitte¹⁶⁵) ausgesprochen „komplex“ miteinander verwoben; verkompliziert wird das Verfahren zudem aufgrund der Unterschiede zwischen nationalen und EU-weiten Ausschreibungen. Gleich zu Beginn der Internetseiten des BMWi zum Thema „Öffentliche Aufträge“, die immerhin eine „Vereinfachung des Vergaberechts“ im Zuge einer anstehenden (weiteren) Novelle ankündigen, heißt es dazu lapidar:

„Insbesondere Unternehmen und Kommunen bemängeln (...) die Unübersichtlichkeit und schwere Verständlichkeit des verschachtelten Vergaberechts“.¹⁶⁶

Um den enormen administrativen Aufwand bei der Umsetzung des Vergaberechts in den Kommunen zu ermessen, hat man sich zu vergegenwärtigen, dass die Prozesskette von der Ermittlung des Beschaffungsbedarfs über die Ausschreibung und die Bieterauswahl und -prüfung bis hin zum Zuschlag und zu eventuellen Nachsorge-, z. B. Dokumentations- und statistischen Aufgaben, 22 (in Worten: **zweiundzwanzig!**) unterschiedliche Verfahrensschritte umfassen kann.¹⁶⁷ Die Gesamtbelastung von öffentlichen Auftraggebern aufgrund von Vergabeverfahren sollen sich auf 8,8

¹⁵⁹ Aufgrund der in § 2 VgV noch nicht umgesetzten, jedoch unmittelbar geltenden Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 v. 4.12.2007 (ABl. EU Nr. L 317/34).

¹⁶⁰ S. dazu EuGH, Rs. C-264/03 Kommission/Französische Republik, Slg. 2005, I-8831, Rn. 32 f. m. w. N., sowie Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Aufgabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, v. 23.6.2006; zustimmend Säcker, WRP 2007, S. 282 (288), kritisch Lutz, WuW 2006, S. 890 ff.

¹⁶¹ Siehe dazu im Überblick Ruthig/Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1042 ff.; zur Bindung nach Art. 3 Abs. 1 GG insb. BVerfGE 116, 135 (Ls. 1, 3 u. passim).

¹⁶² V. 22.3.2006 34-48.07.01/01-2178/05.

¹⁶³ S. nur Pressemitteilung der EU-Kommission IP/08/2040 v. 19.12.2008. Vgl. Zum Konjunkturpaket II und ÖPP vgl. Büllesfeld, KommJur 2009, S. 161; kritisch zu den vergaberechtlichen Auswirkungen der Konjunkturpakete Kühling/Huerkamp, NVwZ 2009, S. 557.

¹⁶⁴ Vgl. Gem. RdErl. Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachungen im Vergaberecht, AZ: 121-80-20/02-.

¹⁶⁵ Mit weitgehend identischen Vergabevorschriften. Zusätzlich zu den Basisparagrafen des ersten Abschnitts kommen in den weiteren Abschnitten jedoch jeweils mit „a“ und „b“ benannte Zusatzparagrafen sowie sogenannte „SKR“-Paragrafen zur Anwendung, je nachdem, wie hoch der Auftragswert ist und um welche Kategorie von Auftraggebern es sich handelt.

¹⁶⁶ S. <http://www.bmw.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html> (Aufruf am 22.10.09).

¹⁶⁷ Vgl. Rambøll Management GmbH u. a., Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und öffentlicher Auftraggeber (Studie im Auftrag des BMWi), Endbericht (Mai 2008), S. 31 f.

Mrd. Euro jährlich (bei 19 Mrd. Euro p. a. volkswirtschaftlichen Gesamtkosten) belaufen.¹⁶⁸ Zu den Auswirkungen speziell auf kommunaler Ebene ist etwa auch die jüngste Erhebung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes „Vergaberecht 2009“ zu verweisen, die u. a. Hinweise zur gleichfalls hoch problematischen Anwendung des EG-Vergaberechts auf kommunale Immobiliengeschäfte etwa im Rahmen städtebaulicher Verträge enthält.¹⁶⁹

5.2.3 Speziell: Inhouse-Geschäfte

Als besonders konfliktträchtig erwiesen sich insbesondere im Bereich der („kooperativen“) Abfall- und Abwasserversorgung – und neben vielfältigen Detailfragen zu öffentlich-privaten Kooperationen¹⁷⁰ – die europarechtlichen Vorgaben zur sog. **Inhouse**-Vergabe. Angesprochen ist damit zunächst vor allem die Ausgründung rechtlich selbständiger Einrichtungen **innerhalb** ein und derselben Kommune. Zwar unterfällt die bloße Organisationsmaßnahme als solche nicht dem Vergaberecht; sie geht jedoch regelmäßig mit der „Beschaffung“ von Waren- oder Dienstleistungen einher.

Seit der berühmten **Teckal**-Entscheidung des EuGH unterfallen solche **Inhouse**-Beschaffungen nur dann nicht dem EG-Vergaberecht, wenn der öffentliche Auftraggeber eine andere juristische Person beauftragt,

- die sich in seinem alleinigen Anteilsbesitz befindet,
- über die er eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und
- der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber ausübt.¹⁷¹

Diese Anforderungen wurden später dahingehend präzisiert, dass das beauftragte Unternehmen tatsächlich zu 100% vom öffentlichen Auftraggeber gehalten werden muss, und dass die beherrschende Kontrolle bereits dann zu verneinen sei, wenn eine – auch nur minderheitliche – Beteiligung Privater am Kapital der Gesellschaft bestehe, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist.¹⁷²

Die Anwendung der einerseits recht abstrakten und andererseits laut Gerichtshof stets **eng** auszulegenden „Teckal-Kriterien“ auf den konkreten Einzelfall staatlicher Organisations- und Kooperationsgeschäfte sind seitdem, namentlich auch in der vergaberechtlichen Judikatur deutscher Vergabekammern und Gerichte, heftig umstritten.¹⁷³

5.2.4 Interkommunale Zusammenarbeit

Zugespitzt hat sich die Problematik und haben sich damit einhergehende Unsicherheiten, seitdem im Zuge von Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission¹⁷⁴ und aufgrund erster Entscheidungen deutscher und europäischer Gerichte¹⁷⁵ auch inter-kommunale Kooperationen auf dem Gebiet von Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge dem Vergaberecht unterworfen wurden.¹⁷⁶ Allgemeiner, d. h. unter Berücksichtigung auch der Zusammenarbeit auf Bundes- oder Bund-Länder-Ebene werden solche Kooperationen unter dem Begriff der **In-State**-Geschäfte oder auch **Public Public Partnerships** zusammengefasst. Allgemein geht es dabei um das koordinierte Zusammenwirken von zwei oder mehreren Einrichtungen der öffentlichen Hand zu einem gemeinsamen Zweck.¹⁷⁷ Jenseits des (materiell) privatisierenden und mitunter lediglich (re-) regulierenden „Gewährleistungsstaats“ bezwecken In-State-Geschäfte wie auch die zuvor genannten kommunalinternen **Inhouse**-Geschäfte im engeren Sinne gerade die Bündelung gemeinsa-

¹⁶⁸ S. ebda., S. 38, 67. Eine Aufschlüsselung der Kosten speziell auf kommunaler Ebene enthält die Studie nicht, ebenso wenig eine Gegenrechnung mit dem möglichen volkswirtschaftlichen Nutzen des Bieterwettbewerbs. Angesichts des Schwerpunkts kommunaler Aufgabenerledigung im deutschen Bundesstaat ist davon auszugehen, dass die Kommunen bei weitem den Großteil der genannten Verfahrenskosten zu tragen haben. Moniert wird in der Studie namentlich der hohe Verwaltungsaufwand bei Verfahren mit geringem Auftragsvolumen.

¹⁶⁹ S. DStGB, Dokumentation Nr. 90 „Vergaberecht 2009 Novellierung, aktuelle Entwicklungen und Verfahrensablauf“.

¹⁷⁰ S. dazu die Nachweise unter 5.2.

¹⁷¹ EuGH, Rs. 107/98 Teckal, Slg. 1999, I-8121, Rn. 50; ferner EuGH, Rs. C-94/99 ARGE Gewässerschutz, Slg. 2000, I-11037; s. a. BGH, VergabeR 2001, S. 286; erläuternd etwa Dreher, NZBau 2002, S. 245 (249 f.); Faber, DVBl. 2003, S. 761 (765 f).

¹⁷² EuGH, Rs. C-26/03 Stadt Halle u. Recyclingpark Lochau GmbH/TREA Leuna, Slg. I-1; s. a. die Besprechung etwa von Hausmann/Bultmann, NVwZ 2005, S. 377 ff.

¹⁷³ S. aus dem reichhaltigen Schrifttum dazu vorerst nur Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007, Rn. 2487 ff.

¹⁷⁴ Berühmtheit erlangt haben die langwierigen, inzwischen freilich eingestellten Verfahren in den Fällen der nieders. Gemeinde Hinte (Übertragung der Wasserversorgung auf einen Zweckverband), des Zweckverbands Entsorgungsregion West (ZEW) rund um Aachen und des Abfallwirtschaftsverbands EKO-City (Bochum).

¹⁷⁵ Besonders weitgehend z. B. OLG Naumburg NZBau 2006, 58 ff. eingehender zur Entwicklung der Rechtsprechung unten; S. zur Entwicklung der Problematik auch Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 3, 2007, Rn. 2487 ff.

¹⁷⁶ Monographisch dazu unlängst Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008.

¹⁷⁷ Enger Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 3, 2007, Rn. 2486: „jede Zusammenarbeit staatlicher Handlungsträger, die neben einer Aufgabenübertragung auch gewisse Kompetenz- und Organisationsverschiebungen beinhaltet“; ähnlich Storr, LKV 2005, S. 521 (522).

mer Kräfte (Know how, Personal und Organisation) bzw. die Aufrechterhaltung maximaler Steuerung und Kontrolle und damit die kommunale Eigenerfüllung von Gemeinwohlaufgaben. Dabei kann angesichts notleidender Aufgabenübertragungen an Private speziell in der (Ab-) Wasser- und Abfallwirtschaft und deshalb bereits erfolgter oder in Betracht gezogener **Rekommunalisierungen**¹⁷⁸, aber auch aufgrund steuerrechtlicher Besonderheiten¹⁷⁹ durchaus von einem Trend hin zu **Public Public Partnerships** gesprochen werden.

5.2.4.1 „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“?

Bei der Beurteilung, ob in diesen Konstellationen ein öffentlicher Auftrag im Sinne eines Beschaffungsvorgangs gegeben ist, fragt sich vor allem, ob insbesondere das zweite **Inhouse**- bzw. Teckal-Kriterium „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ auf In-State-Geschäfte übertragbar ist – was in der deutschen Instanzrechtsprechung in letzter Zeit kontrovers, jedoch tendenziell „vergaberechtsfreundlich“ entschieden wurde. In der Sache ging es dabei sowohl um **institutionalisierte** Formen der Zusammenarbeit – genannt sei hier etwa die Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Zweckverbände – als auch **nicht institutionalisierte** Kooperationen wie „Geschäftsbesorgungen“ durch andere Gebietskörperschaften.¹⁸⁰ Immerhin qualifizierte der Vergabesenat des OLG Düsseldorf mit Entscheidung vom 21. Juni 2006 und beachtenswerten Gründen jedenfalls die „delegierende“ (= befreiende, im Unterschied zur lediglich „mandatierenden“) Übertragung von Abfallentsorgungsaufgaben auf einen **kommunalen Zweckverband** als einen von vornherein „dem Vergaberecht entzogenen Akt der Verwaltungsorganisation“, der noch dazu auf einer gesetzlichen Ermächtigung (§ 6 Abs. 1 GkG NRW) beruhe und für die dem EU-Gesetzgeber auch die Gesetzgebungskompetenz fehle.¹⁸¹ Die Zweckverbandslösung sei eine der „Marktbefragung“ via Ausschreibung „vorgelagerte“ Entscheidung zur kommunalen, wenn auch kooperativen „Eigenleistung“, die kraft grundgesetzlich garantierter Organisationsfreiheit der Gemeinden in ihrem Belieben stehe und im Übrigen die Kriterien der **Inhouse**-Vergabe erfülle. Auch liege kein Vertrag mit einem „Unternehmen“ (als Auftragnehmer) sondern nur ein Kooperationsvertrag unter mehreren Gemeinden bzw. öffentlichen Auftraggebern vor. Die Kompetenzübertragung an den Zweckverband erfolge per Satzung und daher nicht vertraglich. Andererseits verneinte der Bundesgerichtshof das Vorliegen eines **Inhouse**-Geschäfts bei der Beauftragung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit durch eine Kommune, die selbst dessen Mitglied ist; dabei stellte er allein auf die nach der Vereinssatzung gegebene **Möglichkeit** der (späteren) Beteiligung Privater an der Gesellschaft ab, was eine beherrschende Kontrolle seitens der Kommune(n) ausschließe.¹⁸²

5.2.4.2 Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung orientierte sich zuletzt maßgeblich am Urteil des EuGH in Sachen **Kommission/Königreich Spanien** vom 13. Januar 2005. Darin war eine (Pauschal-) Regelung in der spanischen **Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**, die Kooperationsbeziehungen gleich welcher Art zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts von der Ausschreibungspflicht ausnahm, als EG-vergaberechtswidrig erkannt worden.¹⁸³ Indes brachte die Entscheidung mehr Steine als Brot, da sie keinerlei differenzierende Aussagen zu etwa möglichen Ausnahmen für In-State-Geschäfte formulierte.¹⁸⁴

Als „wichtiger Durchbruch“ zu begrüßen¹⁸⁵ waren dagegen die Aussagen des Gerichtshofs in der Rechtssache **Coditel Brabant S.A./Commune d’Uccle u. a.** Hier ging es um den Beitritt einer belgischen Gemeinde zu einem von mehreren Kommunen aufgrund gesetzlicher Ermächtigung gebildeten Kabelnetzbetreiber („**Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision**“ – ähnlich dem deutschen Zweckverband) bei zeitgleicher Übertragung des Kabelnetzbetriebs in der Gemeinde. In enger Orientierung an den **Teckal**-Kriterien nahm der Gerichtshof auch insoweit ein vergaberechtsfreies **Inhouse**-Geschäft an und formulierte dazu als Kernaussage:

¹⁷⁸ Insb. im Bereich der (Ab-) Wasserwirtschaft und namentlich in Berlin, Kiel oder Stuttgart; zum Fall der Wasserbetriebe in Potsdam: Bauer, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation, 2008, S. 9 (23), sowie Paffhausen, ebda., S. 95 (101 ff.).

¹⁷⁹ Zu den steuerrechtlichen Vorteilen der Public Public- gegenüber der Public Private Partnership bei der Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben (insb. in der Wasserversorgung) Burgi, in: Fs. für R. Stober, 2008, S. 733 ff.; allg. auch Städte- und Gemeindebund Rheinland-Pfalz, Steuer- und vergaberechtliche Aspekte interkommunaler Zusammenarbeit, in: Gemeinde und Stadt, Beilage 6/2007 zu Heft 12/2007.

¹⁸⁰ Sehr weitgehend OLG Düsseldorf, NZBau 2004, S. 398 ff.; OLG Frankfurt, NZBau 2004, S. 692 ff. Hier ging es um die Erledigung kommunaler Pflichtaufgaben im Bereich der Abfallentsorgung durch Nachbarkommunen. Weiterhin wurden abfallentsorgungsbezogene Zweckvereinbarungen zwischen Landkreisen dem Vergaberecht unterstellt, vgl. OLG Naumburg, NZBau 2006, S. 58 ff.

¹⁸¹ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2006, 662 RegioEntsorgung; in Anlehnung u. a. an Burgi, NZBau 2005, S. 208 ff.; H. Schröder, NVwZ 2005, S. 25 ff.; zustimmend etwa Potthast/Klöß, NZBau 2007, S. 496 ff.

¹⁸² Vgl. BGH, NZBau 2008, S. 664 ff.; in dieselbe Richtung bereits OLG Celle, NZBau 2006, S. 130.

¹⁸³ Vgl. EuGH, Rs. C-84/03 Kommission/Königreich Spanien, Slg. 2005, I-139, insb. Rn. 40, 61.

¹⁸⁴ Gleiches gilt für das spätere Urteil in der Rs. C-340/04 Carbotermo (EuGH Slg. 2006, I-4137, Rn. 36). Es betraf die Direktvergabe an eine bereits bestehende, von mehreren Kommunen gehaltene Aktiengesellschaft.

¹⁸⁵ Vgl. Krohn, NZBau 2009, S. 222 (223); s. a. Wagner, EWS 2009, S. 44 f.

„Art. 43 EG und 49 EG, der Gleichheitsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die daraus folgende Transparenzpflicht hindern eine öffentliche Stelle nicht daran, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine interkommunale Genossenschaft zu vergeben, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, wenn diese öffentlichen Stellen über die Genossenschaft eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen und die Genossenschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese öffentlichen Stellen verrichtet.“¹⁸⁶

Fest steht seitdem, dass jedenfalls „institutionalisierte“ Zusammenarbeit mehrerer Kommunen („horizontale“ Kooperation) nicht die Ausschreibungspflicht auslöst. Unsicherheiten verblieben jedoch für innerstaatliche bzw. interkommunale Kooperationen nicht institutionalisierter Art, wie beispielsweise einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft nach § 2 f. GkG NRW, die von der Kommission auch schon im Zuge von Vertragsverletzungsverfahren angeprangert worden waren.¹⁸⁷

Zusätzlich präzisiert wurde das Kontrollkriterium schließlich noch, als der Gerichtshof im Gegensatz zu früheren Äußerungen (und auch zum vorzitierten Urteil des Bundesgerichtshofs) bei der Beteiligung an einer interkommunalen **Aktiengesellschaft** die bloße „Möglichkeit“ der Beteiligung Privater an der Gesellschaft nicht für ausreichend hielt, um eine Beherrschung durch die Kommune(n) zu verneinen.¹⁸⁸

5.2.4.3 Urteil in Sachen „Rugenberger Damm“

Einen weiteren wichtigen „Meilenstein“ in punkto Berücksichtigung kommunaler Interessen der Daseinsvorsorge bildet das erst kürzlich ergangene Urteil zur vertraglichen Beauftragung der **Stadtreinigung Hamburg** mit Aufgaben der Abfallentsorgung durch die Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. und Stade.¹⁸⁹ Vertraglich vereinbart worden war im Dezember 1995 die Entsorgung der aus jenen Kreisen stammenden Abfälle in der auch zu diesem Zweck geplanten und 1999 vom gemischtwirtschaftlichen **Joint Venture** zwischen Stadtreinigung, **Vattenfall Europe New Energy (VEN)** und **EWE AG** in Betrieb genommenen Müllverwertungsanlage (MVR) „Rugenberger Damm“¹⁹⁰. Die Kommission leitete daraufhin ein Vertragsverletzungsverfahren ein, weil es sich nicht um eine formalisierte Kooperation in Gestalt etwa eines Zweckverbandes und im Sinne der „Coditel“-Rechtsprechung handelte. Die Bundesrepublik vertrat demgegenüber die Auffassung, es gehe lediglich um die gemeinsame Wahrnehmung einer den Landkreisen bzw. der Stadt Hamburg obliegenden öffentlichen Aufgabe.

Auch der Gerichtshof stellte – im Anschluss an seine **Teckal**-Rechtsprechung – zunächst auf die nicht gegebene Kontrolle der vier Landkreise über die Stadtreinigung Hamburg bzw. die (gemischtwirtschaftliche) Betreibergesellschaft MVR ab. Sodann betont er jedoch – erstmals und entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts¹⁹¹ – dass eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart worden sei. Diese „öffentliche“ Aufgabe stehe ferner im Zusammenhang mit der richtlinienrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Aufstellung detaillierter Abfallbewirtschaftungspläne und zur Abfallverwertung in so nah wie möglich gelegenen Entsorgungsanlagen.¹⁹² Aus der Gesamtbewertung des zugrunde liegenden Kooperationsvertrages folgte letztlich ein Fall der „Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen“ im Sinne der „Coditel“-Entscheidung. Deutlich heißt es in der Entscheidung zum Rugenberger Damm, dass die Vergaberechtspflicht innerstaatlicher Kooperationen nicht von einer speziellen Rechtsform abhängig gemacht werden könne. Letztlich sei eine Zusammenarbeit öffentlicher Stellen unbedenklich,

¹⁸⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-324/07 Coditel, NZBau 2009, S. 54 ff. es stand hier indes nur eine nicht den Vergaberechtsrichtlinien unterfallende „Dienstleistungskonzession“ auf dem Prüfstand, s. dazu noch unten 5.2.5.

¹⁸⁷ Sie betrafen bzw. betreffen noch cross border-Kooperationen zwischen verschiedenen und nicht nur kommunalen Gebietskörperschaften, wie etwa die Übertragung der Instandhaltung von Kreisstraßen durch Landkreise auf Bundesbehörden, vgl. Pressemitteilung IP/08/1516 v. 16.10.2008, die Lieferung von Softwareanwendungen an die Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung in Bayern (AKDB) durch die Datenzentrale Baden-Württemberg, vgl. Pressemitteilung IP/07/920 v. 27.6.2007, sowie die interkommunale Kooperation in Gestalt wechselseitiger Wahrnehmung von Abfallentsorgungsaufgaben zwischen den Städten Mannheim und Heidelberg sowie dem Rhein-Neckar-Kreis, vgl. Pressemitteilung IP/08/502 v. 3.4.2008.

¹⁸⁸ Vgl. EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-371/05 Comune di Mantua, VergabR 2008, S. 918 mit Anm. Losch, insb. Rn. 29 f. Etwas anderes gelte nur, wenn feststehe bzw. bewiesen sei, dass die spätere Hinzuziehung Privater von vornherein beabsichtigt war (ebda. Rn. 30 unter Verweis auf EuGH v. 10.11.2005, Rs. C-29/04 Kommission/Österreich, Slg. I-9705, Rn. 38).

¹⁸⁹ S. EuGH, U. v. 9.6.2009, Rs. C-480/06 Kommission/Deutschland, EuZW 2009, S. 529 ff. mit Anm. Pielow.

¹⁹⁰ Betreiber ist die MVR Müllverwertung Rugenberger Damm GmbH & Co. KG. Die Gesamtkapazität der Anlage beläuft sich auf 320.000 t/Jahr, wovon 120.000 t/Jahr auf 20 Jahre (mit Verlängerungsoption) für die vier umliegenden Landkreise reserviert wurden.

¹⁹¹ Vgl. Schlussanträge GA Mazák v. 19.2.2009, Rs. C-480/06, insb. Tzrn. 27 ff, abgedruckt in EuZW 2009, S. 196.

¹⁹² EuGH, a. a. O., Rn. 37 ff.

„solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber“,

und solange keine Anzeichen für ein bloßes Umgehungsgeschäft bestünden.¹⁹³ Das Urteil zum „Rugenberger Damm“ bewirkt wünschenswerte Klarstellungen – sowie weitere Relativierungen zugunsten kommunaler Daseinsvorsorge – insofern, als nunmehr auch „informale“ interkommunale Kooperationen, soweit dies die Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls zulässt, nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen. Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit im deutschen Schrifttum erhobenen Forderungen nach Anerkennung eines – der eigentlichen „Marktbefragung“ per Ausschreibung **vorgelagerten** – „Organisationsvorbehalts“ der Mitgliedstaaten bei der staatsinternen Erfüllung von Daseinsvorsorge-Aufgaben.¹⁹⁴ Eine auf diese Weise zur kommunalen Zusammenarbeit herangezogene Nachbargemeinde sei letztlich ebenso „inhouse“ wie eine Eigengesellschaft, so dass weder Marktverhalten oder Drittbeschaffung vorlägen.¹⁹⁵

Ob indes der Richtspruch zum Rugenberger Damm in dieser Weite – letztlich postuliert er eine Bereichsausnahme von den Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages für **sämtliche** In-State-Kooperationen – Bestand haben wird, ist nicht sicher vorherzusagen. Zweifel bestehen insofern, als der Gerichtshof unter Relativierung seiner **Teckal**-Kriterien nunmehr pauschal und inhaltlich-materiell auf die „Erledigung öffentlicher Aufgaben“ durch öffentliche Stellen abhebt. Der Begriff „öffentliche Aufgabe“ oder **service public** bildet schon im Recht der Mitgliedstaaten eine ausgesprochen schillernde Kategorie.¹⁹⁶ Auf der Ebene des EU-Rechts birgt dies die Gefahr neuer Marktverzerrungen in sich, da womöglich Ausnahmezonen für innerstaatliche Kooperationen unter Hinweis auf das Vorliegen einer „öffentlichen Aufgabe“ in manchen Mitgliedstaaten sehr viel einfacher zu begründen sind als in anderen. Es fragt sich deshalb, warum der EuGH ein neues und höchst unbestimmtes Abgrenzungsmerkmal heranzog – anstatt auch hier auf die Ausnahmeregelung für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 86 Abs. 2 EG zurückzugreifen.¹⁹⁷

5.2.5 Dienstleistungskonzessionen

Wie eingangs gesagt, unterfallen dem EG-Vergaberecht nur **entgeltliche** Verträge. An der Entgeltlichkeit fehlt es jedoch, wenn die öffentliche Hand – im Wege der funktionalen oder auch materiellen Privatisierung – eine Daseinsvorsorgeaufgabe zur Eigenerfüllung durch den Vertragspartner überträgt und dieser mithin auf eigenes Risiko und eigene Rechnung handelt. Derartige Verträge werden als „Dienstleistungskonzessionen“ bezeichnet und unterliegen, wie nunmehr auch ausdrücklich in Art. 18 Richtlinie 2004/17/EG und Art. 17 Richtlinie 2004/18/EG geregelt ist, nicht der Ausschreibungspflicht. Nach langem Rätselraten über die genaue Ein- und Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen gegenüber vergaberechtspflichtigen Aufträgen ist nun legal definiert, dass diese

„von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“ (vgl. Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG).

Kennzeichnend ist mithin, dass der Auftragnehmer („Konzessionär“) das wirtschaftliche Nutzungsrisiko oder „Betriebsrisiko“ der fraglichen Dienstleistung übernimmt. Darunter kann die „Gefahrtragung“ für einen möglichen Einnahmeausfall infolge von Betriebsstörungen unabhängig von einem Verschulden des Konzessionärs – etwa auf Grund von technischen Störungen, Witterungsbedingungen oder Problemen mit Subunternehmern – verstanden werden.

Im Detail bleibt die Bestimmung und vergaberechtliche Behandlung von „Dienstleistungskonzessionen“ unterdessen weiter strittig. Nicht abschließend geklärt ist etwa, ob die Vergütung des Konzessionärs, wie zumeist angenommen wird, durch Dritte erfolgen muss oder auch durch Verwertung gegenüber dem Konzessionsgeber (Gemeinde) erfolgen kann, solange jedenfalls das Betriebsrisiko beim Konzessionär verbleibt. Verlässliche Hinweise sind zudem bezüglich der Art der übertragenen Dienstleistung (staatliche/kommunale Monopol- oder Pflichtaufgabe, schlicht öf-

¹⁹³ EuGH, a. a. O., Rn. 47 f. unter Rückverweis auf EuGH v. 11.1.2005, Rs. C-26/03 Stadt Halle u. Recyclingpark Lochau GmbH/TREA Leuna, Slg. I-1.

¹⁹⁴ S. insb. Burgi, ZG 2006, S. 189 ff sowie ders., NZBau 2005, S. 208 ff und Brohm, NZBau 2006, S. 63 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Burgi, ZG 2006, S. 189 (202)

¹⁹⁶ Für einen Vergleich der französischen mit der deutschen Staatsaufgabenlehre s. nur Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 115 ff. und 288 ff.

¹⁹⁷ S. zum Ganzen näher Brüning, DVBl. 2009, S. 1539 ff.; Pielow, Urteilsanm. zu Rs. C-480/06, Urteil vom 9.6.2009 Kommission/Deutschland EuZW 2009, S. 531 ff., sowie ders., in: Henneke (Hrsg.), Kommunalrelevanz des Vergaberechts, 2009, S. 34 (55 ff.).

fentliche Aufgabe?) zu vermissen. In der deutschen Abfall- und Abwasserwirtschaft fragt sich insbesondere, welche Erscheinungsformen der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben-„übertragung“ oder „-überlassung“ nach den §§ 18a Abs. 2 u. 2a WHG, 16 KrW-/AbfG (i. V. m. Landesrecht) nun konkret als Dienstleistungskonzession anzusehen sind oder nicht.¹⁹⁸ Erhebliche Zweifel bestehen beispielsweise bei der Beauftragung kommunaler Abfallentsorgungsunternehmen (Eigengesellschaften) mit Aufgaben (auch) der Altpapierverwertung, sofern das Altpapier vom Unternehmen in Eigenregie und mit Gewinn weiterveräußert werden soll.¹⁹⁹

Sodann ist mit einer Befreiung vom EG-Vergaberecht bzw. den §§ 97 GWB die Dienstleistungskonzession nicht eigentlich vergaberechtsfrei. Infolge des allgemeinen Diskriminierungsverbots im EG-Recht sowie verfassungs- und insbesondere grundrechtlicher Anforderungen unterliegt sie durchaus gewissen Anforderungen etwa an die Transparenz des Auswahlverfahrens und die Sachgerechtigkeit der Auswahlentscheidung („Vergaberecht light“).²⁰⁰ Gerade weil damit freilich der – halbwegs rechtssichere – Boden des sekundären EG-Vergaberechts verlassen ist, stellen sich erneut Unsicherheiten für die mit Dienstleistungskonzessionen befassten Gemeinden und Gemeindeverbände ein. Die Kommission geht hinsichtlich des „Wie“ der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen von einer generellen Ausschreibungspflicht aus.²⁰¹

Trotz dieser Unsicherheiten lehnt der Bundesrat eine gemeinschaftsrechtliche Regelung zur Konzessionsvergabe ab.²⁰² Derzeitiges Gemeinschaftsrecht sei ausreichend, um Bieter aus dem EU-Ausland diskriminierungsfrei zu beteiligen. Bereits bei den Verhandlungen zum Legislativpaket 2003/2004 wurden Regelungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen abgelehnt. Änderungen, die neue Vorstöße der Kommission rechtfertigten, seien nicht eingetreten. Vielmehr seien durch die Regelungen Verkomplizierungen zu erwarten. Es sei daher sinnvoller, bisherige Regeln strikt anzuwenden und weiter zu konsolidieren.

5.2.6 Vergabefremde Kriterien

Im Zusammenhang mit den oben (5.2.1) angeführten „Vergaberechtsprinzipien“ ist schließlich noch auf die – gleichfalls für „Arbeitsbeschaffung“ auf kommunaler Ebene sorgende – Problematik der sog. vergabe- oder beschaffungsfremden Kriterien hinzuweisen. Darunter werden solche Vergabemaßstäbe verstanden, durch die bei der Auftragsvergabe über den (Primär-) Zweck der Beschaffung hinaus weitere (Sekundär-) Ziele verfolgt werden, in dem sich ein Bieter mit seinem Angebot z. B. zur Tariftreue, zur Frauenförderung, ferner zu beschäftigungs- oder umweltpolitischen Maßnahmen verpflichtet.²⁰³ Derartige Sekundärzwecke können auf unterschiedliche Weise in das Vergabeverfahren einfließen, etwa bei der Definition des Auftragsgegenstandes, über technische Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung und schließlich bei der Prüfung geeigneter Bieter und bei der Zuschlagserteilung.

Zu Konflikten mit den „Vergaberechtsprinzipien“ des EG-Vergaberechts kommt es vor allem dann, wenn bei der Prüfung der Eignung von Bietern oder der Zuschlagserteilung „beschaffungsfremde“ Kriterien in den Vordergrund rücken und weniger nach dem Grundprinzip des „wirtschaftlichsten“ Angebots verfahren wird. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH²⁰⁴ bestimmt deshalb § 97 Abs. 4 S. 2 GWB nunmehr, dass zwar „zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden (können), die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen“. Erforderlich sind aber stets ein „sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand“ und die hinreichend transparente Kennzeichnung in der Leistungsbeschreibung. Ferner gilt auch insoweit natürlich das Diskriminierungsverbot i. S. d. § 97 Abs. 2 GWB. Andere oder weitergehende als die genannten Anforderungen unterliegen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB sogar dem **Gesetzesvorbehalt**, stehen also nicht im Ermessen des Auftraggebers – wobei die Abgrenzung schon wegen der wiederum recht unbestimmten Umschreibung vergabefremder Zwecke in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB („insbesondere“) schwer fällt. Neue Konfliktszenarien zeichnen sich hier etwa bezüglich künftiger Vorgaben zur „Energieeffizienz“ auch von Dienstleistungen im Bereich der Abfall- und Abwasserversorgung ab.²⁰⁵

¹⁹⁸ Die Unsicherheiten bezüglich des „Ob's“ einer Dienstleistungskonzession dokumentiert auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht ABl. EG Nr. C 121/2 v. 29.4.2000.

¹⁹⁹ S. dazu etwa OLG Düsseldorf, NZBau 2001, S. 696 f. und NVwZ 2004, S. 510 ff.

²⁰⁰ S. dazu nur Burgi, NZBau 2005, S. 610 ff.; Ruhland, Die Dienstleistungskonzession, 2006; aus der Rspr. etwa EuGH vom 21.7.2005, Rs. C-231/03 Coname, Slg. 2005, I-7287, Rn. 16-19.

²⁰¹ Vgl. etwa Pressemitteilung vom 14.1.2005, IP/04/44.

²⁰² Beschluss des Bundesrates zum Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, BR-Drs. 408/04 (B) vom 9.7.2004.

²⁰³ Vgl. statt aller Ruthig/Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1069.

²⁰⁴ S. insb. EuGH v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 Concordia Bus Finland, Rn. 55 ff. m. w. N.

²⁰⁵ S. insofern den in der letzten Legislaturperiode zunächst gescheiterten Referentenentwurf des BMU zur Umsetzung der „Energiedienstleistungsrichtlinie“ 2006/32/EG in Gestalt eines (Bundes-) Gesetzes zur Steigerung der Energieeffizienz (EnEfG) v. 30.1.2009, dort Art. 2 (Änderung der VgV); download (noch) unter www.rack-rechtsanwaelte.de/news/24924.pdf; dazu auch Otting, CuR 2009, S. 44 ff.

5.2.7 Zwischenfazit

Die Bestandsaufnahme zu den EG-vergaberechtlichen Einflüssen auf Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge führt zu einem ambivalenten Bild: Einerseits sind namentlich in der Rechtsprechung des EuGH seit den Entscheidungen in den Rechtssachen „Coditel“ und „Rugenberger Damm“ durchaus beachtliche Lockerungen vergaberechtlicher Anforderungen zu verzeichnen; sie betreffen insbesondere formale wie informale Formen der interkommunalen Zusammenarbeit (**In-State**-Kooperationen). Auf der anderen Seite bleibt es freilich bei nach wie vor zum Teil erheblichen Rechtsunsicherheiten bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen einer u. U. EU-weiten Ausschreibungspflicht – namentlich in punkto „vergabefremde Zwecke“, „Dienstleistungskonzessionen“, aber auch der reinen **Inhouse**-Vergabe durch Organisationsentscheidungen innerhalb einer Kommune.

Im Übrigen erscheint das Vergaberecht, jedenfalls in seiner verschachtelten „deutschrechtlichen“ Ausgestaltung, weiterhin hoch komplex und unübersichtlich, was einen entsprechend hohen administrativen wie Kostenaufwand der sich rechtstreu verhaltenden Gemeinden und Gemeindeverbände nach sich zieht (oben 5.2.2). Insofern dürften vergaberechtlich bedingte Erschwerungen der kommunalen Daseinsvorsorge gerade auch auf der spezifischen Umsetzungsgesetzgebung in Deutschland beruhen – wenn man etwa bedenkt, dass im Zuge der letzten Vergaberechtsnovelle zunächst angedachte, freilich juristisch umstrittene Erleichterungen zugunsten inter- wie intrakommunaler Kooperationen am Ende nicht in die §§ 97 ff. GWB einfließen²⁰⁶; vom Bundesrat wurde dies kritisiert und als „Merkposten“ für die nächste Novellierung der §§ 97 ff. GWB weiterhin eine breite Ausnahmeregelung für In-State-Geschäfte gefordert.²⁰⁷ Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009²⁰⁸ sind für die 17. Legislaturperiode indes keine Erleichterungen speziell zugunsten der kommunalen Daseinsvorsorge vermerkt. Immerhin soll das bestehende Vergaberecht „zur Erleichterung des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten“ reformiert und „weiter gestrafft“ werden. Ziel ist es, das Verfahren und die Festlegung der Vergaberegeln insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten. Wenn zusätzlich von einer Stärkung der Transparenz im „Unterschwelbereich“ bzw. von einem „wirksamen Rechtsschutz bei Unterschwellenaufträgen“ die Rede ist, zeichnen sich für öffentliche Auftraggeber und damit auch für die Kommunen in Nordrhein-Westfalen freilich durchaus neue Herausforderungen ab.

5.3 Kumulation von Gestaltungsgrenzen

Bei den bisherigen Ausführungen blieb unberücksichtigt, dass europarechtlich vermittelte Erschwerungen, namentlich bei Anwendung des Beihilfeverbots und des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe nicht nur isoliert betrachtet werden können. Vielmehr sieht sich die Erfüllung kommunaler Aufgaben der Daseinsvorsorge oftmals gerade aufgrund des **Zusammenwirkens** unterschiedlicher gesetzlicher Anforderungen – und zwar solcher des europäischen wie des Bundes- oder Länderrechts – behindert.²⁰⁹ Sektorspezifisch geht es etwa um Erschwerungen für kommunale Kooperationen in der Strom- und Gaswirtschaft aufgrund rigider Vorgaben zur Trennung von Energievertrieb und Energienetzbetrieb bei gleichzeitig anwachsenden Inpflichtnahmen für Zwecke des Umwelt- und Klimaschutzes. Was speziell – und sektorübergreifend – etwa die kumulierte Wirkung der EG-Beihilfe- und Vergaberechtsregeln betrifft, mehren sich die Stimmen (zumindest) im deutschen Schrifttum, welche an dieser Stelle Friktionen und letztlich ungerechtfertigte Doppelbelastungen kommunaler Akteure ausmachen.²¹⁰ Auf die aus Sicht der Kommunen aus der Pflicht zur öffentlichen Auftragsvergabe folgende Ungleichbehandlung gegenüber privaten Unternehmen wurde oben (4.1) bereits hingewiesen. Inwieweit die kommunalwirtschaftsrechtlichen Bindungen der §§ 107 ff. GO NRW und das Örtlichkeitsprinzip mit europäischem Recht vereinbar sind, wird kontrovers diskutiert.²¹¹ Auch Gesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit dienen nicht nur der Förderung sondern auch der Begrenzung derartiger Kooperationen.²¹²

²⁰⁶ Vgl. Art. 1 Nr. 4 (betr. Änderung von § 99 Abs. 1 S. 2 GWB) des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts v. 13.8.2008, BT-Drs. 16/10117: Ein öffentlicher Auftrag sollte generell nicht vorliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lässt, die wiederum selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung nicht auf dem Markt anbieten oder im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sind. Kritisch aus EG-rechtlicher Sicht etwa St. Storr, LKV 2005, S. 521 (525); s. ferner Prieß/Hölzl, NZBau 2009, S. 159 (162).

²⁰⁷ Vgl. Beschl. d. Bundesrates v. 13.2.2009, BR-Drs. 35/09 (B).

²⁰⁸ S. z. B. unter <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducusu-fdp.pdf>, S. 9 f.

²⁰⁹ Allgemein zur Zunahme gesetzlicher Bindungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge Henneke, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 17 (22 ff.).

²¹⁰ S. bspw. Hertwig, VergR 2008, S. 589 ff.; eingehend Bultmann, Beihilferecht und Vergaberecht, 2004, S. 193 ff. und passim.

²¹¹ Für einen Verstoß gegen Unionsrecht (Kapitalverkehrsfreiheit u. a.) s. insbes. Ehrliche, Gutachten über die Vereinbarkeit des in § 107 GO NRW verankerten Örtlichkeitsprinzips im Hinblick auf die kommunalen Unternehmen mit dem EG-Recht, Typoskript 2009; zuvor schon ders., IR 2007, S. 250 ff. siehe zur Gegenansicht etwa Stellungnahme des Innenministeriums zur Sitzung des LT-Ausschusses für Kommunalpolitik und Verwaltungsstrukturreform (Vorlage 14/2585) v. 21.4.2009; zuletzt auch Burgi, Sektorspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen (Rechtsgutachten 2010), S. 19 f. des Typoskripts.

²¹² S. zur Reichweite der kommunalen Zusammenarbeit nach nds. Landesrecht einerseits J. Franke, NdsVBl. 2007, S. 289 ff., andererseits R. Thiele, NdsVBl. 2008, S. 222 f.

6 Ausblick: Daseinsvorsorge und Dienste von allgemeinem Interesse nach dem Vertrag von Lissabon

Nach dem erfolgreich verlaufenen zweiten irischen Referendum zum Vertrag von Lissabon sowie der Unterzeichnung des Vertrages auch durch Polen und die Tschechische Republik ist das Vertragswerk zum 1. Dezember 2009 in Kraft getreten. Insofern ist hier in aller Kürze auf neue Nuancen einzugehen, die die damit bewirkten Änderungen des EU- sowie des EG-Vertrages (nunmehr: Vertrag über die Arbeitsweise der EU – AEUV)²¹³ gerade für die kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland und Nordrhein-Westfalen mit sich bringen (können).

6.1 EU-Vertrag n. F.: „ Soziale Marktwirtschaft“ und „lokale Selbstverwaltung“

Eine signifikante, wiewohl letztlich rein programmatische Änderung ist bereits in der Ergänzung der Ziele der Union nach Art. 3 (bisher Art. 2) EUV zu erblicken, wenn dort (Abs. 3) das Zentralanliegen des Binnenmarkts nicht nur mit dem Streben nach ausgewogenem Wirtschaftswachstum, Preisstabilität u. a. sondern erstmals auch mit dem Hinweis auf

„eine in hohem Maße wettbewerbsfähige **soziale Marktwirtschaft**, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“,

präzisiert wird. Nicht mehr an erster Stelle rangiert damit das bislang noch in den „Grundsätzen“ des EG-Vertrages an vorderer Stelle (Art. 4 Abs. 1) genannte Prinzip der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Nach dem Vertrag von Lissabon wurde es nicht aufgegeben, kommt nunmehr indes nur noch im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungspolitik in Art. 119 Abs. 1 AEUV zur Sprache. Lediglich „programmatisch“ ist diese Änderung deshalb, weil das Konzept des EU-Binnenmarkts mit möglichst freiem, grenzüberschreitendem Wettbewerb als solches erhalten bleibt (künftig Art. 26 Abs. 2 AEUV) und auch die Grundfreiheiten (Art. 28 ff. AEUV) und Wettbewerbsregeln (Vorschriften für Unternehmen in Art. 101 ff. sowie über staatliche Beihilfen in Art. 107 ff. AEUV) keine substantiellen Veränderungen erfahren. Immerhin kommt mit dem Motto „soziale Marktwirtschaft“ doch eine Nuancierung der geistigen Grundhaltung der Regierungen der Vertragsstaaten zum Ausdruck, die in Bezug auf Belange der öffentlichen Daseinsvorsorge nur förderlich sein kann.

Speziell für die **kommunale** Daseinsvorsorge von Interesse ist sodann die angereicherte Regelung zur Wahrung der „nationalen Identität“ der Mitgliedstaaten (s. bislang Art. 6 Abs. 3 EUV). In Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV n. F. heißt es dazu:

„Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und **lokalen Selbstverwaltung** zum Ausdruck kommt.“²¹⁴

Ob und inwieweit diese neue Verbürgung zur nachhaltigeren Absicherung der bislang immer als „nicht europafest“ beschriebenen kommunalen Selbstverwaltung im Allgemeinen und von Belangen der örtlichen Daseinsvorsorge im Besonderen beiträgt, steht noch in den Sternen. Zur näheren Konturierung bietet sich etwa die Methode des wertenden Rechtsvergleichs unter den einschlägigen Verfassungsverbürgungen der Mitgliedstaaten, aber auch die Orientierung an der „Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung“ des Europarates vom 15. Oktober 1985²¹⁵ an. Dass es freilich jemals zu einer Art „institutioneller Garantie“ der Kommunalverwaltung nebst Daseinsvorsorge nach europäischem (Verfassungs-) Recht kommen wird, erscheint angesichts der höchst disparaten Rahmenordnungen in den Mitgliedstaaten eher unwahrscheinlich.²¹⁶ Allerdings hat man zu berücksichtigen, dass Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV n. F. ausdrücklich von der „jeweiligen“ nationalen Identität der Mitgliedstaaten spricht. Dies könnte dazu veranlassen, nunmehr etwa die Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG **insgesamt** und einschließlich ihrer Schutzwirkungen für die kommunale Daseinsvorsorge – namentlich der bürgerschaftlich-demokratischen Mitwirkung daran (s. oben 3.2.3) – vor Übergriffen der EU-Legislative und -Exekutive abzuschirmen.

²¹³ S. die konsolidierten (Vorab-) Fassungen der Verträge in ABI. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008.

²¹⁴ Hervorhebung nur hier. Zur Entstehung der Regelung schon im Entwurf zum EU-Verfassungsvertrag s. schon Hoffschulte, DVBl. 2005, S. 202 ff.

²¹⁵ BGBl. 1987 II, S. 65; s. dazu etwa R. Derenbach, Landkreis 2005, S. 489 ff.; Th. Schmidt, EuR 2003, S. 936 ff.; F.-L. Knemeyer, BayVBl. 2000, S. 449 ff.; H.-J. Blanke, DVBl. 1993, S. 819 ff.

²¹⁶ Zu den Verfassungstraditionen in punkto „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ s. Pielow in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europ. Grundrechtecharta, 2006, Art. 36, Rn. 5 u. 15 f.

6.2 AEUV und Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse

Der grunderneuerte Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält neben einer Stärkung des Ausschusses der Regionen (AdR, s. Art. 307 AEUV) vor allem eine Erweiterung des bisherigen Art. 16 EG um eine Kompetenz der EU sogar für (unmittelbar geltende) **Verordnungen** über die Grundsätze, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – dies jedoch unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren (künftig: Art. 14 S. 2 AEUV). Diese neue, durchaus sybillinische Norm soll kompetenziell den Weg für eine etwa im Europäischen Parlament wiederholt erwogene und sektorübergreifende „Rahmenrichtlinie“ eröffnen – eine Idee, von der sich Kommission zuletzt indes wieder distanzierte.

Praktisch höhere Bedeutung für kommunale Dienste der Daseinsvorsorge könnte allerdings das Protokoll Nr. 26 „Über Dienste von allgemeinem Interesse“ zum Vertrag von Lissabon entfalten.²¹⁷ Es bestimmt als „gemeinsame Werte“ der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem **wirtschaftlichem** Interesse i. S. d. künftigen Art. 14 AEUV u. a. die wichtige Rolle und den „weiten Ermessensspielraum“ auch der lokalen Behörden in der Frage, „wie“ diese Dienste zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind. Daraus kann etwa auf breitere Gestaltungsspielräume außerhalb des EG-Vergaberechts geschlossen werden. Als „gemeinsame Werte“ erscheinen außerdem die „Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen“ und die „Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können“. Daraus mag man vorsichtig etwa eine künftige Zurückhaltung der Unionsorgane bezüglich „vergabefremder“ Zwecke (s. oben 5.2.6) folgern können.

Nach Art. 2 des Protokolls Nr. 26 berühren schließlich die Bestimmungen im EU- und im AEU-Vertrag „in keiner Weise“ die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, **nichtwirtschaftliche** Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren. Damit ist im Grunde nur auf den Punkt gebracht, was nach geltendem Gemeinschaftsrecht bereits der Fall ist – dass nämlich nichtwirtschaftliche bzw. „nicht marktbezogene“ Dienstleistungen von den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln nicht erfasst werden (s. oben 5.1.1). Zu der vorgelagerten – und eigentlich virulenten – Frage, **wie** denn nichtwirtschaftliche von wirtschaftlichen Diensten im allgemeinen Interesse verlässlich abzugrenzen sind, besagt das Protokoll freilich nichts.

6.3 Fazit

Welche genauen Folgen die neuen Verlautbarungen nach dem Vertrag von Lissabon für die kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland nach sich ziehen werden, ist noch völlig offen. Es wird vor allem Aufgabe des EU-Gesetzgebers, der Vollzugspraxis der Kommission (wie auch der Mitgliedstaaten) und schließlich des Gerichtshofs sein, diese Vorschriften mit Leben zu füllen. Immerhin besteht die Chance, mittels behutsamer Ausgestaltung dieser neuen Prinzipien das bislang bestehende und, wie aufgezeigt, in vielen Fällen eher unflexible Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten des Wettbewerbs im Bereich der Dienste von allgemeinem Interesse problem- und sektorbezogen zurechtzurücken. Es dürfte sich insofern empfehlen, weitere Debatten resp. Verhandlungen über Feinjustierungen insbesondere bei der Anwendung der Beihilfe- und Vergaberechtsvorschriften gerade auch unter Hinweis auf die künftigen Neuregelungen im EU- wie im AEU-Vertrag zu führen.

²¹⁷ Art. 2 des Protokolls Nr. 2 („Über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“) sieht überdies vor, dass die Kommission bei „Vorschlägen für Gesetzgebungsakte“ gegebenenfalls der regionalen und lokalen Bedeutung der in Betracht gezogenen Maßnahme Rechnung zu tragen hat. Nach Art. 5 S. 4 sind ferner die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand u. a. der regionalen und lokalen Behörden so gering wie möglich zu halten.

C Analyse der empirischen Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechtes

1 Fragestellungen

Dem politikwissenschaftlichen bzw. empirischen Teil liegen drei untersuchungsleitende Fragestellungen zugrunde:

1. Inwieweit lässt sich ein Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune empirisch beobachten?
2. Wie wirkt das europäische Gemeinschaftsrecht auf die lokale Demokratie, die Effizienz des Verwaltungshandelns und die Effektivität der öffentlichen Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene?
3. Wie bewerten die Kommunen, die durch das Altmark-Trans-Urteil des EuGH und das Monti-Paket der Europäischen Kommission definierten Bedingungen, bei deren Erfüllung öffentliche Zuwendungen nicht als Beihilfen zu klassifizieren sind?

Im Folgenden wird zunächst das Untersuchungsdesign vorgestellt, welches gewählt wurde, um die drei Untersuchungsfragen zu beantworten. Daran anschließend werden die Ergebnisse einer standardisierten Befragung unter allen Kommunen in Nordrhein-Westfalen mit mindestens 30.000 Einwohnern erläutert. Dem folgend werden die Resultate von neun qualitativen Fallstudien synoptisch dargestellt. Der politikwissenschaftliche Teil des Gutachtens schließt mit einer Zusammenführung der Ergebnisse der standardisierten Befragung und der qualitativen Fallstudien.

2 Untersuchungsdesign

Um die drei Fragestellungen zu beantworten, wurden quantitative und qualitative Methoden kombiniert. Durch die Kombination beider Verfahren können die Vorteile und Nachteile dieser Methoden zumindest partiell untereinander ausgeglichen werden. So sind quantitative Methoden durch ein hohes Maß an externer Validität gekennzeichnet, ihre Ergebnisse sind also verallgemeinerbar, aber sie verfügen nur über eine geringe Aussagekraft im Einzelfall. Demgegenüber sind qualitative Methoden durch ein niedriges Maß an externer Validität (keine verallgemeinerbaren Ergebnisse), aber ein hohes Maß an interner Validität durch die Tiefenanalyse von zumeist komplexen Strukturen und Prozessen gekennzeichnet (vgl. Bogumil et al. 2007, S. 22).

Der quantitative Teil der Untersuchung basiert auf einer standardisierten Befragung, deren Grundgesamtheit durch Kommunen in Nordrhein-Westfalen mit mindestens 30.000 Einwohnern gebildet wird. Das Erhebungsinstrument bildet ein 36 Fragen umfassender standardisierter Fragebogen. Im ersten Teil geht es um die Rechtsformen der öffentlichen Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene in den Bereichen Abfallentsorgung, Abwasserentsorgung und Krankenhauswesen. Den Schwerpunkt des zweiten Teils bilden mit Inhouse-Vergaben und interkommunaler Zusammenarbeit Teile des Vergaberechts. Hier wird nur auf die Bereiche Abfallentsorgung und Abwasserentsorgung Bezug genommen. Das Krankenhauswesen wurde außen vor gelassen, weil davon ausgegangen werden kann, dass das europäische Vergaberecht zumindest im Hinblick auf Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung in diesem Sektor nicht relevant sein dürfte. Der dritte Teil bezieht sich auf das europäische Beihilferecht. Im Gegensatz zu den anderen Teilen des Fragebogens bezieht er sich auf alle Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge der kommunalen Ebene. Der vierte Teil des Fragebogens umfasst einige Basisdaten der Kommunen, welche für eine systematische Datenauswertung relevant sein können.

Der Fragebogen wurde im Frühjahr 2008 an die (Ober-) Bürgermeisterinnen/ (Ober-) Bürgermeister und Landräte nordrhein-westfälischer Kommunen mit mindestens 30.000 Einwohnern verschickt. Die Kommunen wurden darum gebeten, den Fragebogen ggf. in Abstimmung mit den betreffenden verwaltungsinternen Verantwortlichen für die jeweils interessierenden Sektoren der öffentlichen Daseinsvorsorge und/oder für europarechtliche Fragestellungen zu beantworten.

Der qualitative Teil der Untersuchung besteht aus neun Fallstudien. In diesen wurden leitfadengestützte Interviews mit Entscheidungsträgern in öffentlichen Unternehmen und Zweckverbänden geführt. Vorbereitet wurden die Fallstudien durch Dokumentenanalysen.

3 Ergebnisse der standardisierten Befragung

3.1 Rücklauf

Die Grundgesamtheit der Befragung umfasst 130 Kommunen. Sie setzt sich aus 76 kreisangehörigen Städten und Gemeinden, 23 kreisfreien Städten und 31 Landkreisen zusammen. 89 Kommunen haben den Fragebogen beantwortet. Die Rücklaufquote beträgt somit 68%. Sie unterscheidet sich nach Typen von Kommunen. Die höchste Rücklaufquote wird mit 77% bei den Landkreisen erreicht. Bei den kreisangehörigen Städten und Gemeinden beträgt sie 68% und bei den kreisfreien Städten ist sie mit 57% am niedrigsten. In Anbetracht dessen, dass der standardisierte Fragebogen mit 36 Fragen relativ lang ist und er ein komplexes Thema zum Gegenstand hat, kann diese Rücklaufquote als außerordentlich gut betrachtet werden.

Einschränkend ist jedoch anzumerken, dass die Anzahl der auswertbaren Antworten sehr stark in Abhängigkeit von der Komplexität der jeweiligen Fragestellungen variiert. Insbesondere der beihilferechtliche Fragebogenteil verlangt den Befragten ein hohes Maß an rechtlichem Vor- und Detailwissen ab. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Fragen zum Beihilferecht, im Verhältnis zu den Fragen in den anderen Teilen des Fragebogens, in überproportional hohem Ausmaß nicht beantwortet wurden bzw. dass angegeben wurde, dass eine Beantwortung nicht möglich ist. So wurde eine Frage zur Einschätzung der Freistellungsentscheidung aufgrund hoher Nonresponse und damit verbundener kleiner Fallzahlen nicht weiter berücksichtigt.

3.2 Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune?

Bevor wir der Frage nachgehen, ob sich ein Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune empirisch beobachten lässt, wird im Folgenden zunächst geklärt, was unter den Konzepten „Versorgungskommune“ und „Gewährleistungskommune“ in dieser Untersuchung verstanden wird. Beide Konzepte stehen in Verbindung mit der politik- und verwaltungswissenschaftlichen Diskussion um den Gewährleistungsstaat bzw. die Gewährleistungsverwaltung (vgl. Proeller/Schedler 2005, S. 94-101). In analytischer Perspektive wird mit dem Konzept des Gewährleistungsstaates ein Wandel der Staatlichkeit in Form einer neuen Verantwortungsteilung zwischen Staat und privaten Akteuren bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aufgegriffen (vgl. Schuppert 2007, S. 473-475). Diese Verantwortungsteilung sieht dergestalt aus, dass der Staat die Aufgabe übernimmt, die Erbringung von öffentlichen Aufgaben zu sichern (vgl. Röber 2005, S. 88) und somit Träger der sogenannten Gewährleistungsverantwortung ist (vgl. Bogumil/Jann 2009, S. 71). Die Erfüllungs- bzw. Vollzugsverantwortung liegt indes nicht beim Staat, sondern bei privaten Akteuren (vgl. Röber 2005, S. 88). Damit korrespondierend tritt die öffentliche Verwaltung zunehmend als Gewährleistungsverwaltung und nicht als Leistungsverwaltung, welche öffentliche Aufgaben eigenständig vollzieht, in Erscheinung. Bezogen auf Kommunen beinhaltet die Leistungsverwaltung vor allem die öffentliche Daseinsvorsorge (vgl. Waiz 2009, S. 41-42). Das Konzept der Gewährleistungskommune impliziert somit, dass die Gewährleistungsverantwortung weiterhin bei den Kommunen liegt. Ihnen obliegt die Aufgabe, die Ziele öffentlicher Daseinsvorsorge zu definieren und deren Erfüllung bzw. Vollzug zu regulieren und zu überwachen (vgl. Waiz 2009, S. 41-42). Die Vollzugsverantwortung kann hingegen bei privaten Akteuren liegen.

Die europäische Liberalisierungspolitik wird als ein wesentlicher Grund für den Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune betrachtet, denn sie übt, so eine These, einen starken Privatisierungsdruck auf die öffentliche Daseinsvorsorge aus (vgl. Deckwirth 2008, S. 534-537; Lippert 2005, S. 14-19; Richter 2007, S. 10). Bei den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die nicht umfassend durch sektorale Richtlinien auf europäischer Ebene reguliert werden, ist es vor allem das europäische Sekundärrecht in Form des Beihilfe- und Vergaberechts, welchem starke Privatisierungsimpulse zugesprochen werden (vgl. Ruffert 2007, S. 1091-1094; Schink 2005, S. 861-863). Diese Privatisierungsinitiativen wirken sich in den Kommunen in Deutschland, die aufgrund ihrer Organisationshoheit zur effektiveren Erfüllung der öffentlichen Aufgaben kommunale Unternehmen gebildet haben, insofern negativ aus, als die öffentlichen Unternehmen nun aus EU-Perspektive im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen. Während die kommunalen öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik Teil der Kommune sind, sind aus europäischer Perspektive die öffentlichen Unternehmen den privaten Unternehmen gleichzusetzen, so dass sich hier nationale und europäische Perspektiven unterscheiden. Die Modernisierungsstrategie

der Kommunen in den 1990er Jahren, die für die Kommunen lediglich mit einer anderen Erbringungsform verbunden war, hat damit automatisch zur Folge, dass diese Unternehmen dem europäischen Wettbewerbsrecht unterliegen.

Um die These eines Wandels von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune zu überprüfen, wird im Folgenden zunächst dargestellt, in welchen Rechtsformen²¹⁸ die öffentliche Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene in den Bereichen Abfallentsorgung, Abwasserentsorgung und Krankenhauswesen wahrgenommen wird. Wenn ein Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune bereits stattgefunden hat, dann müsste eine Dominanz von privatwirtschaftlichen Unternehmen zu beobachten sein. Allerdings ist aufgrund des hoheitlichen Charakters der Abwasserentsorgung nur für den Bereich der Abfallentsorgung und des Krankenhauswesens damit zu rechnen (vgl. Estermann 2009, S. 189-190).

Tabelle 1: Rechtsformen bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge ²¹⁹

	Abfallentsorgung	Abwasserentsorgung	Krankenhauswesen
Öffentliche Unternehmen	69,1%	90,7%	50,0%
Zweckverband	7,4%	4,6%	0,0%
Sonstige Formen der interkommunalen Zusammenarbeit	2,5%	0,0%	0,0%
Gemischtwirtschaftliches Unternehmen	14,8%	7,4%	3,2%
Privatwirtschaftliches Unternehmen	16,0%	0,0%	12,5%
Wird von einer anderen Kommune wahrgenommen	1,2%	0,0%	0,0%
Sonstiges	2,5%	1,5%	34,4%

Wie aus Tabelle 1 ersichtlich wird, liegt die Vollzugsverantwortung sowohl in der Abfallentsorgung als auch in der Abwasserentsorgung nach wie vor größtenteils bei öffentlichen Unternehmen²²⁰. So wird die Abfallentsorgung in 69,1% und die Abwasserentsorgung sogar in 90,7% der Fälle von öffentlichen Unternehmen erbracht. 50,0% der Krankenhäuser werden ebenfalls von den Kommunen als öffentliche Unternehmen betrieben. Demgegenüber sind die Anteile von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sowohl in der Abfallentsorgung als auch in der Abwasserentsorgung mit 14,8% bzw. 7,4% relativ klein.

Vor dem Hintergrund jedoch, dass die Abfallentsorgung eine Aufgabe darstellt, welche in Deutschland traditionellerweise fast ausschließlich in kommunaler Eigenerstellung erfolgte (vgl. Bogumil/Holtkamp 2006, S. 188-189; Killian et al. 2006, S. 9-10) und sich erst in den 1990er Jahren begonnen hat verstärkt zu wandeln (vgl. Portz 2005, S. 797), sind die Anteile (um ca. 15%) gemischtwirtschaftlicher als auch privatwirtschaftlicher Unternehmen bemerkenswert hoch.

Die oben beschriebene Modernisierungsstrategie der Kommunen in Folge der Haushaltskrise hat, so legen unsere Daten und verschiedene empirische Untersuchungen nahe (vgl. Bogumil et al. 2007, S. 73-74), tatsächlich zu einer Zunahme der Einbeziehung von Privaten in die Leistungserstellung geführt. So liegt die Abfallentsorgung immerhin in 16,0% der Kommunen vollständig in privatwirtschaftlicher Hand. Im Krankenhauswesen liegt der Aufgabenvollzug in 12,5% der Krankenhäuser in privatwirtschaftlicher Hand. Als gemischtwirtschaftliches Unternehmen sind hingegen nur 3,2% der Krankenhäuser organisiert. In der Abfallentsorgung hingegen nehmen Public Private Partnerships mit einem Anteil von 14,8% der Fälle sogar eine durchaus bedeutende Rolle ein (vgl. Tabelle 1). Dieser Anteil von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist insbesondere vor dem Hintergrund dessen, dass die Gründung von PPPs

²¹⁸ In Anlehnung an Brede werden auch Regiebetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen bzw. Eigenbetriebe unter dem Begriff Rechtsform zusammengefasst, auch wenn ein Merkmal dieser darin besteht, dass bewusst ein Verzicht auf rechtliche Gestaltungselemente vorliegt (vgl. Brede 2001, S. 79).

²¹⁹ Die dieser Tabelle zugrundeliegende Frage wurde als Mehrfachantwort konzipiert. Aus diesem Grund gibt es hier mehr Antworten als Fälle und die Prozentwerte ergeben summiert einen Wert, welcher größer ist als 100%. Für Mehrfachantworten gibt es eine Vielzahl von Gründen. So kann die Abfallentsorgung auf verschiedene Einrichtungen, beispielsweise mehrere Abfallverbrennungsanlagen, aufgeteilt werden. Weiterhin können die Träger der Vollzugsverantwortung nach Abfallarten differieren. Außerdem lässt sich der Prozess der Abfallentsorgung in verschiedene Phasen, wie die Abfallabholung und die Abfallverbrennung bzw. Abfalldeponierung, aufspalten. Die einzelnen Phasen können von verschiedenen Unternehmen und somit auch in verschiedenen Rechtsformen vollzogen werden. In der Abfallentsorgung, der Abwasserentsorgung und im Krankenhauswesen können Mehrfachantworten entstehen, weil die Aufgabe zwar von einem öffentlichen oder privatwirtschaftlichen Unternehmen vollzogen wird. Diese können aber gleichzeitig Mitglied in einem Zweckverband sein. Im Krankenhauswesen entstehen Mehrfachantworten, weil in einer Kommune mehrere Krankenhäuser angesiedelt sein können, welche auch in unterschiedlichen Rechtsformen geführt werden können.

²²⁰ Zu den öffentlichen Unternehmen werden hier Regiebetriebe, eigenbetriebsähnliche Einrichtungen bzw. Eigenbetriebe, Eigengesellschaften des privaten Rechts und Stiftungen, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, mit Ausnahme von Zweckverbänden, gezählt (vgl. Brede 2001, S. 79). Es ist also, auch in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH, unerheblich, ob eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform vorliegt (vgl. Burgi 2002, S. 256-257).

durch das Europarecht erschwert wurde, beachtlich (zur näheren Erläuterung vgl. Kapitel 4.3). Daher ist zu vermuten, dass eine Vielzahl der Gründungen bereits in den 1990er Jahren vollzogen wurde.

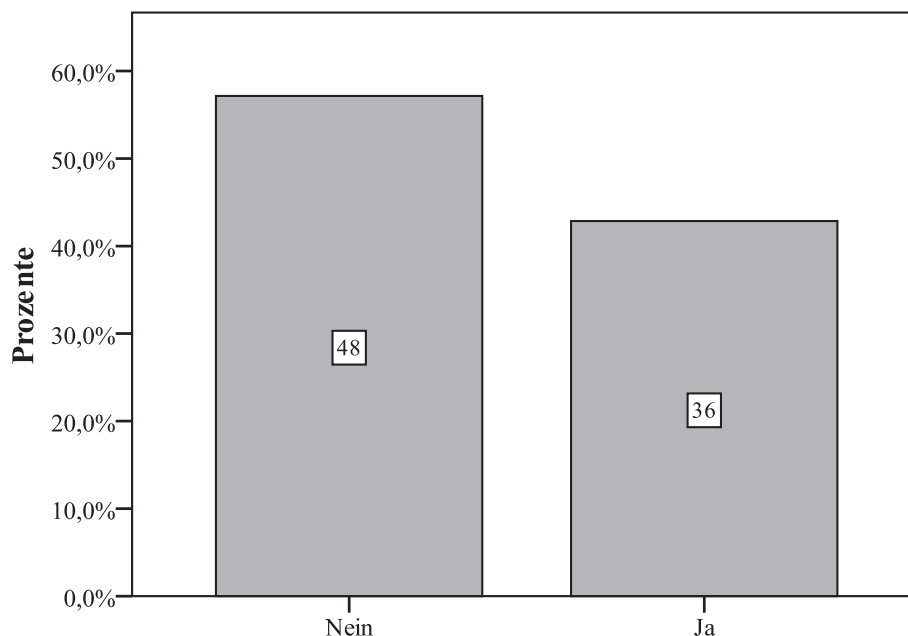
Es ist festzustellen, dass öffentliche Unternehmen bislang in keinem der drei Aufgabenbereiche aus dem Vollzug der öffentlichen Daseinsvorsorge durch rein privatwirtschaftlich geführte Unternehmen verdrängt wurden. So lässt sich immer noch eine Dominanz der Aufgabenerbringung durch öffentliche Träger in allen drei Aufgabenbereichen beobachten. Auch im Krankenhauswesen stellen privatwirtschaftliche Unternehmen nicht den Regelfall dar. Vielmehr sind es auch hier die öffentlichen Unternehmen, allen voran die Eigengesellschaften des privaten Rechts, welche eine bedeutsame Rolle einnehmen. Darüber hinaus haben relativ viele Kommunen die Krankenhäuser in ihrer Gebietskörperschaft der Kategorie „Sonstiges“ zugeordnet. Es lässt sich vermuten, dass sich hier hinter Krankenhäuser in freier Trägerschaft verbergen, die historisch bedingt einen gewichtigen Anteil an der Krankenhausversorgung in Nordrhein-Westfalen einnehmen.

Die historisch gewachsenen Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge scheinen sich allerdings langsam zu verändern. So ist bei der Interpretation dieser Ergebnisse zu bedenken, dass die Erbringung dieser Dienstleistungen bislang fast ausschließlich in der öffentlichen Hand lag. Änderungen vollziehen sich in diesen Bereichen z. B. aufgrund längerfristiger Verträge nur langsam. In allen untersuchten Aufgabenbereichen außer der Abwasserentsorgung nehmen privatwirtschaftliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen zwar keine dominierende, aber dennoch eine durchaus quantitativ bedeutsame Rolle ein. Die kommunalen Modernisierungsstrategien haben also zu einer zunehmenden Einbeziehung Privater in den Aufgabenvollzug geführt und somit zu einer Ausdifferenzierung der Erfüllung kommunaler Dienstleistungserbringung. Ein bereits vollzogener Wandel von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune kann vor dem Hintergrund der Dominanz von öffentlichen Unternehmen in allen drei Aufgabenbereichen indes nicht beobachtet werden.

Um zu untersuchen, ob sich im Zeitverlauf eine Tendenz der Zunahme von Privatisierungen in den drei Aufgabenbereichen zeigt, wurden die Kommunen danach befragt, ob in den letzten zehn Jahren Veränderungen der Rechtsform in einem der drei Bereiche stattgefunden haben und, insofern dies der Fall ist, in welcher Rechtsform die Aufgabe zuvor vollzogen wurde. Wenn die These eines Wandels von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune zutrifft, dann müsste sich dies in einer Häufung von materiellen Privatisierungen widerspiegeln.

Wie Abbildung 1 zeigt, geben immerhin etwas mehr als 40% der befragten Kommunen an, dass in den letzten zehn Jahren in mindestens einem Aufgabenbereich eine Veränderung der Rechtsform stattgefunden hat. Diese Zahl zeigt, dass auch nach der Modernisierungswelle in den 1990er Jahren noch immer eine gewisse Veränderungsdynamik die kommunale Landschaft bestimmt. Dieser Prozentwert entspricht einer Anzahl von 36 Kommunen. Auf diese beziehen wir uns bei der folgenden Kategorisierung von Rechtsformveränderungen.

Abbildung 1: Wurde einer der genannten Aufgabenbereiche in den letzten zehn Jahren in einer anderen Rechtsform wahrgenommen?



In Anlehnung an eine übliche Unterscheidung von Privatisierungsformen werden hier formelle, funktionale und materielle Privatisierungen unterschieden (vgl. Maurer 2006, S. 620-622). Diese Einteilung von Formen der Privatisierung wird um die Kategorien „Rekommunalisierung“, „Veränderungen innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen“, „Übertragung von Aufgaben auf Zweckverbände und sonstige Formen der interkommunalen Zusammenarbeit“ und „Übertragung von Aufgaben von Zweckverbänden auf öffentliche Unternehmen“ ergänzt. Als „Rekommunalisierung“ wird dabei die vollständige Rückverlagerung der Vollzugsverantwortung für eine öffentliche Aufgabe von einem privatwirtschaftlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen auf öffentliche Unternehmen verstanden (vgl. Verbücheln 2009, S. 3). In der Kategorie „Veränderungen innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen“ werden alle Verschiebungen der Vollzugsverantwortung zwischen verschiedenen Arten öffentlicher Unternehmen zusammengefasst²²¹. Eine Ausnahme bilden hier formelle Privatisierungen, welche auch eine Verschiebung der Vollzugsverantwortung zwischen unterschiedlichen Formen von öffentlichen Unternehmen darstellen.

Tabelle 2: Rechtsformveränderungen in den letzten zehn Jahren

	Abfallentsorgung	Abwasserentsorgung	Krankenhauswesen
Formelle Privatisierung	12,5%	13,6%	0,0%
Funktionale Privatisierung	20,8%	4,5%	0,0%
Materielle Privatisierung	4,2%	0,0%	0,0%
Kommunalisierung/Rekommunalisierung	12,5%	4,5%	0,0%
Veränderung innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen	50,0%	72,7%	71,4%
Übertragung von Aufgaben auf Zweckverbände oder sonstige Formen der interkommunalen Zusammenarbeit	20,8%	4,5%	0,0%
Übertragung von Aufgaben von Zweckverbänden auf öffentliche Unternehmen	0,0%	0,0%	28,6% ²²²
N	24	22	14

Wie in Tabelle 2 zu erkennen ist, stellt die materielle Privatisierung in keinem der drei Aufgabenbereiche eine bedeutende Art der Rechtsformveränderung dar. Sowohl in der Abwasserentsorgung als auch im Krankenhauswesen fand in den letzten zehn Jahren keine materielle Privatisierung statt. In der Abfallentsorgung wurden lediglich in 4,2% der Kommunen materielle Privatisierungen vollzogen. Dies entspricht einer Anzahl von nur einem einzigen Fall. Im Vergleich dazu ist zumindest in der Abfallentsorgung und der Abwasserentsorgung die formelle Privatisierung mit 12,5% bzw. 13,6% bedeutender. Die funktionale Privatisierung, also die Verlagerung der Vollzugsverantwortung in institutionelle Public Private Partnerships, ist im Gegensatz zu den anderen Sektoren in der Abfallentsorgung mit 20,8% eine relativ häufig vorkommende Rechtsformveränderung. Es ist bemerkenswert, dass materielle Privatisierungen in allen drei Aufgabenbereichen keine bedeutende Rolle spielen.²²³

In den letzten zehn Jahren scheint sich der Trend zur materiellen Privatisierung der Vollzugsverantwortung also nicht fortgesetzt zu haben. Die festgestellte Zunahme vollständig privatwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung scheint sich also bereits im Zeitraum vor den letzten zehn Jahren vollzogen zu haben, als das europäische Gemeinschaftsrecht noch von wesentlich geringerer Bedeutung war als heutzutage. Bemerkenswert ist hingegen, dass funktionale Privatisierungen in der Abfallentsorgung in den letzten zehn Jahren immer noch eine bedeutende Rolle einnahmen.

²²¹ An dieser Stelle wurde darauf verzichtet, die Rückverlagerung der Vollzugsverantwortung von einer (Eigen-) Gesellschaft des privaten Rechts auf eine öffentlich-rechtliche Rechtsform eines öffentlichen Unternehmens als gesonderte Kategorie darzustellen. Derartige Rechtsformveränderungen sind unter europarechtlichen Gesichtspunkten interessant, weil bei einer (Eigen-) Gesellschaft des privaten Rechts im Einzelfall zu klären ist, ob die Teckal-Kriterien erfüllt sind. Somit könnte auch die Rückverlagerung der Vollzugsverantwortung von privatrechtlichen Rechtsformen öffentlicher Unternehmen auf öffentlich-rechtliche Rechtsformen eine Reaktion auf das europäische Vergaberecht darstellen. Jedoch konnte eine derartige Rechtsformveränderung nur in einem einzigen Fall in der Abfallentsorgung beobachtet werden. Diese Rechtsformveränderung fällt also nicht ins Gewicht.

²²² Hierbei handelt es sich um einen Zweckverband, der in drei unterschiedlichen rechtsfähigen Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts und einer Eigengesellschaft des privaten Rechts aufgegangen ist.

²²³ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass nicht alle Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge materiell privatisiert werden können. Für manche Aufgaben, wie bspw. das Einsammeln und das Ableiten des Abwassers, bestimmen die gesetzlichen Vorgaben, dass die Gewährleistungspflicht bei den Kommunen liegen muss.

Der gemeinsame Aufgabenvollzug unter Einbezug von Privaten hat für die Kommunen zumindest in der Abfallentsorgung nicht an Attraktivität verloren. Verwunderlich ist dies zunächst nicht, wenn bedacht wird, dass Public Private Partnerships es ermöglichen, Ressourcen privater Akteure zu nutzen, um die Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung zu steigern, ohne dabei die politische Steuerung der Leistungserbringung vollständig aus der Hand zu geben. Vor dem Hintergrund der Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts ist dieses Ergebnis jedoch bemerkenswert. Das im Jahr 2005 ergangene sog. „Halle-Urteil“ des EuGH verhindert die Beteiligung privater Unternehmen an öffentlichen Unternehmen ohne EU-weite Ausschreibung. Einzelerfahrungen aus der kommunalen Praxis weisen seitdem darauf hin, dass das europäische Gemeinschaftsrecht entweder zur vollständig privaten oder vollständig öffentlichen Aufgabenerfüllung führt. Ob die Beteiligung Privater im Bereich der Abfallentsorgung vor oder nach dem Urteil datiert werden kann, lässt sich anhand der vorliegenden Daten nicht erkennen.

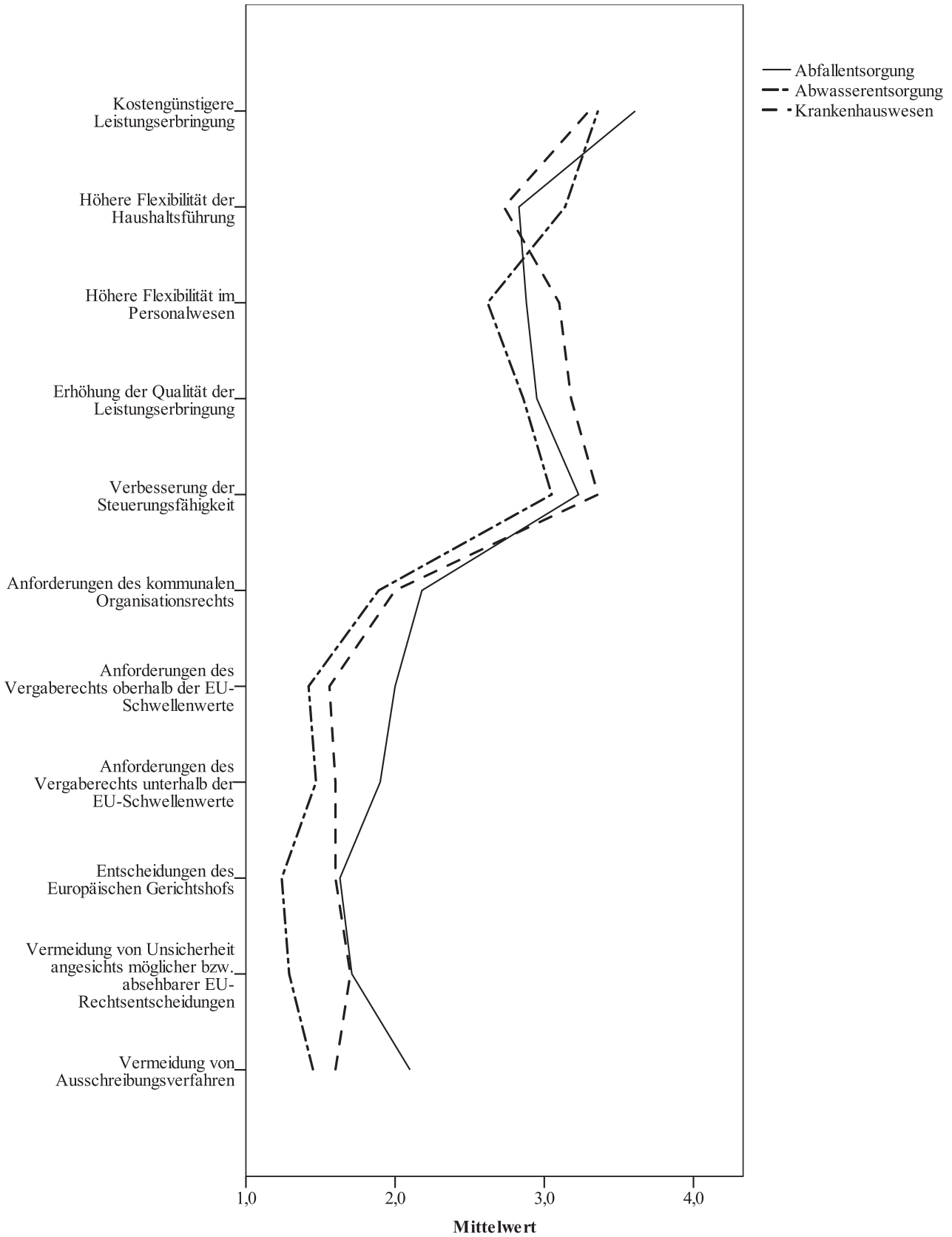
Die dominante Art der Rechtsformveränderung wird in allen Aufgabenbereichen durch Veränderungen innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen gebildet. Die These eines Wandels von der Versorgungskommune zur Gewährleistungskommune lässt sich in Anbetracht der geringen – wenn auch bemerkenswerten – Anteile materieller Privatisierungen und der Dominanz von Veränderungen innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen auch bei dynamischer Betrachtungsweise nicht bestätigen.

Die bis hierhin vorgelegten Zahlen liefern keine Erkenntnis darüber, wodurch die Verteilung auf die verschiedenen Rechtsformen zustande kam. Daher wollen wir uns nun näher mit der Frage beschäftigen, ob das europäische Gemeinschaftsrecht einen Einfluss auf Rechtsformentscheidungen von Kommunen in der öffentlichen Daseinsvorsorge hat. Diese Frage kann beantwortet werden, indem die Gründe betrachtet werden, wegen derer die Kommunen ihre Rechtsform verändert haben: In Abbildung 2 sind die Mittelwerte der Gründe für die Veränderung der Rechtsform in einer Profillinie dargestellt. Die Profillinie lässt sich folgendermaßen interpretieren: Je näher der Mittelwert am Wert 1 liegt, desto unwichtiger ist der jeweilige Grund für die Rechtsformentscheidung und je näher der Mittelwert am Wert 4 liegt, desto wichtiger ist der jeweilige Grund für die Rechtsformentscheidung. Wie sich zeigt, werden sowohl die Erfüllung von Anforderungen des Vergaberechts oberhalb der EU-Schwellenwerte (Teckal-Kriterien), als auch die Vermeidung von Ausschreibungsverfahren von den Kommunen eher als weitestgehend unwichtig für ihre Rechtsformentscheidung betrachtet. Auch die Rechtsprechung des EuGH stellt keinen bedeutenden Grund für die Rechtsformentscheidung der Kommunen dar. Zwischen den einzelnen Sektoren bestehen hier nur geringfügige Unterschiede. Im Vergleich der einzelnen Sektoren sind die auf das europäische Vergaberecht und die Rechtsprechung des EuGH bezogenen Gründe in der Abfallentsorgung noch am bedeutendsten. Aber auch hier sind sie im Vergleich zu anderen Gründen von deutlich untergeordneter Bedeutung²²⁴.

Wesentlich wichtiger für die Rechtsformentscheidung sind in allen Aufgabenbereichen Gründe wie die Erhöhung der Flexibilität der Haushaltsführung oder im Personalwesen. Mit Abstand den wichtigsten Grund bildet die Hoffnung darauf, dass die Veränderung der Rechtsform zu einer kostengünstigeren Leistungserbringung führt. Ebenfalls ein wichtiger Grund für die Rechtsformentscheidung ist die Hoffnung auf die Verbesserung der politischen Steuerungsfähigkeit der Erbringer von Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge (vgl. Abbildung 2).

²²⁴ Dass die Abfallwirtschaft am ehesten von der EU-Reglementierung beeinflusst wird, spiegeln auch die Ergebnisse der qualitativen Interviews wider (vgl. hierzu Kapitel 4.3).

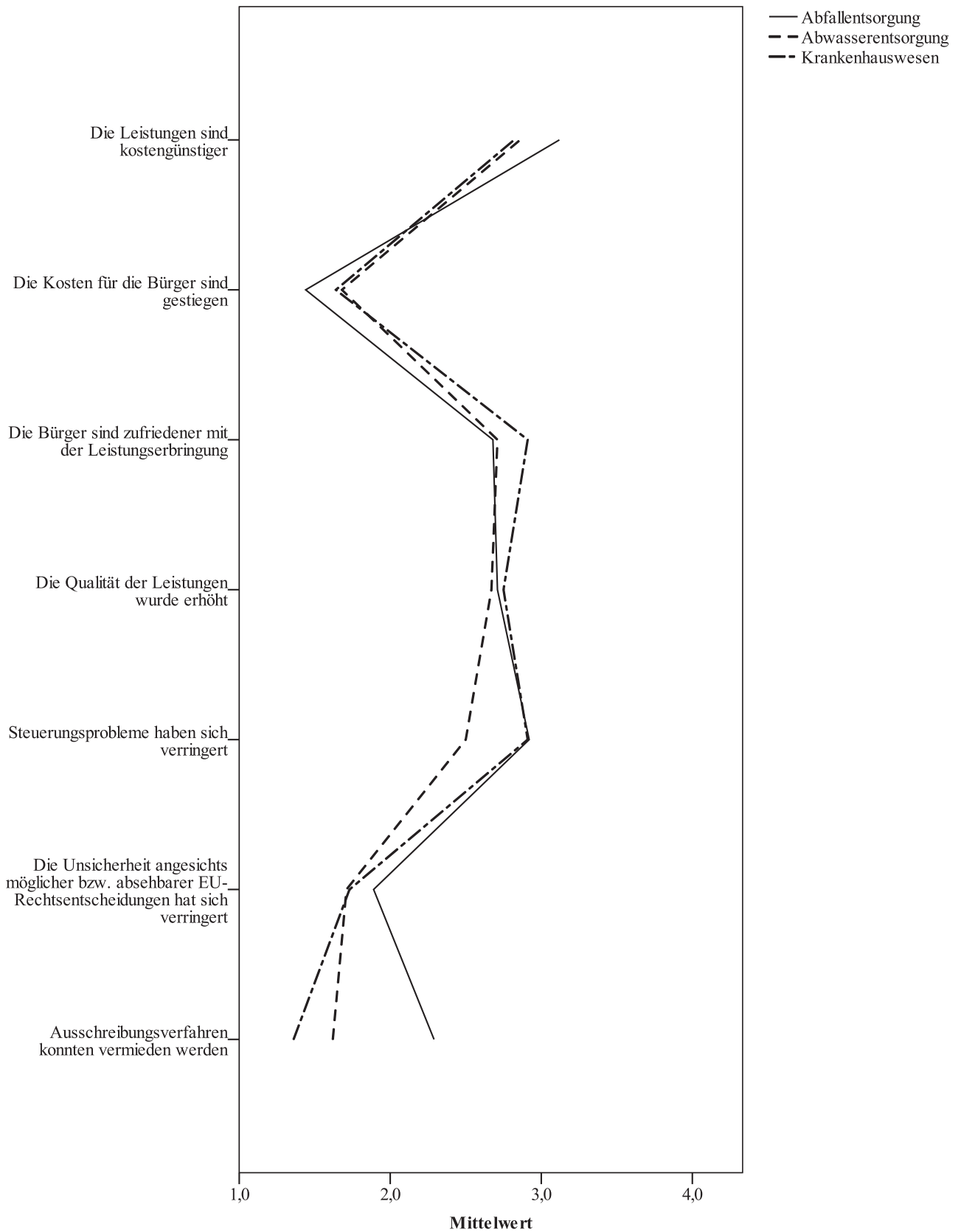
Abbildung 2: Hauptgründe für die Veränderung der Rechtsform



1 = völlig unwichtig; 2 = eher unwichtig; 3 = eher wichtig; 4 = sehr wichtig

Abfallentsorgung n = 17 bis 24; Abwasserentsorgung n = 17 bis 22; Krankenhauswesen n = 9 bis 11

Abbildung 3: Auswirkungen der Veränderung der Rechtsform



1 = Trifft gar nicht zu; 2 = Trifft eher nicht zu; 3 = Trifft eher zu; 4 = Trifft völlig zu

Abfallentsorgung n = 19 bis 26; Abwasserentsorgung n = 17 bis 22; Krankenhauswesen n = 8 bis 11

Die Einschätzungen der kommunalen Vertreter im Hinblick auf die Auswirkungen der Veränderung der Rechtsform (s. Abbildung 3) lassen eine gewisse Persistenz kommunaler Modernisierungsstrategien feststellen. Vor dem Hintergrund der angespannten Haushaltslage vieler Kommunen bildete die Erhöhung der Effizienz einen wichtigen Grund für die Veränderung der Rechtsform. Inhaltliche Gründe nehmen bei der Rechtsformentscheidung von Kommunen also ein deutlich höheres Gewicht ein als das europäische Gemeinschaftsrecht. So wird deutlich, dass die mit der Rechtsform verbundenen inhaltlichen Ziele im Durchschnitt von den Kommunen als eher realisiert angesehen werden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf eine Verringerung der Kosten als auch die Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung. Sowohl bezüglich der Vermeidung von Ausschreibungsverfahren als auch der Verringerung von Unsicherheiten angesichts möglicher oder absehbarer EU-Rechtsentscheidungen wird deutlich, dass die Rechtsformveränderungen in der Tendenz nicht dazu beigetragen haben, diese Ziele zu realisieren (vgl. Abbildung 3). Dies ist aber auch nicht verwunderlich, da beides in den Kommunen keinen wesentlichen Grund für die Veränderung der Rechtsform darstellte.

In der Vergangenheit hat das europäische Gemeinschaftsrecht also keinen wesentlichen Einfluss auf die Rechtsformentscheidungen von Kommunen ausgeübt. Wie sieht es aber mit zukünftigen Rechtsformentscheidungen aus? Um dies zu ergründen, wurden die Kommunen danach befragt, ob sie in Zukunft aufgrund europarechtlicher Regelungen eine Veränderung der Rechtsform in der Abfallentsorgung, der Abwasserentsorgung oder dem Krankenhauswesen planen. Auch hier deuten die Ergebnisse auf einen geringen Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf kommunale Rechtsformentscheidungen hin. Nur ein verschwindend geringer Anteil der Kommunen gibt an, in Zukunft aufgrund europarechtlicher Regelungen eine Veränderung der Rechtsform zu planen (vgl. Tabelle 3).

Tabelle 3: Planen Sie in naher Zukunft aufgrund europarechtlicher Regelungen eine Änderung der Rechtsform?

	Ja	Nein	N
Abfallentsorgung	1,1%	98,9%	87
Abwasserentsorgung	0,0%	100,0%	65
Krankenhauswesen	2,4%	97,6%	42

3.3 Europäisches Vergaberecht

3.3.1 Auf dem Weg zu einem Ausschreibungsregime?

Die Europäische Kommission hat verdeutlicht, dass sie von einer breiten Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die öffentliche Daseinsvorsorge ausgeht. Das gilt auch für die Vergabe der Vollzugsverantwortung (vgl. Waiz 2009, S. 52-53). Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden betrachtet, inwieweit sich ein Ausschreibungsregime bei der Vergabe der Vollzugsverantwortung in den Sektoren Abfall- und Abwasserentsorgung etabliert hat. Ein erster Hinweis darauf, ob sich ein derartiges Ausschreibungsregime etabliert hat, wird durch die Häufigkeit von Ausschreibungsverfahren gegeben.

Tabelle 4: Fanden in Ihrer Kommune Ausschreibungen um die vollständige Leistungserbringung statt?

	Ja	Nein	N
Abfallentsorgung	41,8%	58,2%	79
Abwasserentsorgung	4,8%	95,2%	63

Wie deutlich wird, sind Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung in der Abfallentsorgung recht häufig festzustellen. Immerhin 41,8% und damit nicht ganz die Hälfte der befragten Kommunen berichten, dass derartige Verfahren durchgeführt wurden. Damit werden Ausschreibungen zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung im Abfallsektor verhältnismäßig häufig durchgeführt. Anders stellt sich die Situation in der Abwasserentsorgung dar. Eine breite Mehrheit der Kommunen von 95,2% gibt an, dass in diesem Bereich keine Ausschreibungsverfahren stattgefunden haben. Wiederum erschließt sich dieses Ergebnis aus dem hoheitlichen Charakter der Abwasserentsorgung. Dass dennoch 4,8% der Kommunen in diesem Sektor Ausschreibungen vornehmen, hängt vermutlich damit zusammen, dass das Wort „vollständig“ in der Frage überlesen wurde. Ausschreibungen von Teilleistungen und zur Beschaffung gehören freilich auch im Abwassersektor zum Alltag (vgl. Tabelle 4).

In Abschnitt 3.2 wurde bereits festgestellt, dass unter den Rechts- und Organisationsformen der Abfallentsorgung und Abwasserentsorgung nach wie vor die öffentlichen Unternehmen dominieren und dass es auch keinen quantitativ bedeutsamen Trend zur materiellen Privatisierung in diesen Bereichen gibt. Vor diesem Hintergrund ist der verhältnismäßig große Anteil von Kommunen, die Ausschreibungen um die vollständige Leistungserbringung im Abfallsektor vornehmen, bemerkenswert. Anscheinend können öffentliche bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen sich in Ausschreibungsverfahren um die vollständige Leistungserbringung des Öfteren gegen privatwirtschaftliche Konkurrenten durchsetzen. Dies deutet darauf hin, dass öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Ausschreibungsverfahren aufzeigen können, dass sie Leistungen zu besseren Konditionen, also effizienter und/oder effektiver, als privatwirtschaftliche Konkurrenten anbieten können. In denjenigen Fällen, in denen öffentliche Unternehmen in Ausschreibungsverfahren reüssieren, bedeutet dies jedoch, dass dasjenige Unternehmen, welches nach einem aufwendigen Verfahren den Aufgabenvollzug übertragen bekommt, auch dasjenige Unternehmen ist, welches die Vollzugsverantwortung wahrscheinlich auch bei freihändiger Vergabe erhalten hätte. In diesen Fällen steht der mit dem Ausschreibungsverfahren verbundene Aufwand in unverhältnismäßiger Relation zum Ergebnis.

Im nächsten Schritt wird betrachtet, inwieweit das europäische Gemeinschaftsrecht einen ausschlaggebenden Grund für die Ausschreibung der Leistungserbringung darstellt.

Tabelle 5: Stellen EU-rechtliche Vorgaben einen wesentlichen Grund für die Ausschreibung der vollständigen Leistungserbringung dar?

	Ja	Nein	N
Abfallentsorgung	45,0%	55,0%	40
Abwasserentsorgung	66,7%	33,3%	3

Wie in Tabelle 5 deutlich wird, geben 45% der Kommunen, in denen Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung in der Abfallentsorgung stattgefunden haben, an, dass EU-rechtliche Vorgaben eine entscheidende Rolle spielten. Auch wenn mehr als die Hälfte der Kommunen angibt, dass europarechtliche Vorgaben keinen wesentlichen Grund für die Ausschreibung darstellen, ist der Anteil derjenigen Kommunen, welche das Europarecht als wichtigen Grund für die Ausschreibung ansehen, verhältnismäßig groß. In der Abfallentsorgung stellt das europäische Vergaberecht also durchaus einen wichtigen Grund für die Ausschreibung der vollständigen Leistungserbringung dar. In der Abwasserentsorgung haben nur drei Kommunen diese Frage beantwortet, sodass die Ergebnisse nicht aussagekräftig sind. Aufgrund der hoheitlichen Aufgabe der Abwasserentsorgung kommen Ausschreibungen nur in Teilbereichen in Frage. Insofern geben die Ergebnisse nur einen Hinweis und lassen sich nicht auf die anderen Bereiche übertragen. Von den wenigen Kommunen (drei), die ausgeschrieben haben, sehen jedoch zwei die Ausschreibung als EU-indiziert an.

3.3.2 Auswirkungen auf Verwaltungseffizienz und Effektivität der öffentlichen Daseinsvorsorge

Im Folgenden werden wir uns mit den Auswirkungen des europäischen Vergaberechts vor allem auf die Effizienz des Verwaltungshandelns und die Effektivität der öffentlichen Daseinsvorsorge befassen. Wie der EuGH in seinem Urteil in der Sache der Stadt Halle klargestellt hat, ist die Übertragung der Vollzugsverantwortung auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen nicht als Inhouse-Vergabe zu betrachten. Sie unterliegt somit der Vergaberechtsbindung (vgl. Krajewski/Wethkamp 2008, S. 356-357). Dies wird vor dem Hintergrund problematisiert, dass viele Kommunen im Zuge eigener Modernisierungs- und Haushaltskonsolidierungsbemühungen vermehrt institutionelle Public Private Partnerships eingegangen sind, um die Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung öffentlicher Aufgaben zu steigern. Das europäische Vergaberecht verkompliziert aber gerade die Übertragung der Aufgabenerfüllung an gemischtwirtschaftliche Unternehmen und macht diese somit zunehmend zu einer unattraktiven Form der Leistungserbringung (vgl. Waiz 2009, S. 64-65). Im Folgenden wird kurz erörtert, welche Folgen diese Vorgaben aus der Perspektive der Kommunen haben.

Sowohl die Ausschreibung bei Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als auch die bei der Wahl des privatwirtschaftlichen Partners in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen führen aus der Sicht einer breiten Mehrheit der Kommunen von 70,6% bzw. 70,4% nicht zur materiellen Privatisierung (vgl. Tabelle 6 und Tabelle 7). Auch eine Zunahme von Rekommunalisierungen infolge der Regelungen des europäischen Vergaberechts zu gemischtwirtschaftlichen Unternehmen betrachtet die Mehrheit der Kommunen von 56,1% bzw. 64,1% als nicht zutreffende Auswirkung. Andersherum kann ebenfalls festgestellt werden, dass relativ große Anteile der Kommunen von 43,9% bzw. 36% der Aussage, dass die EU-Regelungen zur Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unterneh-

men zur Rekommunalisierung der Vollzugsverantwortung führen, zustimmen. Dieser relativ hohe Anteil steht im Gegensatz zum objektiv festgestellten Ausmaß von Rekommunalisierungen. Immerhin werden sie von Kommunen als eine realistische Handlungsoption wahrgenommen und dürften daher künftig stärker zur Diskussion stehen.

Tabelle 6: Nach den EU-Regelungen muss die Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen ausgeschrieben werden. Inwieweit betrachten Sie die folgenden Aussagen als zutreffend?

	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Die Regelung führt dazu, dass die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen rekommunalisiert wird	4,5%	39,4%	47,0%	9,1%	66
Die Regelung führt dazu, dass die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen materiell privatisiert wird	1,5%	27,9%	47,1%	23,5%	68
Die Regelung führt zu einer Erhöhung von bürokratischem Aufwand	29,6%	56,3%	11,3%	2,8%	71
Die Regelung führt zu mehr Rechtsunsicherheit	15,7%	47,1%	24,3%	12,9%	70

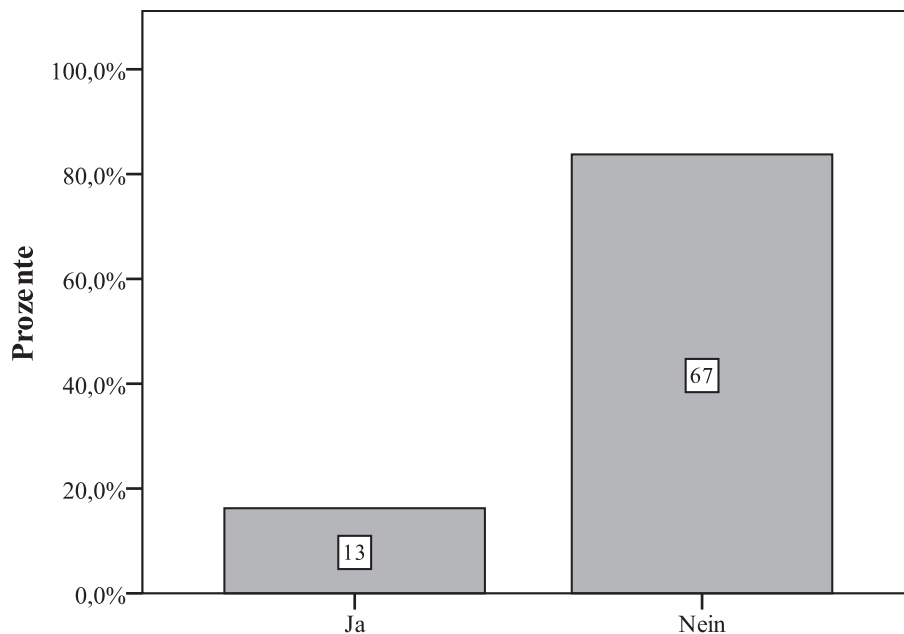
Des Weiteren sind die Kommunen mit 62,8% bzw. 64,7% (als völlig oder eher zutreffend) der Meinung, dass diese Regelungen zu mehr Rechtsunsicherheit führen. Mit derartigen Rechtsunsicherheiten hängt vermutlich auch ein erhöhter administrativer Aufwand zusammen, der für das Ausräumen der Unsicherheiten benötigt wird (vgl. Waiz 2009, S. 72-73). Ebenso können Ausschreibungsverfahren bei einer gewünschten Übertragung der Vollzugsverantwortung auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen oder der Wahl eines privatwirtschaftlichen Partners den administrativen Aufwand erhöhen. Dementsprechend ist die Einschätzung der Kommunen zum bürokratischen Aufwand der EU-Regelungen hoch. Nur ein verschwindend geringer Anteil der Kommunen (11,9% und 14,1%) sieht diesen Aufwand nicht, während 85,9% bzw. 88,1% der Kommunen die Aussage, dass die Regelungen zu einer Erhöhung von bürokratischem Aufwand führen, als völlig oder eher zutreffend betrachten (vgl. Tabelle 6 und Tabelle 7).

Tabelle 7: Nach den EU-Regelungen muss die Wahl eines privatwirtschaftlichen Partners in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausgeschrieben werden. Inwieweit betrachten Sie die folgenden Auswirkungen dieser Regelung als zutreffend?

	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Die Regelung führt dazu, dass die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen rekommunalisiert wird	4,7%	31,3%	57,8%	6,3%	64
Die Regelung führt dazu, dass die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen materiell privatisiert wird	1,6%	28,1%	51,6%	18,8%	64
Die Regelung führt zu einer Erhöhung von bürokratischem Aufwand	23,9%	64,2%	6,0%	6,0%	67
Die Regelung führt zu mehr Rechtsunsicherheit	14,7%	50,0%	25,0%	10,3%	68

Im Folgenden wird auf die Aspekte der Rechtsunsicherheit und des bürokratischen Aufwands näher eingegangen. Dies wollen wir vor dem Hintergrund der Frage nach den Auswirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Effizienz des Verwaltungshandelns erörtern. Betrachten wir zunächst, inwieweit sich die Rechtsunsicherheit, welche sich aus der Sicht der Kommunen bezüglich der europarechtlichen Regelungen zu gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zeigt, auch generell bei Ausschreibungen um die vollständige Leistungserbringung wiederfinden lässt.

Abbildung 4: Bestehen in Ihrer Kommune Rechtsunsicherheiten im Hinblick darauf, wann Leistungen der Daseinsvorsorge ausgeschrieben werden müssen?

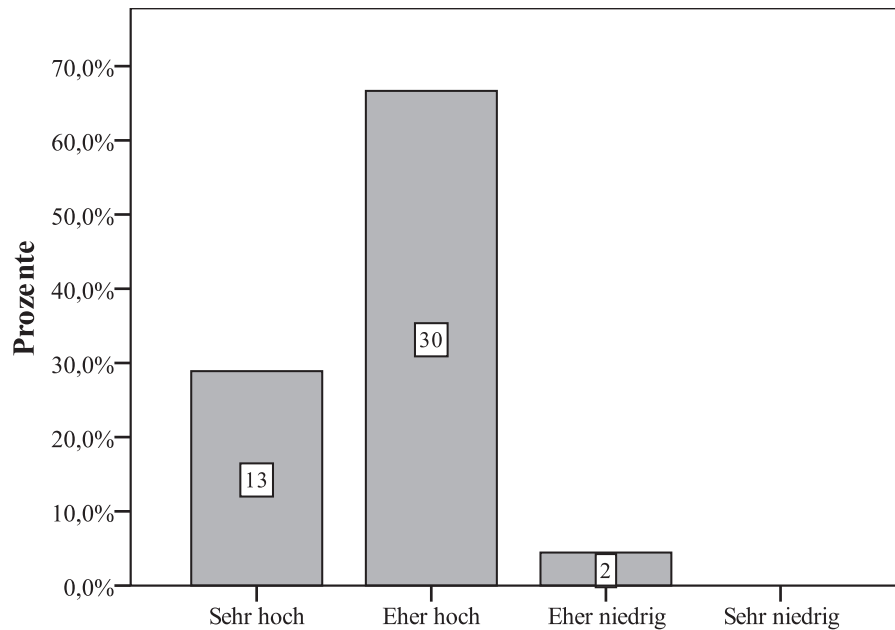


Wie in Abbildung 4 deutlich wird, geben etwas mehr als 80% der Kommunen an, dass keine Rechtsunsicherheiten im Hinblick darauf bestehen, wann die Vergabe der Vollzugsverantwortung ausgeschrieben werden muss. Die im Speziellen bezüglich der Thematik von Ausschreibungsverfahren und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vorfindbaren Rechtsunsicherheiten finden sich damit bei der allgemeinen Frage, ob eine Ausschreibung erforderlich ist, auf den ersten Blick nicht wieder. Berücksichtigt man zur Beantwortung der Fragen allerdings andere Ergebnisse der Umfrage, ergibt sich ein anderes Bild. Wie aus Abbildung 6 hervorgeht, ziehen 80% der Kommunen zur Klärung des Erfordernisses und/oder der Ausgestaltung von Ausschreibungsverfahren externe Beratungsfirmen heran. Dies kann als eindeutiger Hinweis darauf gewertet werden, dass ursprünglich vorhandene Rechtsunsicherheiten durch externe Beratung beseitigt werden.

Befassen wir uns in einem nächsten Schritt etwas detaillierter mit den Auswirkungen des europäischen Vergaberights auf den administrativen Aufwand. Dabei kann die Einschätzung des administrativen Aufwandes durch die Kommunen vereinfachend als Gradmesser für immaterielle Kosten, d. h. auch Transaktionskosten im Zusammenhang mit Ausschreibungsverfahren, betrachtet werden. Somit stellt die Einschätzung des administrativen Aufwandes einen Indikator für die Effizienz des Verwaltungshandelns dar. Die Aussagen der Kommunen zum Arbeitsaufwand der Ausschreibungsverfahren sind eindeutig.

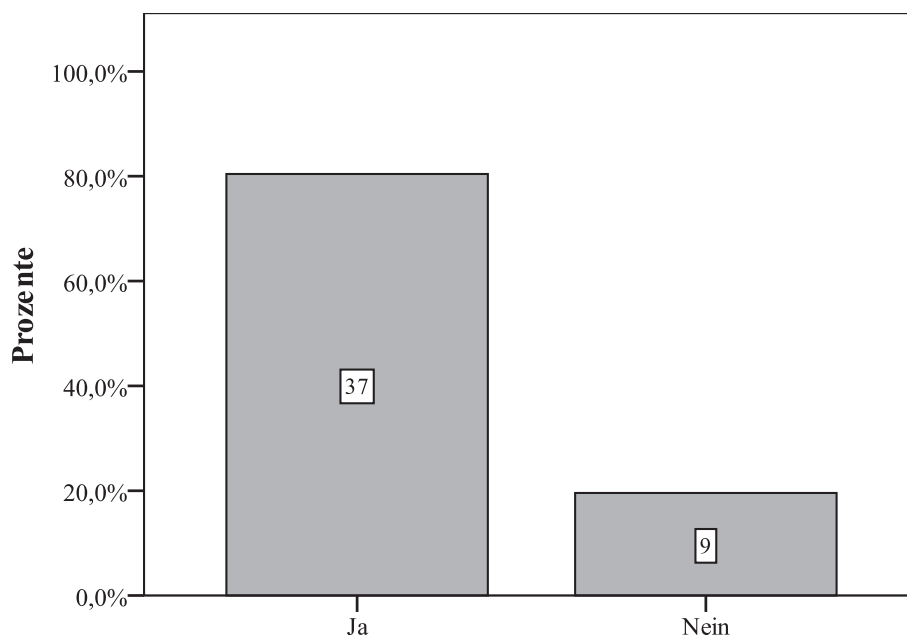
Eine große Mehrheit der Kommunen, in denen Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung stattgefunden haben, schätzt mit einem Anteil von 95,6% den mit diesen Verfahren einhergehenden Verwaltungsaufwand als eher oder sogar sehr hoch ein (vgl. Abbildung 5). Die These einer Zunahme des Verwaltungsaufwandes durch Ausschreibungsverfahren lässt sich somit erhärten.

Abbildung 5: Einschätzung des mit Ausschreibungsverfahren zur vollständigen Leistungserbringung verbundenen Arbeitsaufwandes



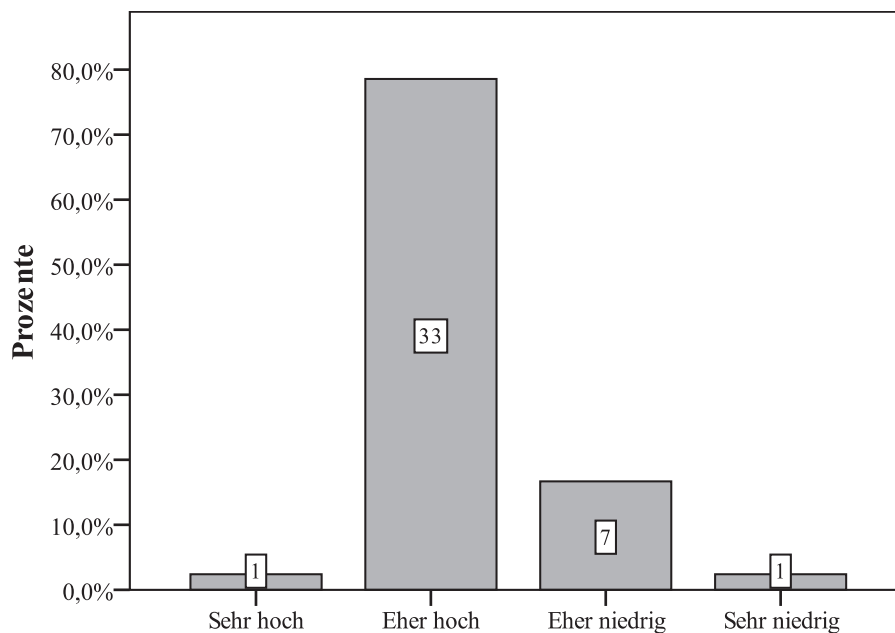
Ein Grund für die Zunahme des administrativen Aufwandes kann in der Einbeziehung von externen Beratern bestehen. In diesem Fall müssen erst passende externe Beratungsfirmen gefunden werden und mit diesen müssen Beratungsverträge ausgehandelt werden. Darüber hinaus weist eine Heranziehung solcher Beratungsfirmen darauf hin, dass die Klärung der rechtlichen Anforderungen an Ausschreibungsverfahren die Kommunalverwaltungen an die Grenzen ihrer administrativen Kapazitäten führt. Sie sind mit der Klärung der rechtlichen Anforderungen überfordert. Wie in Abbildung 6 deutlich wird, zieht die deutliche Mehrheit der Kommunen, in denen Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung stattgefunden haben, zur Klärung des Erfordernisses und/oder der Ausgestaltungsmodalitäten derartiger Verfahren externe Beratungsfirmen heran.

Abbildung 6: Werden zur Klärung des Erfordernisses und/oder der Ausgestaltung von Ausschreibungsverfahren zur vollständigen Leistungserbringung externe Beratung herangezogen?



Das Heranziehen von externen Beratern ist aber nicht nur ein Indiz für einen höheren administrativen Aufwand, sondern verursacht darüber hinaus auch monetäre Kosten. Um einen Überblick darüber zu erhalten, wie hoch die Kosten von Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung sind, wurden die Kommunen danach befragt, wie hoch sie die Ausgaben für derartige Verfahren einschätzen. Die Ergebnisse zeigen, dass für die überwiegende Mehrheit der Kommunen diese Kosten hoch sind: 78% der Kommunen schätzen diese Ausgaben als eher hoch ein (vgl. Abbildung 7).

Abbildung 7: Einschätzung der mit Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung verbundenen Ausgaben



Diese eindeutigen Ergebnisse zeigen auf, dass die Verwaltungseffizienz tendenziell durch Ausschreibungsverfahren vermindert wird: Sie führen sowohl zu einem erhöhten administrativen Aufwand als auch zu erhöhten monetären Kosten. Damit ist freilich noch nicht beantwortet, ob dieser administrative Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu den Wirkungen derartiger Verfahren, beispielsweise auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung, steht.

Um dies zu prüfen, wird im Folgenden zunächst betrachtet, wie viele Bieter sich durchschnittlich in den Kommunen, in denen Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung stattfanden, beworben haben. Wenn sich in Ausschreibungsverfahren regelmäßig nur ein einziger Bieter bewerben würde, nämlich derjenige, welcher die Erfüllung der Aufgabe auch bei freihändiger Vergabe erhalten hätte, dann steht der betriebene administrative Aufwand in keinem Verhältnis zum Verfahrensergebnis.

Tabelle 8: Wie viele Anbieter haben sich im letzten Ausschreibungsverfahren²²⁵ beworben?

	N	Minimum	Maximum	Mittelwert
Abfallentsorgung	29	3	20	8,1
Abwasserentsorgung	1	4	4	4

In der Abfallentsorgung bewarben sich im Durchschnitt 8,1 Bieter in einem Ausschreibungsverfahren. Minimal bewarben sich drei und maximal 20 Bieter. Von einer Interpretation der Ergebnisse für die Abwasserentsorgung wird hier abgesehen, da nur eine einzige Kommune hier eine Angabe gemacht hat (vgl. Tabelle 8). In Ausschreibungsverfahren bewerben sich in der Abfallentsorgung also in der Regel mehrere Bieter, so dass man vermuten kann, dass durch diese relativ hohe Zahl an Bietern die Kommune einen qualitativ hochwertigen und preislich akzeptablen An-

²²⁵ Mit der Frage wird weiterhin nach Ausschreibungsverfahren um die vollständige Leistungserbringung gefragt. Wie bereits bei Tabelle 4 ist nicht auszuschließen, dass die Frage von einigen Kommunen missverstanden worden ist und ihre Antworten auch Ausschreibungen von Beschaffungsvorgängen implizieren.

bieter auswählen kann. Um herauszufinden, ob Ausschreibungsverfahren es erleichtern, denjenigen Leistungserbringer aufzufinden, welcher eine Leistung in der bestmöglichen Qualität und/oder am wirtschaftlichsten erbringt, wurden die Kommunen danach befragt, ob Ausschreibungsverfahren, welche aufgrund der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH durchgeführt wurden, es erleichtert haben, diese Anbieter ausfindig zu machen.

Tabelle 9: Wie beurteilen Sie Ausschreibungsverfahren, welche infolge der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH in der Abfallentsorgung erfolgen?

	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Ausschreibungen erleichtern es, den kostengünstigsten Gesamtanbieter einer Leistung zu finden	28,6%	59,5%	11,9%	0,0%	42
Ausschreibungen erleichtern es, den Gesamtanbieter einer Leistung zu finden, der die Leistung in der bestmöglichen Qualität anbieten kann	9,8%	34,1%	56,1%	0,0%	41
Für kommunale Unternehmen besteht ein Wettbewerbsnachteil in Ausschreibungsverfahren	11,1%	38,9%	41,7%	8,3%	36
Für privatwirtschaftliche Unternehmen besteht ein Wettbewerbsnachteil in Ausschreibungsverfahren	0,0%	5,6%	63,9%	30,6%	36

In der Abfallentsorgung erleichtern es Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung, aus der Perspektive einer großen Mehrheit der Kommunen, den kostengünstigsten Anbieter zu finden. 88,1% der Kommunen sehen dies als völlig oder zumindest eher zutreffend an. Weniger eindeutig stellt sich hingegen das Bild bezüglich des Auffindens desjenigen Leistungserbringers dar, welcher die bestmögliche Qualität anbietet. 56,1% der Kommunen verneinen die Aussage, dass Ausschreibungsverfahren es erleichtern, den Anbieter zu finden, der die bestmögliche Qualität der Leistungserbringung bietet, während 43,9% die Aussage als völlig oder eher zutreffend betrachten (vgl. Tabelle 9). Das lässt den Schluss zu, dass Ausschreibungsverfahren zwar zu einem preislich besseren Angebot führen können, allerdings die Qualität der Erbringung nicht immer gesichert ist. Hier zeigt sich also ein Widerspruch zwischen den Zielen der Steigerung der Wirtschaftlichkeit und der Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung.

Bemerkenswert ist des Weiteren, dass jede zweite Kommune angibt, dass aus ihrer Perspektive **Wettbewerbsnachteile für kommunale Unternehmen in Ausschreibungsverfahren** bestehen. Für privatwirtschaftliche Unternehmen sieht die Mehrzahl der Kommunen (94,5%) Wettbewerbsnachteile als nicht gegeben an (vgl. Tabelle 9). Die Kommunen fühlen sich also eher im Nachteil. Dies kann möglicherweise damit zusammen hängen, dass sich kommunale Unternehmen entsprechend der Gemeindeordnung nicht über die eigene Kommune hinaus betätigen dürfen, während private Unternehmen sich überall bewerben dürfen. Dies kann auch erklären, warum eine beachtliche Anzahl der Kommunen eine Zunahme von Rekommunalisierungen erwartet.

In der Abwasserentsorgung gilt wiederum, dass es sich hierbei um eine hoheitliche Aufgabe handelt. Es ist daher zu vermuten, dass die Antworten sich nicht ausschließlich auf die vollständige Leistungserbringung beziehen, sondern auch Ausschreibungen der Beschaffung einschließen. Es zeigt sich bezüglich des Auffindens des kostengünstigsten Leistungsanbieters ein ähnliches Bild wie in der Abfallentsorgung. Auch hier wird es aus der Perspektive der Mehrheit der Kommunen durch Ausschreibungsverfahren erleichtert, den kostengünstigsten Leistungsanbieter zu finden. Anders stellt sich das Bild bezüglich des Auffindens desjenigen Anbieters dar, welcher die Leistung in der bestmöglichen Qualität anbieten kann. Dies trifft aus der Sicht einer breiten Mehrheit der Kommunen von 73,4% eher oder gar nicht zu (vgl. Tabelle 10).

Tabelle 10: Wie beurteilen Sie Ausschreibungsverfahren, welche infolge der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH in der Abwasserentsorgung erfolgen?

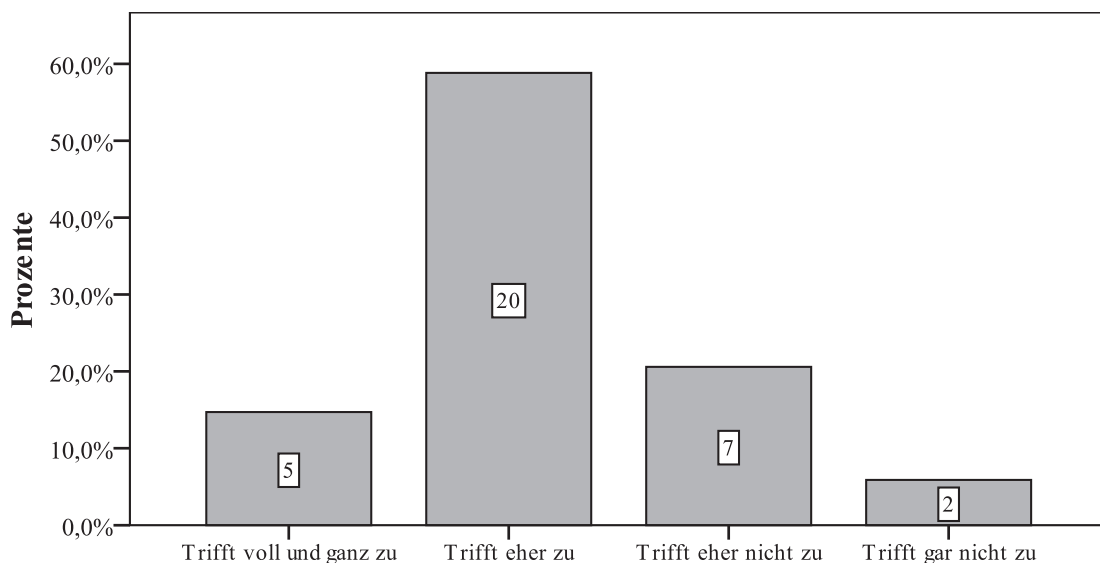
	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Ausschreibungen erleichtern es, den kostengünstigsten Gesamtanbieter einer Leistung zu finden	6,7%	66,7%	26,7%	0,0%	15
Ausschreibungen erleichtern es, den Gesamtanbieter einer Leistung zu finden, der die Leistung in der bestmöglichen Qualität anbieten kann	0,0%	26,7%	66,7%	6,7%	15
Für kommunale Unternehmen besteht ein Wettbewerbsnachteil in Ausschreibungsverfahren	0,0%	50,0%	41,7%	8,3%	12
Für privatwirtschaftliche Unternehmen besteht ein Wettbewerbsnachteil in Ausschreibungsverfahren	0,0%	8,3%	91,7%	0,0%	12

3.3.3 Auswirkungen auf die lokale Demokratie

Der europäischen Regulierung wird auch ein starker Einfluss auf die Handlungsspielräume der Kommunen zugesprochen. Das europäische Vergaberecht, so eine These, schränke die Handlungsspielräume der Kommunalpolitik durch die Setzung von Rahmenbedingungen ein, welche letztlich die Handlungsoptionen kommunaler Entscheidungsträger beschränken. Ebenso führe das komplexe Geflecht von Rechtssetzung durch die Europäische Kommission und Rechtsprechung des EuGH zu einer Verschiebung im Verhältnis von Politik und Verwaltung, weil die ehrenamtlichen Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften dieses Geflecht nicht durchschauen können. Demgegenüber können, wenn überhaupt, nur die Experten in der Kommunalverwaltung dieses Geflecht durchschauen. Entscheidungen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge werden somit immer stärker vom Rat bzw. Kreistag auf die Kommunalverwaltung verlagert.

Um dies näher zu untersuchen, wurden die Kommunen danach befragt, inwieweit sie es als zutreffend betrachten, dass der Rat bzw. Kreistag durch die vergaberechtlichen Anforderungen der Europäischen Union an Ausschreibungsverfahren bei Vergabeentscheidungen überfordert ist. Wie Abbildung 8 aufzeigt, ist dies aus Sicht einer breiten Mehrheit der Kommunen (ca. 75%), in denen Ausschreibungen zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung stattgefunden haben, der Fall.

Abbildung 8: Überfordert die Komplexität der Anforderungen an EU-rechtsrelevante Ausschreibungsverfahren den Rat bzw. Kreistag bei Entscheidungen?



Wie aber wirkt sich dies auf das Verhältnis von Politik und Verwaltung aus? Lässt sich tatsächlich eine demokratietheoretisch bedenkliche Verschiebung von Entscheidungen vom Rat bzw. Kreistag in die Kommunalverwaltung beobachten? Wie Tabelle 11 aufzeigt, ist der Rat bzw. der Kreistag in 70,8% der Kommunen, in denen Ausschreibungen zur Vergabe der Leistungserbringung stattfanden, nicht an der Formulierung von Ausschreibungsverfahren beteiligt.

Dies könnte so interpretiert werden, dass der Rat bzw. der Kreistag durch Ausschreibungsverfahren tendenziell aus Entscheidungen darüber, wer die öffentliche Daseinsvorsorge vollzieht, verdrängt wird.

Betrachten wir allerdings in einem nächsten Schritt, wie sich die Beteiligung des Rates bzw. Kreistages bei freihändigen Vergabeverfahren darstellt, so wird deutlich, dass die kommunale Vertretungskörperschaft auch an diesen in der Regel nicht beteiligt ist. In 80% der Kommunen ist der Rat bzw. der Kreistag nicht an den Vertragsverhandlungen in freihändigen Vergabeverfahren beteiligt. Der Grund dafür, dass der Rat bzw. der Kreistag in den meisten Kommunen keinen Einfluss darauf hat, wem die Vollzugsverantwortung einer öffentlichen Aufgabe übertragen wird, dürfte also nicht primär im europäischen Gemeinschaftsrecht zu suchen sein, sondern in einem ausgeprägten Informations- und Kompetenzgefälle zwischen den ehrenamtlichen Mitgliedern von Rat bzw. Kreistag und den Experten in der Kommunalverwaltung. Diese Experten sind wesentlich besser dazu in der Lage, die Anforderungen an Ausschreibungsverfahren als auch die Modalitäten von Verträgen bei freihändiger Vergabe zu überblicken (vgl. hierzu auch Abbildung 7). Die These einer durch das europäische Gemeinschaftsrecht induzierten Machtverschiebung zwischen Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung lässt sich somit nicht bestätigen.

Allerdings könnte das europäische Gemeinschaftsrecht, in diesem Fall vor allem das Vergaberecht, durch seine Komplexität bereits bestehende Informations- und Kompetenzasymmetrien zwischen Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung verstärken. Auch ist an dieser Stelle noch einmal auf den hohen Anteil von 78% der Kommunen zu verweisen, die angeben, externe Beratung bei der Ausgestaltung von Ausschreibungen heranzuziehen. Die sind nicht demokratisch legitimiert, haben allerdings einen hohen Einfluss auf die Entscheidungen von Kommunen. In dieser Hinsicht kann durchaus von einer Schwächung der lokalen Demokratie gesprochen werden.

Tabelle 11: Welche Rolle spielt der Rat bzw. Kreistag bei Ausschreibungsverfahren um die vollständige Leistungserbringung?

	Ja	Teilweise	Nein	N
Er ist an der Formulierung von Ausschreibungsverfahren beteiligt	6,3%	22,9%	70,8%	48
Er ist an Fällen ohne Ausschreibung an den Vertragsverhandlungen beteiligt	0,0%	20,0%	80,0%	45
Er wird laufend über die Durchführung des Vertrages informiert	40,4%	44,7%	14,9%	47
Er hat Einfluss auf die Kündigung bzw. Verlängerung des Vertrages	72,3%	21,3%	6,4%	47

3.4 Europäisches Beihilferecht

Neben dem Vergaberecht wird auch dem Beihilferecht ein bedeutender Einfluss auf die öffentliche Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene zugesprochen. Generell müssen laut EG-Vertrag alle öffentlichen Zuwendungen an Unternehmen – auch an eigene Unternehmen – bei der Kommission notifiziert werden, soweit sie selektiv vergeben werden. In diesem Bereich wurden in den letzten Jahren durch die Europäische Kommission und die Rechtsprechung des EuGH vielfältige Bedingungen formuliert, unter denen öffentliche Zuwendungen nicht als Beihilfen klassifiziert werden und nicht der Notifizierungspflicht unterliegen (vgl. Waiz/Alkan 2006, S. 137). Diese Möglichkeiten sollen zu mehr Rechtssicherheit und zu einer Verminderung von administrativem Aufwand für die Kommunen führen. Vor diesem Hintergrund wurden die Kommunen danach befragt, welche der so eröffneten Möglichkeiten sie nutzen, um dem europäischen Beihilferecht zu entsprechen und wie sie diese bewerten.

3.4.1 Nutzung und Bewertung der Altmark-Trans-Kriterien und des Monti-Pakets

Im Folgenden werden die Ergebnisse der Befragung im Hinblick auf das europäische Beihilferecht dargestellt. Dabei geht es nicht um die Skizzierung einzelner Dienstleistungsbereiche, sondern um die generelle Anwendung des europäischen Beihilferechts. Hervorzuheben sind hier insbesondere die Altmark-Trans-Kriterien und das Monti-Paket, hier insbesondere die sog. Freistellungsentscheidung.

Im Hinblick auf das Merkmal „Begünstigung“ des Art. 87 Abs. 1 EGV legt das Altmark-Trans-Urteil des EuGH vier Voraussetzungen fest, nach denen staatliche Hilfen keine Beihilfen sind. Die vierte Voraussetzung, das Effizienzkriterium besagt, dass insofern öffentliche Zuwendungen an Unternehmen geleistet werden, welchen die Vollzugsverantwortung nicht in einem Ausschreibungsverfahren übertragen wurde, die Höhe der Zuwendung anhand der Kosten zu

bestimmen ist, welche einem durchschnittlichem und gut geführtem Unternehmen bei Erbringung derselben Aufgabe entstanden wären. Wenn alle vier Voraussetzungen der Altmark-Trans-Entscheidung erfüllt sind, wird die öffentliche Zuwendung nicht als Beihilfe klassifiziert (vgl. Waiz/Alkan 2006, S. 140).

Tabelle 12: Welche der folgenden Möglichkeiten werden in Ihrer Kommune genutzt, um dem europäischen Beihilferecht Rechnung zu tragen?

	Ja	Nein	N
Es werden Ausschreibungen vorgenommen, um das vierte Altmark-Trans-Kriterium zu erfüllen	18,2%	81,8%	22
Es werden Kostengutachten erstellt, um das vierte Altmark-Trans-Kriterium zu erfüllen	54,5%	45,5%	22
Es wird von der „Freistellungsentscheidung“ Gebrauch gemacht	47,4%	52,6%	19
Wegen fehlender Wirtschaftlichkeit von Tätigkeiten liegt keine Beihilfe vor	68,2%	31,8%	22
Wegen fehlender Binnenmarktrelevanz liegt keine Beihilfe vor	59,1%	40,9%	22

Eine Möglichkeit der vierten Altmark-Trans-Voraussetzung zu entsprechen, besteht darin, die Leistungserbringung auszuschreiben. Werden die Kommunen, die in unserer Befragung angegeben haben, öffentliche Zuwendungen an Unternehmen zu leisten, danach befragt, ob sie diese Option nutzen, so geben immerhin 18,2% an, dies zu tun (vgl. Tabelle 12). Angesichts des mit den anderen Alternativen verbundenen Verwaltungsaufwandes und der von einem Teil der Kommunen angegebenen Schwierigkeiten damit sind für einen kleineren Teil der Kommunen die ebenfalls aufwendigen Ausschreibungsverfahren die attraktivere Lösung

Im Hinblick auf das vierte Altmark-Trans-Kriterium wird davon ausgegangen, dass es in der praktischen Anwendung Probleme bereiten dürfte. Deswegen hat die Kommission die Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005 erlassen. Gemäß dieser sind öffentliche Zuwendungen von der Notifizierungspflicht bei der Europäischen Kommission freigestellt, wenn die jährliche Ausgleichzahlung an das betreffende Unternehmen unterhalb eines Schwellenwertes von 30 Mio. Euro liegt und wenn dessen Jahresumsatz vor Steuern weniger als 50 Mio. Euro beträgt. Die Freistellungsentscheidung greift jedoch nur, wenn die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an ein Unternehmen durch einen Rechtsakt oder Verwaltungsakt erfolgt ist und weitere Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Waiz 2009, S. 61). Die Freistellungsentscheidung wird von 47,4% der Kommunen, welche öffentliche Zuwendungen leisten, genutzt (vgl. Tabelle 12). Das vierte Altmark-Trans-Kriterium kann auch durch ein Kostengutachten erfüllt werden, das den Kosten nachweis erbringt. 54,5 % der Kommunen nutzen diese Option.

Keine Beihilfen sind staatliche Hilfen für Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse und Dienstleistungen ohne Binnenmarktrelevanz. Eine deutliche Mehrheit der Kommunen von 68,2% gibt an, dass die Empfänger von öffentlichen Zuwendungen nichtwirtschaftliche Tätigkeiten leisten. Weiterhin geben 59,1% der Kommunen an, dass Unternehmen, die öffentliche Zuwendungen von ihnen erhalten, keine binnenmarktrelevanten Leistungen erbringen (vgl. Tabelle 12).

Wir wollen nun einen Schritt weiter gehen und betrachten, wie die Kommunen die Handhabung der europäischen beihilferechtlichen Vorschriften bewerten, die geeignet sind, eine Notifizierungspflicht zu vermeiden. Welche Probleme sind es, die sich den Kommunen stellen, wenn sie prüfen, ob die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, bzw. versuchen, dies zu erreichen? Um dies herauszufinden, wurden die Kommunen danach befragt, welche Probleme sich ihnen bei der Erfüllung der Kriterien stellen.

Tabelle 13: Welche Probleme stellen sich in Ihrer Kommune bei der beihilferechtlichen Beurteilung von Zuwendungen für die kommunale Daseinsvorsorge? Wie schätzen Sie die Bedeutung der folgenden Probleme ein?

	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Bei der Abgrenzung von „wirtschaftlichen“ und „nichtwirtschaftlichen“ Dienstleistungen bestehen Probleme	9,1%	36,4%	32,7%	21,8%	55
Bei der Bestimmung der grenzüberschreitenden Bedeutung („Binnenmarktrelevanz“) bestehen Probleme	8,0%	30,0%	34,0%	28,0%	50
Bei der Bestimmung der Anwendbarkeit des Altmark-Trans-Urteils und der Freistellungsentscheidung bestehen Probleme	6,1%	40,8%	34,7%	18,4%	49
Bei dem Erfordernis, die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, objektiv und transparent aufzustellen, bestehen Probleme	12,5%	45,8%	25,0%	16,7%	48
Bei der Abschätzung der Konsequenzen (z. B. Rückzahlungspflichten) im Fall der Nichtbeachtung EU-rechtlicher Vorgaben bestehen Probleme	11,1%	44,4%	26,7%	17,8%	45

Wie Tabelle 13 zeigt, stellt sich das Meinungsbild der Kommunen bezüglich der Bewertung von Problemen bei der beihilferechtlichen Beurteilung von öffentlichen Zuwendungen sehr diffus dar. Sowohl bezüglich der Probleme bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen als auch bei der Bestimmung, ob die Altmark-Trans-Kriterien und/oder die Freistellungsentscheidung Anwendung finden können, ergibt sich ein eher ausgewogenes Bild. So gibt eine knappe Mehrheit von 54,5% der befragten Kommunen an, dass es eher oder gar nicht zutrifft, dass Probleme bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten bestehen. Hier kann spekuliert werden, dass die relativ hohe Anzahl der Kommunen, welche angibt, dass bezüglich der Abgrenzung keine Probleme bestehen, darauf zurückzuführen ist, dass im nordrhein-westfälischen Kommunalrecht wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen deutlich klarer als im europäischen Recht unterschieden werden. Insofern könnten die Kommunen hier die klare Unterscheidung im nordrhein-westfälischen Kommunalrecht bei der Beantwortung berücksichtigt haben ohne zu beachten, dass diese nicht der europäischen Unterscheidung entspricht.

Zu bestimmen, ob die Altmark-Trans-Kriterien und/oder die Freistellungsentscheidung Anwendung finden können, sieht ebenfalls eine knappe Mehrheit der Kommunen von 53,1% als unproblematisch an.

Deutlicher fällt das Meinungsbild hingegen bei Problemen im Hinblick auf das zweite Altmark-Trans-Kriterium aus, welches fordert, dass die Parameter, anhand derer die Höhe einer öffentlichen Zuwendung berechnet wird, objektiv und transparent festgelegt werden müssen. Immerhin geben hier 58,3% der Kommunen an, dass es völlig oder eher zutreffend ist, dass diesbezüglich Probleme bestehen. Sehr deutlich fällt die Bewertung auch hinsichtlich des Problems der Bestimmung der Binnenmarktrelevanz aus. Hier geben 62% der befragten Kommunen an, dass es eher oder völlig unzutreffend ist, dass diesbezüglich Probleme bestehen (vgl. Tabelle 13).

An dieser Stelle wollen wir jedoch darauf hinweisen, dass diese Ergebnisse nur sehr vorsichtig vor allem im Hinblick auf ihre Verallgemeinerbarkeit interpretiert werden dürfen. Die Beurteilung der angegebenen Probleme setzt eine gute Kenntnis des europäischen Gemeinschaftsrechts voraus. Somit stellt sich die Beurteilung der Probleme für die Kommunen als schwierige Aufgabe dar. Es verwundert deshalb nicht, dass die Anzahl der Kommunen, welche angegeben haben, dass sie nicht beurteilen können, inwieweit eines der genannten Probleme tatsächlich ein Problem darstellt, je nach Item zwischen 21 und 32 Kommunen liegt, wobei der Mittelwert 27,4 beträgt. Hinzu kommen im Durchschnitt der Items 12,2 Kommunen, welche gar keine Antwort abgegeben haben. Bei Zusammenfassung dieser zeigt

sich, dass ein Drittel der Kommunen diese Frage nicht beantwortet hat. Selektionsfehler sind wahrscheinlich und an **der Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse bestehen berechtigte Zweifel.**

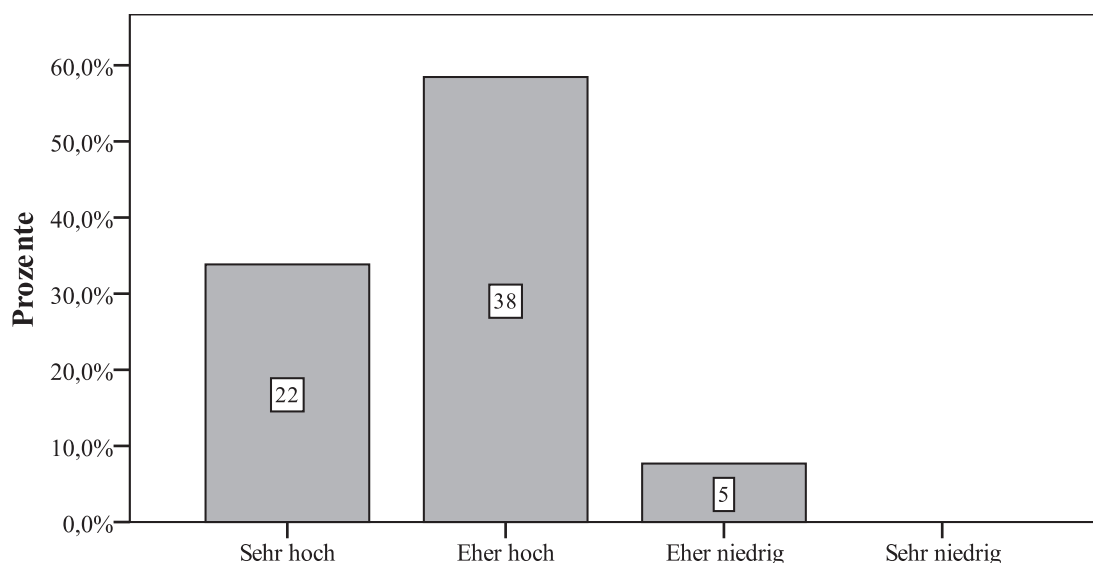
Innerhalb des Monti-Pakets kommt der Freistellungsentscheidung der Kommission vom 28. November 2005 eine hervorgehobene Rolle zu. Diese gilt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, deren Erfüllungsverantwortung einem Träger im Zuge von einem oder mehreren Rechtsakten übertragen wurde. An der Freistellungsentscheidung wird hinlänglich Kritik geübt. Sie werfe etwa durch die Forderung einer ex ante-Festlegung von Kostenparametern zahlreiche Probleme auf (vgl. Waiz 2009, S. 63). Um herauszufinden, wie die Kommunen die Freistellungsentscheidung beurteilen, wurden diese auch nach ihrer Bewertung der Freistellungsentscheidung befragt. Diese Ergebnisse werden im Weiteren nicht näher dargestellt, weil sehr große Anteile der Kommunen den entsprechenden Teil im Fragebogen nicht beantwortet haben. Die Fallzahlen sind so gering, dass sie unter verallgemeinerbaren Gesichtspunkten nicht interpretierbar sind, so dass an dieser Stelle auf eine Darstellung der Ergebnisse zur Freistellungsentscheidung verzichtet wird. Dieser niedrige Rücklauf in Bezug auf die Freistellungsentscheidung und die generell geringe Beantwortung der Fragen zum Thema Beihilfe bestätigen den Eindruck, dass die EU-Regelungen aufgrund ihrer Komplexität aber auch ihrer Uneindeutigkeit von den Kommunen nur schwer nachvollzogen werden können und die Kommunen unsicher im Umgang mit der Materie des Beihilferechts sind.

Um diesen nicht auswertbaren Teil der quantitativen Befragung wenigstens zu einem Teil zu kompensieren wurden die Rechtsämter/ Beteiligungsverwaltungen zweier Kommunen ergänzend dazu befragt, bei welchen Verfahrensschritten der Aufwand in der Praxis auftritt. Die Befragung orientierte sich an dem vom Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Leitfaden „EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge“²²⁶. Die sich daraus ergebende Illustration des Prüf- und Arbeitsaufwandes ist im Anhang beigefügt.

3.4.2 Auswirkungen auf die Verwaltungseffizienz

Unserer Systematik folgend werden im Folgenden wiederum Einschätzungen der Kommunen zum (mit dem europäischen Beihilferecht verbundenen) Verwaltungsaufwand zur Abschätzung von Auswirkungen auf die Effizienz des Verwaltungshandelns angeführt. Zusätzlich werden auch Einschätzungen zu den mit dem Beihilferecht verbundenen Ausgaben herangezogen.

Abbildung 9: Wie hoch schätzen Sie den mit der Klärung von beihilferechtlichen Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand ein?

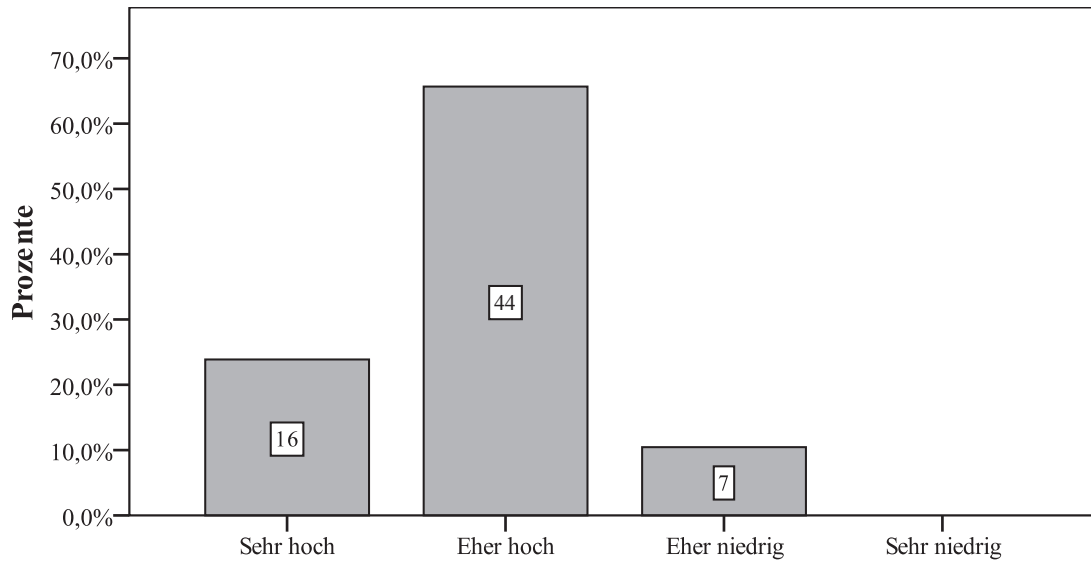


Wie Abbildung 9 und Abbildung 10 zeigen, schätzen fast alle Kommunen den mit der Klärung als auch den mit der Umsetzung von beihilferechtlichen Vorgaben verbundenen administrativen Aufwand als hoch ein. 92,3% der Kommunen schätzen den mit der Klärung verbundenen Verwaltungsaufwand als sehr oder eher hoch ein. Eng damit verbunden ist die Einschätzung über den Verwaltungsaufwand. So beurteilen 89,6% der Kommunen den mit der Umsetzung beihilferechtlicher Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand als sehr oder eher hoch. Im Gegensatz zum

²²⁶ Düsseldorf 2008, www.wirtschaft.nrw.de/400/100/index.php.

Verwaltungsaufwand, der im Zusammenhang mit der nicht alltäglichen Vergabe der vollständigen Leistungserbringung anfällt, handelt es sich bei dem mit Beihilfen verbundenen Verwaltungsaufwand um einen kontinuierlich anfallenden Aufwand. So tritt der mit dem Vergaberecht verbundene Verwaltungsaufwand vor allem dann auf, wenn seltene Organisationsentscheidungen wie z. B. die Übertragung der Vollzugsverantwortung auf eine privatwirtschaftliche Organisation anliegen. Beihilfen erzeugen hingegen fortwährenden Verwaltungsaufwand, da sie normalerweise in regelmäßigen Abständen geleistet werden. Somit müssen die Kommunalverwaltungen auch ständig klären, inwieweit öffentliche Zuwendungen noch rechtskonform sind.

Abbildung 10: Wie hoch schätzen Sie den mit der Umsetzung von beihilferechtlichen Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand ein?



Ein Grund für hohen administrativen Aufwand bei der Klärung von beihilferechtlichen Vorgaben kann darin liegen, dass Informationen, welche zur Klärung benötigt werden, nur schwer zugänglich sind. In diesem Fall entsteht ein hoher Rechercheaufwand. Um den Aufwand für die Informationsbeschaffung abschätzen zu können, wurden die Kommunen danach befragt, welche Informationsquellen sie nutzen, um beihilferechtliche Probleme zu klären. Der Aufwand für die Informationsbeschaffung differiert nach den genutzten Quellen. So kann davon ausgegangen werden, dass der Aufwand für die Informationsbeschaffung am geringsten ist, wenn es verwaltungsinterne Experten gibt, die sich mit dem Thema befassen. Hingegen ist der Aufwand bei Heranziehung externer Beratungsfirmen sehr hoch.

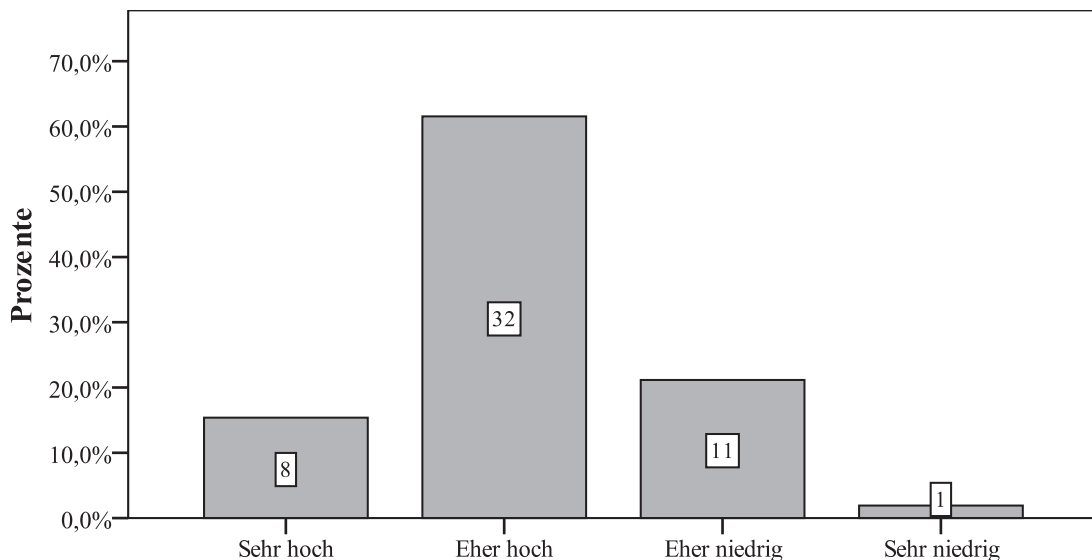
Wie Tabelle 14 veranschaulicht, greifen zwar 72,1% der Kommunen auf eigene Experten zurück, um beihilferechtliche Unsicherheiten zu klären. Allerdings geben 70,4% der Kommunen an, dass auch Rechtsanwälte oder Consultingagenturen bei der Klärung solcher Fragen eingebunden werden. Damit ist der Anteil der Kommunen, die trotz anderer genutzter Informationsquellen darauf angewiesen sind, für externen Sachverstand zusätzliche finanzielle Mittel aufzubringen, sehr hoch.

Im Hinblick auf die Nutzung von Informationsquellen sind mit Abstand am wichtigsten die Beratung durch die kommunalen Spitzenverbände mit 81,5% und die Nutzung der Fachpresse mit 86,5%. Öffentliche Stellen des Landes werden immerhin von 49% der Kommunen herangezogen, um beihilferechtliche Unsicherheiten zu klären. Sowohl öffentliche Stellen des Bundes als auch der Europäischen Union fallen demgegenüber deutlich in ihrer Bedeutung ab. Nur 20,9% der Kommunen geben an, dass sie die Beratung durch öffentliche Stellen der Europäischen Union in Anspruch nehmen. Öffentliche Stellen des Bundes werden sogar nur von 11,1% der Kommunen als beratende Instanz herangezogen. Von größerer Bedeutung sind hingegen die im Internet zur Verfügung stehenden Rechtsanwendungshilfen der Europäischen Union. Sie stellen mit 56,6% eine bedeutende Informationsquelle dar.

Tabelle 14: Welche Quellen ziehen Sie heran, um beihilferechtliche Unsicherheiten zu klären?

	Ja	Nein	N
Beratung durch eigene Experten	72,1%	27,9%	61
Beratung durch öffentliche Stellen des Bundes	11,1%	88,9%	45
Beratung durch öffentliche Stellen des Landes	49,0%	51,0%	49
Beratung durch öffentliche Stellen der EU	20,9%	79,1%	43
Beratung durch kommunale Spitzenverbände	81,5%	18,5%	65
Beratung durch Rechtsanwälte und/oder Consultingagenturen	70,4%	29,6%	54
Rechtsanwendungshilfen der EU im Internet	56,6%	43,4%	53
Sonstige Quellen im Internet	80,7%	19,3%	57
Fachpresse	86,5%	13,5%	52

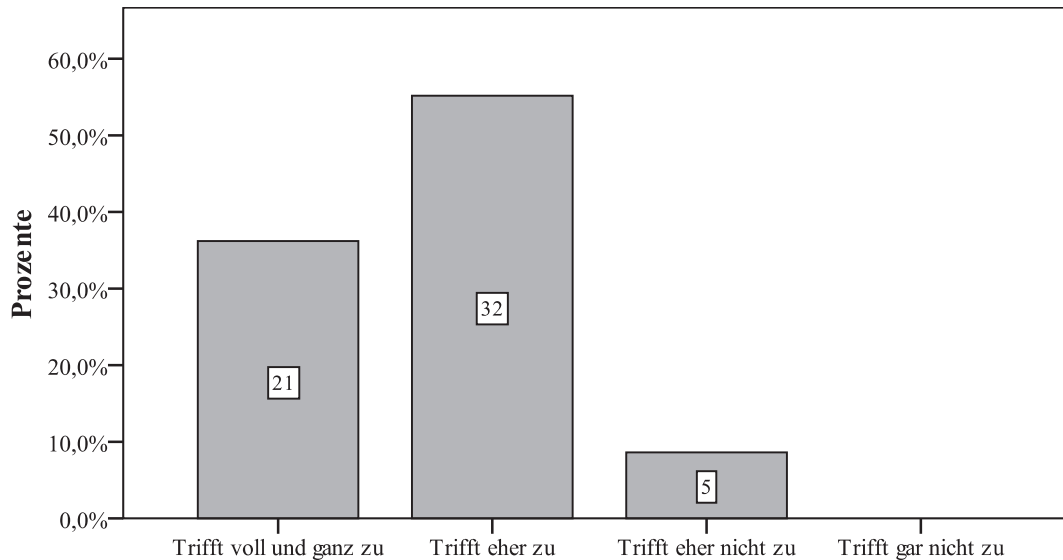
Neben administrativem Aufwand können auch monetäre Kosten im Zusammenhang mit der Klärung und Umsetzung von beihilferechtlichen Vorgaben verbunden sein. Sie können beispielsweise entstehen, wenn externe Akteure, wie Rechtsanwälte und Consultingagenturen, zur Beratung herangezogen werden. Um diesbezüglich eine Einschätzung abgeben zu können, wurden die Kommunen danach befragt, wie hoch sie die Ausgaben, welche mit der Klärung von beihilferechtlichen Vorgaben verbunden sind, einschätzen. Wie in Abbildung 11 deutlich wird, schätzt eine deutliche Mehrheit von 76,9% die Ausgaben als sehr oder eher hoch ein. Neben einem hohen administrativen Aufwand geht mit der Klärung von beihilferechtlichen Vorgaben also auch ein hoher monetärer Aufwand einher.

Abbildung 11: Wie hoch schätzen Sie die Ausgaben ein, die mit der Klärung von beihilferechtlichen Vorgaben der EU verbunden sind?

3.4.3 Auswirkungen auf die lokale Demokratie

Um die Auswirkungen des europäischen Beihilferechts auf die lokale Demokratie zu untersuchen, welche sich vor allem im Verhältnis zwischen Rat bzw. Kreistag und Verwaltung widerspiegelt, wurden die Kommunen zunächst danach befragt, inwieweit sie der Aussage zustimmen würden, dass die Komplexität des europäischen Beihilferechts den Rat bzw. Kreistag bei der Entscheidung über öffentliche Zuwendungen überfordert. Wie in Abbildung 12 deutlich wird, sieht es eine klare Mehrheit der Befragten als völlig oder eher zutreffend an, dass die Komplexität des europäischen Beihilferechts den Rat bzw. Kreistag bei Entscheidungen über öffentliche Zuwendungen überfordert. Dies spricht dafür, dass das europäische Beihilferecht zu einer Verstärkung des Informations- und Kompetenzgefälles zwischen kommunaler Vertretungskörperschaft und Kommunalverwaltung beiträgt.

Abbildung 12: Inwieweit würden Sie der Aussage zustimmen, dass die Komplexität des europäischen Beihilferechts den Rat bzw. Kreistag bei Entscheidungen über öffentliche Zuwendungen überfordert?



Um die Auswirkungen zu untersuchen, welche das europäische Beihilferecht auf das Verhältnis von Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung hat, wurden die Kommunen weiterhin danach befragt, ob das Erfordernis, die genauen mit einer öffentlichen Zuwendung verbundenen Ziele im Betrauungsakt festzulegen, zu einer vermehrten Diskussion von eben diesen Zielen innerhalb des Rates bzw. Kreistages oder der Kommunalverwaltung geführt hat. Wie Tabelle 15 zeigt, ergibt sich ein gespaltenes Bild bezüglich der vermehrten Diskussion aufgrund des Erfordernisses, die genauen mit einer öffentlichen Zuwendung verbundenen Ziele zu definieren. Eine nur sehr knappe Mehrheit der Kommunen von 52,1% gibt an, dass es völlig oder eher unzutreffend ist, dass eine vermehrte Diskussion innerhalb der Kommunalverwaltung stattfindet. Bezüglich einer intensiveren Diskussion im Rat bzw. Kreistag stellt sich das Bild wesentlich deutlicher dar. Hier gibt eine Mehrheit der Kommunen von 72% an, dass es völlig oder eher unzutreffend ist, dass die Ziele einer öffentlichen Zuwendung verstärkt diskutiert werden. Bei der Interpretation sind jedoch wiederum Einschränkungen bezüglich der Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse zu beachten. Auch diese Frage wurde von einem Großteil der Kommunen nicht beantwortet.

Tabelle 15: Wozu hat das Erfordernis der Festlegung von genauen Zielen durch einen Betrauungsakt geführt?

	Trifft völlig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft gar nicht zu	N
Das Erfordernis hat dazu geführt, dass die mit einer Beihilfe verbundenen Ziele innerhalb der Verwaltung verstärkt diskutiert werden	6,3%	41,7%	35,4%	16,7%	48
Das Erfordernis hat dazu geführt, dass die mit einer Beihilfe verfolgten Ziele verstärkt im Rat bzw. Kreistag diskutiert werden	0,0%	28,0%	56,0%	16,0%	50

3.5 Zusammenfassung

(1) Die Ergebnisse der quantitativen Umfrage in den Städten über 30.000 Einwohner in Nordrhein-Westfalen zeigen einerseits, dass öffentliche Unternehmen in den drei untersuchten Aufgabenbereichen nach wie vor in der Mehrzahl die öffentlichen Aufgaben erbringen – z. T. unter Beteiligung von privaten Unternehmen in Form von PPP. Dies haben insbesondere die Ergebnisse für den Entsorgungsbereich ergeben. Traditionell dominiert die öffentliche Erbringung der Leistungen. Wegen der Langfristigkeit von Entscheidungen über Rechtsformen ändert sich das nur langsam. Bei der Beurteilung der Krankenhausdienstleistungen muss berücksichtigt werden, dass traditionell Kirchen und Wohlfahrtsverbände einen Großteil der Versorgung übernehmen. Dies konnte auch in der Untersuchung belegt werden. Die Hälfte der Kommunen gaben an, dass die Erbringung der Krankenhausdienstleistungen durch öffentliche Unternehmen erfolgt, daran hat sich in den letzten Jahren nicht viel geändert. Aufgrund des hoheitlichen Charakters bei der Abwasserentsorgung können in diesem Bereich keine materiellen Privatisierungen erwartet werden. Gleichwohl

scheinen sich die historisch gewachsenen Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene generell gewandelt zu haben. In allen untersuchten Aufgabenbereichen – mit Ausnahme der besonderen Situation in der Abwasserentsorgung – nehmen privatwirtschaftliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen zwar keine dominierende, aber eine durchaus quantitativ bedeutsame Rolle ein. Man kann annehmen, dass insbesondere die kommunalen Modernisierungsstrategien Anfang der 1990er Jahre zu einer zunehmenden Einbeziehung Privater in den Aufgabenvollzug und somit zu einer Ausdifferenzierung der Erfüllung kommunaler Dienstleistungserbringung geführt haben. Für den Abfallbereich lässt sich zeigen, dass sich in den letzten zehn Jahren der Trend zur materiellen Privatisierung der Vollzugsverantwortung nicht fortgesetzt zu haben scheint. Aber funktionale Privatisierungen nehmen in der Abfallentsorgung in den letzten zehn Jahren eine bedeutende Rolle ein. Der gemeinsame Aufgabenvollzug mit Privaten hat für die Kommunen zumindest in der Abfallentsorgung nicht an Attraktivität verloren. Die dominante Art der Rechtsformveränderung wird durch Umgestaltungen innerhalb der Rechtsformen öffentlicher Unternehmen gebildet. Diese aus der Umfrage zu den Rechtsformen in ausgewählten Bereichen gewonnenen Ergebnisse belegen keinen wesentlichen Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsformentscheidungen von Kommunen. Allerdings müssen hierbei die Sondersituationen für den Abwasserbereich (hoheitliche Aufgabe) und Krankenhausbereich (z. T. Aufgaben freier Träger) Berücksichtigung finden. Des Weiteren gibt es gerade in den letzten Jahren Änderungsimpulse aus dem europäischen Wettbewerbs- und Vergaberecht. Da sich Rechtsformveränderungen nur langsam vollziehen, bleibt abzuwarten, wie sich die Kommunen künftig positionieren werden.

(2) **Ausschreibungsverfahren** um die Vergabe der vollständigen Leistungserbringung finden in der Abfallentsorgung in 42% der befragten Kommunen statt und von diesen geben 45% an, dass EU-rechtliche Vorgaben einen wesentlichen Grund für die Ausschreibung der vollständigen Leistungserbringung darstellen. Diese maßgeblichen Anteile weisen für den Entsorgungsbereich auf eine entsprechend starke Auswirkung der EU-Regelungen hin. Für den Bereich der Abwasserentsorgung können aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit hier keine Aussagen getroffen werden.

(3) Nach Einschätzung eines Großteils der Kommunen sind sowohl die Ausschreibung bei der Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als auch die bei der Wahl eines privatwirtschaftlichen Partners in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen nicht ursächlich für die materielle Privatisierung. Hohe Anteile der Kommunen bewerten die Ausschreibungserfordernisse als zusätzliche Belastung. Die Regelungen zur Ausschreibung führen bei ca. 65% zu mehr **Rechtsunsicherheit** und bei 85% der Kommunen zu einer Erhöhung des bürokratischen Aufwands. Dieser **Verwaltungsaufwand** wird von fast allen Kommunen (96%) als eher oder sogar sehr hoch eingeschätzt und führt mit einem Anteil von 80% zur kostenintensiven Beauftragung externer Berater.

Im Hinblick auf die Auswirkungen der Ausschreibung für die Kommune hat sich gezeigt, dass die Mehrheit der Kommunen der Meinung ist, dass Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung es erleichtern, den **kostengünstigsten Anbieter** zu finden (Abfallentsorgung: 88%, Abwasser: 74%). Der kostengünstigste Anbieter ist allerdings für die Kommunen im Hinblick auf die Qualität der Erbringung eher problematisch, da dies nach der Meinung der Mehrheit der Kommunen (Abfall: 56%, Abwasser: 73%) aber nicht bedeutet, dass mit diesem Verfahren auch der Leistungserbringer, welcher die Leistung in der bestmöglichen **Qualität** anbietet, gefunden wird. Hier zeigt sich ein Widerspruch zwischen den Zielen der Steigerung der Wirtschaftlichkeit und der Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung.

Bemerkenswert ist zudem, dass jede zweite Kommune angibt, dass aus ihrer Perspektive Wettbewerbsnachteile für kommunale Unternehmen in Ausschreibungsverfahren bestehen. Die Kommunen fühlen sich benachteiligt. Diese Einschätzung kann als Erklärung dafür herangezogen werden, dass eine Mehrheit der Kommunen schätzt, dass sich die Ausschreibungspflichten bei der Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen positiv auf die Zunahme von Rekommunalisierungen auswirken. Die These einer durch das europäische Gemeinschaftsrecht induzierten Machtverschiebung zwischen Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung lässt sich nicht bestätigen. Allerdings besteht der Eindruck, dass das Vergaberecht durch seine Komplexität bereits bestehende Informations- und Kompetenzasymmetrien zwischen Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung verstärkt und die Kommunen zudem stärker von externen Beratern abhängig macht, so dass durchaus von einer Schwächung der **lokalen Demokratie** gesprochen werden kann.

(4) Das Meinungsbild der Kommunen bezüglich der Bewertung von Problemen bei der **beihilferechtlichen Beurteilung von öffentlichen Zuwendungen** macht das Dilemma der Kommunen deutlich. Zwar sehen 55% der befragten Kommunen keine Probleme bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen. Auch bei der Frage, ob die Altmark-Trans-Kriterien und/oder die Freistellungsentscheidung Anwendung finden können, sehen 53% der Kommunen keine Probleme. Auch bei der Bewertung des Problems der Bestimmung der Bin-

nenmarktrelevanz sehen 62% der Kommunen kein Problem. Allerdings zeigt das Meinungsbild bei Problemen im Hinblick auf die Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien, dass bei 58% der Kommunen Probleme bestehen. Diese uneindeutigen Ergebnisse im Beihilfebereich können nur sehr vorsichtig interpretiert werden, da die Mehrheit der Kommunen angegeben hat, dass sie nicht beurteilen können, inwieweit eines der genannten Probleme tatsächlich existiert. Der geringe Rücklauf in diesem Frageteil kann daraufhin gedeutet werden, dass die Kommunen unsicher im Umgang mit den Details des Beihilferechts sind.

(5) Der mit der Umsetzung von beihilferechtlichen Vorgaben verbundene administrative Aufwand wird von den Kommunen als noch höher als der des Vergaberechts beurteilt. 92% der Kommunen schätzen den mit der Klärung beihilferechtlicher Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand als sehr oder eher hoch ein und 90% der Kommunen den mit der Umsetzung beihilferechtlicher Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand. Im Gegensatz zum Verwaltungsaufwand, der im Zusammenhang mit dem Vergaberecht anfällt, handelt es sich bei dem mit Beihilfen verbundenen Verwaltungsaufwand zudem um einen kontinuierlich anfallenden Aufwand. Dementsprechend schätzt die deutliche Mehrheit von 77% die dafür anfallenden monetären Kosten als sehr oder eher hoch ein und über 90% der Befragten sind der Meinung, dass die Komplexität des europäischen Beihilferechts den Rat bzw. Kreistag bei Entscheidungen über öffentliche Zuwendungen überfordert.

Werden die Ergebnisse zur Beurteilung der Probleme der Anwendung des Beihilferechts mit den Einschätzungen zum administrativen und monetären Aufwand verknüpft, wird deutlich, dass die Umsetzung des europäischen Beihilferechts die Kommunen vor Probleme stellt. So sind sie beispielsweise mit den Unterschieden der nationalen und europäischen Sichtweisen im Hinblick auf die Einschätzung von wirtschaftlichen/nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen konfrontiert, die mit eigenen kommunalen Kräften nicht mehr zu leisten sind – dies betrifft die Verwaltungsangehörigen und nach den Ergebnissen auch die Repräsentanten der Bürger in Stadträten und Kreistagen. Diese Lücke wird durch externen Sachverstand geschlossen.

4 Ergebnisse der qualitativen Befragungen

Neben der dargelegten standardisierten Fragebogenerhebung wurden im Rahmen der Studie, basierend auf Dokumentenanalysen, neun Experteninterviews geführt. Sie dienen dazu, die vorliegenden quantitativen Ergebnisse vor Ort zu überprüfen und zu vertiefen. Im Folgenden werden die Ergebnisse der leitfadengestützten Experteninterviews in den drei ausgewählten Sektoren vorgestellt und abschließend in Relation zu den oben skizzierten quantitativen Ergebnissen gesetzt.

4.1 Fallauswahl

Im Verlauf der Studie erwies sich der Feldzugang als problematisch. Die ersten Experteninterviews kamen nur durch persönliche Kontakte einzelner Vertreter der kommunalen Spitzenverbände zustande. Die Auswahl weiterer Interviewpartner erfolgte nach Hinweisen der zuerst befragten Personen im so genannten Schneeball-Verfahren (vgl. u. a. Schnell et al 2008, S. 300). Die mangelnde Interviewbereitschaft lässt auf die Unsicherheit der kommunalen Träger im Umgang mit den Reglementierungen der EU schließen. Bei dem Aufspüren von Interviewpartnern wurde deutlich, dass insbesondere im Krankenhaussektor nur diejenigen redebereit waren, die keine ständigen Ausgleichszahlungen im Sinne von Beihilfen erhalten.

In den ausgewählten Sektoren, dem Krankenhaussektor, der Abfallentsorgung und der Abwasserentsorgung, wurden jeweils drei Interviews geführt. Die Gespräche fanden persönlich in den jeweiligen Organisationen statt. Sie wurden auf Tonband bzw. digital mitgeschnitten und anschließend ausgewertet und in Auszügen transkribiert. Die Fragebogenerhebung hat gezeigt, dass in allen drei ausgewählten Sektoren nur in relativ wenigen Kommunen die Aufgaben erledigung materiell privatisiert wurde, d. h. die Vollzugsverantwortung liegt weiterhin größtenteils bei öffentlichen Unternehmen, so dass auch die Interviews ausschließlich bei Organisationen in kommunaler Trägerschaft durchgeführt wurden. Die Adressaten waren im Gegensatz zur Fragebogenerhebung nicht die Bürgermeister von Kommunen, sondern Geschäftsführer kommunaler Unternehmen. Die Wahl der Geschäftsführer erweitert den Akteurskreis der Studie. Die Unternehmen der befragten Führungspersonen befinden sich ausgenommen eines Falls außerhalb der Kernverwaltung und ermöglichen anstelle eines ressortübergreifenden einen sektorspezifischen Einblick in die jeweiligen Problemlagen der kommunalen Daseinsvorsorge. Insbesondere die sektorale Betrachtung kommunaler Krankenhäuser stellt eine wichtige Ergänzung zur quantitativen Studie dar, da diese darin größtenteils ausgeklammert wurden (vgl. Kapitel 2). Der Krankenhaussektor nimmt eine wichtige Stellung zur Annäherung an die grundle-

gende Frage der Studie ein, inwiefern sich die europäischen Bedingungen des Wettbewerbs- und Vergaberechts auf die kommunale Daseinsvorsorge auswirken. Das Beihilferecht hat in den anderen beiden Sektoren der Abfall- und der Abwasserentsorgung nur einen geringen Einfluss auf die Leistungserbringung, da die Gebühren dort so festzulegen sind, dass sie allerhöchstens die anfallenden Kosten abdecken.

Die Betrachtung kommunaler Organisationen außerhalb der Kernverwaltungen hat darüber hinaus zur Folge, dass sich der Blick auf die lokale Demokratie verändert. Die Räte der kommunalen Gebietskörperschaften sind in den kommunalen Unternehmen in den jeweiligen Gremien, wie z. B. den Aufsichtsräten oder Gesellschafterversammlungen, vertreten. Die Interviews liefern Aussagen dazu, wie über diese Gremien die Anbindung an die kommunalen Vertretungskörperschaften und die Kommunalverwaltung erfolgt.

Trotz der angesprochenen Probleme beim Feldzugang konnten im Sinne einer minimalen Kontrastierung in allen Sektoren ähnliche Fälle untersucht werden. Im Krankenhaussektor wurden Geschäftsführer von drei ländlich geprägten kommunalen Kreiskrankenhäusern interviewt. Im Abwassersektor wurden drei der sieben in Nordrhein-Westfalen zentralen Abwasserverbände aufgesucht und im Abfallsektor konnten Gespräche mit Geschäftsführern von Abfallgesellschaften geführt werden, die in jüngster Zeit Gründungen von Zweckverbänden initiiert haben.

Während bei der standardisierten Fragebogenerhebung verallgemeinerbare Aussagen im Mittelpunkt des leitenden Interesses standen, geht es im qualitativen Teil vielmehr um die Identifikation und Rekonstruktion von Prozessen. Die qualitativen Ergebnisse können darüber hinaus zur Vertiefung der quantitativen Ergebnisse herangezogen werden. Die nachstehende Auswertung unterscheidet diesbezüglich drei Entwicklungen:

- Entscheidungsprozesse in kommunalen Unternehmen und deren Gremien der lokalen Demokratie
- administrative Arbeitsprozesse
- Entwicklung von Lösungsstrategien bei auftretenden Problemen, die im direkten Zusammenhang mit der europäischen Rechtsprechung stehen.
- Die Darstellung der Ergebnisse erfolgt in Form eines sektoralen Vergleichs.²²⁷

4.2 Krankenhaussektor

4.2.1 Organisations- und Rechtsform

Alle drei ausgewählten Krankenhäuser befinden sich zu hundert Prozent in kommunaler Trägerschaft der jeweiligen Landkreise. Bei den Fällen handelt es sich um kommunale Kliniken in privater Rechtsform. K1 und K2 werden als GmbH geführt und K3 als GmbH & Co. KG, wobei der Kern dieser Holding in der Klinik GmbH besteht, die in der Form schon seit Jahrzehnten besteht und auf die sich das Interview konzentrierte. Die formellen Privatisierungen in den drei Kliniken fanden zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten statt. Zwei von ihnen zu einem Zeitpunkt, als das Europarecht noch keinen Einfluss auf die kommunale Daseinsvorsorge ausübte. Alle drei Häuser sind mit ihrer jetzigen Organisationsform zufrieden.

Die Kreiskrankenhäuser werden jeweils von zwei Geschäftsführern geleitet; einem medizinischen und einem Geschäftsführer für die kaufmännische Leitung. Die Interviews wurden mit Letztgenanntem geführt. Die Interviewpartner sind seit mehreren Jahren im Amt und mit Prozessen der Kommunalpolitik vertraut. Der Geschäftsführer in K1 hat darüber hinaus mehrjährige Erfahrungen als Bürgermeister einer der kreisangehörigen Gemeinden sammeln können. Dem Interview mit K1 wohnte der Kreiskämmerer bei.

Alle drei Organisationsprivatisierungen wurden aus Gründen der Flexibilisierung der Haushalte und der Entscheidungsstrukturen vollzogen und fanden somit unabhängig von der europäischen Reglementierung statt. Die Geschäftsführer bestätigen, dass Entscheidungen über die Rechtsform in ihren kommunalen Unternehmen, an denen sie beteiligt sind, nicht vom EU-Recht motiviert werden.

²²⁷ Der Leitfaden für die Interviews orientierte sich an folgenden Themen: Organisations- und Rechtsform, administrativer Aufwand und lokale Demokratie. Anzumerken ist zudem, dass die Experteninterviews aufgrund der Kürze der Projektlaufzeit und den Schwierigkeiten beim Feldzugang die vielschichtigen Problemlagen der jeweiligen Sektoren nur in Auszügen abbilden können. Die Darstellung der Fallstudien erfolgt in anonymisierter Form. Die Organisationen sind daher durchnummeriert. (Krankenhaussektor K1 bis K3, Abwasserentsorgung AW1 bis AW3, Abfallentsorgung AF1 bis AF3).

„Nein, eher versucht man aus den sachbezogenen Argumenten zu Entscheidungen auf organisatorischer oder inhaltlicher Art zu kommen und dann prüft man eben, ob das auch machbar ist im Zuge EU-rechtlicher Rahmenbedingungen“ (K3). Entscheidungen über die Rechtsform wurden ferner zu Zeitpunkten getroffen, an denen das Europarecht kaum Einfluss auf die Leistungserbringung hatte.

Wie im rechtswissenschaftlichen Teil bereits herausgearbeitet wurde, sind im Krankenhaussektor vor allem Ausgleichszahlungen der Gemeinden an die kommunalen Krankenhäuser zu einem europapolitischen Thema avanciert. Durch die Klage der privaten Asklepios GmbH im Jahr 2004 hat das Thema in Deutschland an Brisanz gewonnen.

Die Frage nach ständigen Beihilfen in Form von Defizitausgleichen durch die Kommune stellte sich allerdings in den drei ausgewählten Klinikkonzernen nicht. Sie arbeiten wirtschaftlich effizient und benötigten daher in den vergangenen Jahren keine Zuschüsse ihrer Kommunen. Seit der Einführung des DRG-Systems (Diagnosis Related Groups) zur Krankenhausfinanzierung im Jahr 2003 liegen in den Beispielkrankenhäusern die Fallpauschalen über den real angefallenen Ausgaben, d. h. sie gehören zu der Gruppe der sogenannten Konvergenzgewinner. Die Häuser haben somit einen ausgeglichenen Haushalt und bedürfen derzeit keinerlei Defizitausgleiche von ihrem Landkreis.

Die Geschäftsführer sind zuversichtlich, dass sie auch zukünftig wirtschaftlich eigenständig bestehen können. Dennoch räumen insbesondere die Geschäftsführer von K1 und K2 ein, dass sich dieser Zustand durchaus jederzeit ändern könne. Dies hänge auch von ordnungspolitischen Rahmenbedingungen ab, welche die Krankenhäuser nicht beeinflussen können. Der Geschäftsführer im Fall K1 macht an dieser Stelle deutlich, dass ferner die kommunalen Haushalte keinen Spielraum für Ausgleichszahlungen zuließen. Falls sich also die finanzielle Lage der kommunalen Häuser verschlechtere, sei der Gedanke an eine Veräußerung des Hauses an private Krankenhausträger, wie es bereits in anderen Kommunen der Fall war, nicht auszuschließen. Allerdings ist aufgrund der guten finanziellen Situation der interviewten Krankenhausunternehmen materielle Privatisierung zurzeit kein Thema. Mit Ausnahme von K2 erhielten die Häuser bislang auch keine Übernahmeangebote von privaten Unternehmen.

Jährliche Ausgleichszahlungen bereiteten den interviewten Kommunen in den letzten Jahren keine Probleme, allerdings bestanden Rechtsunsicherheiten in Bezug auf Beihilfen in Form von Bürgschaften bzw. im Fall von K3 in Form eines verzinsten Darlehens vom Kreis.

Im Fallkrankenhaus K3 bestand die Möglichkeit vom Kreis ein verzinstes Gesellschafterdarlehen zu beziehen. Im Zusammenhang mit dem Monti-Paket sind neue Unsicherheiten aufgetreten, so dass der Kreis, bevor er das Darlehen bewilligte, umfangreiche Rechtsberatung einholte und Beratungsgutachten in Auftrag gab. Der Geschäftsführer war über die Art des Vorgehens und die daran gekoppelte Unsicherheit nicht erfreut und kommentiert:

„Früher wäre das überhaupt kein Thema gewesen, da hätte überhaupt keiner das Stottern angefangen bei dieser Fragestellung (...) das Verfahren dahin war höchst abenteuerlich“ (K3).

In K1 und K2 bestand ebenfalls große Unsicherheit im Zusammenhang mit dem Beihilferecht. In beiden Fällen standen Bürgschaften zur Diskussion. Im Fall K2 hatte der Kreis über eine Fusion des kommunalen Krankenhauses mit einem Krankenhaus der Diakonie nachgedacht. Dafür hätte der Kreis eine Bürgschaft in Höhe von 54 Mio. Euro für das Krankenhaus übernehmen müssen. Die Fusion ist aus verschiedenen Gründen gescheitert. Dabei spielte die Vereinbarkeit der Bürgschaft mit dem Beihilferecht eine wesentliche Rolle. Der Kreiskämmerer war als interner Experte mit der Prüfung des Sachverhalts betraut. Er prüfte die Angelegenheit und kam zu dem Ergebnis, dass die Bürgschaft vom Kreis nicht mit dem EU-Recht zu vereinen sei. Er folgerte, dass die Bürgschaft einer Notifizierung durch die Kommission bedarf und dieser Aufwand wurde von den kommunalen Entscheidungsträgern gescheut:

„Der Kreiskämmerer hat gesagt, 'das ist geltendes Recht, die müssen uns befreien; das machen die nicht und deshalb brauchen wir auch gar nicht den Antrag zu stellen'. Im Übrigen war es dann auch zeitkritisch und ein Antrag über das Bundesfinanzministerium nach Brüssel und zurück ist nicht in einer Woche gemacht“ (K2).

Im Zuge einer Investitionsmaßnahme für neue Software-Programme im Krankenhaus K1 kam es ebenfalls zu einem längeren Entscheidungsprozess darüber, ob der Kreis eine Bürgschaft für das Krankenhaus übernimmt. Es existiert bereits seit einigen Jahren eine Bürgschaft. Die Verwaltung empfand den bürokratischen Prozess zur Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien, trotz der Vereinfachungen durch die Freistellung des Monti-Pakets, als sehr aufwendig. Demzufolge hat sich der Kreis dazu entschlossen, ein neues Beihilfeverfahren zu vermeiden. Das Krankenhaus ver-

zichtete auf eine Bürgschaft und suchte stattdessen nach anderen Finanzierungsmöglichkeiten. Schließlich stockte die ansässige Sparkasse einen bereits bestehenden Kredit auf. Der Kreiskämmerer bemängelt in diesem Kontext ein generelles Fehlen von allgemeingültigen Regeln zur Bestimmung von Subventionsäquivalenzen, welche kurzfristige Finanzierungen unbürokratisch ermöglichen:

„Wir können den Beihilfewert kaum selbst ermitteln. Es bleibt immer die Unsicherheit, ob wir etwas hätten anzeigen müssen. Die 1,5 Mio. [als Schwellenwert] stehen immer im Raum. Nehmen wir das ganze Verfahren wieder auf uns oder finden wir eine andere Strategie“ (K1).

Die Gemeinde befinde sich stets im Ungewissen, ob Maßnahmen als Beihilfe gelten und ab wann diese anzeigepflichtig sind. Aus diesem Grund seien Kommunen stets auf der Suche nach anderen Finanzierungsmöglichkeiten, die sich am Rande des Legalen befinden.

Auch die im Jahr 2006 in Kraft getretene Freistellungsentscheidung im Rahmen des Monti-Pakets konnte die auftretenden Rechtsunsicherheiten in den Kommunen nicht reduzieren.

„Mit diesem Versuch, etwas zu regeln, sind erhebliche Unsicherheiten aufgetreten. Was darf eine Kommune im Verhältnis zu ihrer eigenen Gesellschaft? Also da ist im Moment, ich sage mal ganz vorsichtig, ein ziemliches Wirrwarr entstanden. Die Freistellungsentscheidung hat keine Transparenz gebracht. Im Gegenteil, völliges Durcheinander ist im Moment entstanden. Das führt, je nach Typus, dazu, dass je nach Kämmerer und Landrat die einen sich gar nichts mehr trauen und die anderen sagen 'alles ist Quatsch'. Wenn man sich anschaut, was läuft und was nicht läuft, da ist das maßlos schwierig“ (K3).

Die Interviewpartner fordern klare Regelungen im Hinblick auf die Anwendung des EU-Rechts. Der Geschäftsführer in K3 befürwortet zwar generell den Versuch der Kommission, Anreize für kommunale Unternehmen zum wirtschaftlichen Handeln zu setzen, es müsse jedoch Klarheit darüber hergestellt werden, was erlaubt ist und was nicht.

4.2.3 Administrativer Aufwand

Wie bereits in der Darstellung der bestehenden Konflikte veranschaulicht wurde, entstehen im Zusammenhang mit Bewilligungen von Bürgschaften zahlreiche Unsicherheiten. Durch die Zeit, die benötigt wird, um die genaue Rechtslage zu prüfen, verlängern sich Entscheidungsprozesse. Der Geschäftsführer in K1 erklärt, dass dies vor allem daran läge, dass die Beihilferegeln zu abstrakt seien und kritisiert die zunehmende Bürokratie, die in dem hohen administrativen Aufwand besteht, der mit der Beweisführung des Betrauungsakts und der Festlegung der Dienstleistungen von nichtwirtschaftlichem Interesse verbunden ist. Die Reglementierungen der EU müssten stets in Bürgschaftsentscheidungsprozesse einbezogen werden, so dass sich Entscheidungsabläufe auffallend verlängern.

„Manchmal werden aus zwei Wochen zwei Monate. Es wird komplizierter und es dauert auf jeden Fall länger.“

Des Weiteren wird angemerkt:

„Wenn man das [Beihilferecht] wirklich durchdrungen hat, stellt man oftmals fest, dass es auch Möglichkeiten gibt, in diesem Regelungsgeflecht ordentlich arbeiten zu können. Aber der Aufwand, um das alles herzustellen und dann zu einem guten Ergebnis zu kommen, der steigt erheblich“ (K1).

Alle drei Krankenhausgeschäftsführer führen darüber hinaus an, dass Europa im alltäglichen operativen Geschäftsablauf kaum eine Rolle spiele, sondern nur bei Entscheidungen, die selten anfallen. Aus dieser Spärlichkeit resultiert, dass die beteiligten Akteure sich bei anstehenden Entscheidungen immer wieder neu in die Materie eindenken müssen, da die Rechtslage in der Zwischenzeit durch vielfältige Urteile des EuGH Änderungen erfährt. Die Beschaffung und Aneignung der jeweils neusten Regelungen sei mit einem hohen zeitlichen Aufwand verbunden.

Abschließend nutzen alle Krankenhausgeschäftsführer die Gelegenheit der Befragung dazu, ihrem Ärger über den erhöhten Zeitaufwand bei Ausschreibungsverfahren für Beschaffungen Luft zu machen. Vor allem der Geschäftsführer in K2 kritisiert, dass europaweite Ausschreibungen auch dann vorzunehmen seien, wenn bereits klar sei, dass lediglich ein bereits bekannter Anbieter als potentieller Auftragnehmer infrage kommt. Auch in K3 werden die zeitaufwendigen Verfahren von Ausschreibungsprozessen bemängelt, auch wenn Ausschreibungen häufig zu einem guten Ergebnis geführt haben.

4.2.4 Lokale Demokratie

Bedingt durch die Rechtsformen der GmbH ist die Geschäftsführung an die Entscheidungen der Aufsichtsräte (K1, K2) oder eine Gesellschafterversammlung (K3) gebunden. Die Gremien variieren in ihren Besetzungen. Alle Gremien bestehen größtenteils aus Ratsmitgliedern der Kommune. Die Verteilung spiegelt die Fraktionsverteilungen in den Räten wider. Die Gremien tagen in der Regel drei- bis viermal jährlich. Ihre Hauptaufgabe besteht in der Abstimmung über die jährlichen Haushaltspläne. Die Abstimmung über die Bewilligung von Bürgschaften erfolgt allerdings innerhalb der Kreistage der Landkreise, da sie Haushaltsmaßnahmen der Kreise darstellen.

Die Zunahme der Komplexität der Reglementierungen in Bezug auf das Beihilferecht spiegelt sich laut der Aussagen der Geschäftsführer, die einen engen Kontakt zu den Kreistagen pflegen, deutlich in den Entscheidungsprozessen der Räte wider, die in den Sitzungen über Bürgschaften und Darlehen abstimmen. Die Komplexität der EU-Bestimmungen sei vom Rat als „Feierabendparlament“ (Bürgermeister K1) nur begrenzt erfassbar.

4.2.5 Fazit

Zusammenfassend kann für den Krankenhaussektor konstatiert werden, dass sich die im rechtswissenschaftlichen Teil aufgestellte These bewahrheitet, der Nachweis der Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien sowie die Freistellungsentscheidung im Rahmen des Maßnahmenpakets seien für die Kommunen mit erheblichen Problemen verbunden. **Unsicherheiten im Umgang mit Beihilfen (1) sowie die Transaktionskosten von Entscheidungsprozessen (2) sind erheblich gestiegen.** Eine Vielzahl der Krankenhäuser wird in Form einer GmbH geführt, dadurch werden die Räte geschwächt, da sie nur noch in Gremien wie bspw. Aufsichtsräten vertreten sind. Beihilfeentscheidungen fallen weiterhin in den kommunalen Räten und in der Kernverwaltung an. **Die komplexen europäischen Reglementierungen sind allerdings nur begrenzt von den „Feierabendparlamenten“ der lokalen Ebene zu verarbeiten (3).**

4.3 Abfallentsorgung

4.3.1 Organisations- und Rechtsform

Die vorliegenden Konzernstrukturen der ausgewählten Abfallgesellschaften sind überaus komplex. Die Firmen betreiben zur Erledigung ihrer vielfältigen Aufgaben der Abfallentsorgung zum Teil mehrere Tochtergesellschaften. Sie bilden komplizierte institutionelle Arrangements. Im Rahmen der folgenden Auswertung wird auf eine detaillierte Darstellung der Arrangements verzichtet. Vielmehr konzentriert sie sich nachstehend auf die konkreten Herausforderungen, welche die kommunalen Entsorger in Bezug auf die europäischen Reglementierungen zu bewältigen haben.

Bei der Fallauswahl in der Abfallwirtschaft wurden drei Geschäftsführer kommunaler Abfallgesellschaften aufgesucht, die entweder seit längerem Mitglied eines Zweckverbands sind (AF1) oder die sich zum Zeitpunkt der Interviews in der Gründungsphase eines Zweckverbands (AF2 und AF3) befanden. Darüber hinaus verfügen alle drei Interviewpartner über Erfahrungen mit Vertragsverletzungsverfahren.

Des Weiteren konnten im Rahmen der Fallauswahl zwei Fälle ausgewählt werden (AF2 und AF3), die neben der Gründung von Zweckverbänden einzelne operative Aufgaben des Müllkreislaufs, die vormals an private Dritte vergeben waren, in kommunale Trägerstrukturen zurückgeführt haben. Dieser Prozess wird nachstehend als Rekommunalisierung bezeichnet. In der Debatte über den Einfluss der europäischen Rechtssprechung tritt an verschiedenen Stellen die Hypothese auf, Rekommunalisierungen seien eine Folge der europäischen Reglementierungen (vgl. bspw. Waiz 2009, S. 67-68). Diese Frage wird im Verlauf der Sektordarstellung aufgegriffen und erörtert.

4.3.1.1 Zweckverbände

Aufgrund der sehr ausdifferenzierten Aufgabenvielfalt in der Abfallwirtschaft konnte bei der Fallauswahl auf die Differenzen in der Aufgabenerledigung der Zweckverbände keine Rücksicht genommen werden. Wurden beispielsweise dem Zweckverband in AF1 vor allem die Aufgaben der thermischen Behandlung, der mechanischen Aufbereitung sowie der Vorbehandlung und der Beseitigung von Siedlungsabfällen übertragen, so handelt es sich bei AF3 sowohl um das Einsammeln als auch um die Entsorgung des Mülls. Der Zweckverband, in dem die Abfallgesellschaft AF2 eingebunden ist, dient hingegen lediglich der gemeinsamen Nutzung einer Müllverbrennungsanlage. Für das Vergaberecht spielt die Art der Entsorgung eine sekundäre Rolle, solange sie in den Aufgabenbereich der Kommunen fällt.

Zweckverbände sind im Gesetzgebungsverfahren bislang nicht berücksichtigt worden und sind daher nach aktueller Rechtslage die einzige rechtliche Möglichkeit der interkommunalen Zusammenarbeit, die nicht dem Vergaberecht

unterliegt, sie gelten weiterhin als innerstaatlicher Organisationsakt²²⁸. Kommunale Entsorger nutzen demgemäß vermehrt diese Art der Organisationsstruktur. Da keine Notwendigkeit von periodischen Ausschreibungen existiert, bilden Zweckverbände stabile, auf Langfristigkeit angelegte Organisationsgefüge.

Trotz der generellen Vereinbarkeit von Zweckverbänden mit dem Vergaberecht kam es bei zahlreichen Gründungen von Zweckverbänden in der Vergangenheit auch in Nordrhein-Westfalen zu Vertragsverletzungsverfahren. Beispielhaft für die Probleme, die mit Vertragsverletzungen auftreten können, wird nachstehend der Fall AF1 skizziert: Im Jahr 2002 hat die Abfallgesellschaft AF1 zusammen mit sechs weiteren Kommunen einen Abfallwirtschaftsverband (Aufgabenträger) und eine GmbH (Auftragsdurchführung) gegründet. Beide Unternehmen sind zu einhundert Prozent in kommunaler Eigentümerschaft. Zur Erledigung der Aufgaben hat die GmbH von drei beteiligten Entsorgungsgesellschaften notwendige Entsorgungsanlagen gepachtet. Nach Vertragsabschluss wurde von der Europäischen Kommission ein Verfahren zur Prüfung des Vertrags eingeleitet. Unsicherheit bestand darin, ob die Beauftragung der GmbH mit den Aufgaben des Abfallwirtschaftsverbands dem Vergaberecht unterliegt, da die Betriebsführung generell auch von Privaten wahrgenommen werden könnte.

Nach drei Verhandlungsjahren wurde das Verfahren von der Kommission ohne Begründung eingestellt. Es wird vermutet, dass für die Einstellung des Verfahrens eine Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums ausschlaggebend war. Diese besagt, es handele sich bei den beanstandeten Vergaben um vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte. Zudem konnte von deutscher Seite während des Verfahrens auf das Prinzip der Nähe und der Beseitigungsautarkie der Städte und Kreise hingewiesen werden. Allgemein zeigt sich der Geschäftsführer des Zweckverbands über die Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium positiv überrascht:

„Da haben wir auch wirklich erlebt, dass das Wirtschaftsministerium uns im hohen Maße behilflich ist. Obwohl es durchaus politisch eine andere Struktur vorgeben würde“ (AF1).

Die Stellungnahme des Bundesministeriums wurde in der kommunalen Abfallgesellschaft durchweg begrüßt. Der Zweckverband AF1 dient seit der Gründung als Vorbild auch für andere Zweckverbände. Einige Abfallgesellschaften haben sich am Beispiel AF1 orientiert und vermeiden trotz der Einstellung des Verfahrens so genannte Betreiberverträge. **Sie sorgen dafür, „inhousefähig“ zu sein, d. h. sie lagern, wie es in AF2 geschehen ist, alle Drittgeschäfte in eine Tochtergesellschaft aus.** Die neu aufkommenden Gründungen von Zweckverbänden und das Bestreben, Inhouse-Geschäfte durchführen zu können, zeigen, dass die Akteure im Abfallsektor ihre Organisationsentscheidungen durchaus am Vergaberecht orientieren. Der Geschäftsführer in AF2 bewertet diesen Prozess so:

„(...) das EU-Recht zwingt uns dazu, uns so umzuorganisieren, dass das wieder passt, damit wir überhaupt von unseren eigenen Gesellschaftern beauftragt werden können. (...) Wir nutzen, was uns geblieben ist“ (AF2).

4.3.1.2 Rekommunalisierungen

Neben der Gründung von Zweckverbänden wird im Rahmen der Abfallwirtschaft die Häufung von Rekommunalisierungen im Zusammenhang mit dem Europarecht diskutiert. Die Ergebnisse der qualitativen Erhebung zeigen, dass 12,5% der Befragten in der Abfallwirtschaft Aufgaben rekommunalisiert haben (vgl. Tabelle 2). Exemplarisch werden nachfolgend die Rekommunalisierungsprozesse in AF2 und AF3 kurz vorgestellt und deren Motive erläutert.

Im Fall AF2 haben alle Kommunen im Einzugsgebiet die Aufgabe des Mülleinsammelns und Abtransportierens auf den Landkreis übertragen. Die vom Landkreis gegründete GmbH ließ seit 2006 bestehende Verträge mit privaten Abfallunternehmen auslaufen und holte auf diesem Weg die Aufgabe zurück in die kommunale Leistungserbringung. Der Rat konnte mit Hilfe eines Gutachtens von der Sinnhaftigkeit des Vorhabens überzeugt werden und stimmte der operativen Rekommunalisierung einstimmig zu.

Die Rückübertragung von AF3 erfolgte durch die Gründung eines Zweckverbands als Anstalt des öffentlichen Rechts. Zunächst gründeten 2005 vier Städte und Gemeinden einen Zweckverband und traten ihm gleichzeitig bei. Verträge mit privaten Dritten liefen auch in weiteren Kommunen aus oder wurden aufgekündigt. Sie konnten dem Zweck-

²²⁸ Derzeit ist ein Gesetzgebungsverfahren in Gang, um das derzeit geltende Vergaberecht im Kontext des Vergaberechts neueren gemeinschaftsrechtlichen Entwicklungen anzupassen, so dass zukünftig auch andere Formen der interkommunalen Kooperation vom Vergaberecht ausgenommen sein könnten.

verband beitreten. Mittlerweile umfasst er zwölf Städte und Gemeinden zweier Landkreise. Beide Rekommunalisierungsprozesse verliefen ohne Konflikte mit europäischem Recht.

Beide Rekommunalisierungen wurden vornehmlich mit den derzeitigen Wettbewerbsstrukturen in Nordrhein-Westfalen begründet. Einzelne große private Gesellschaften bestimmten in den zurückliegenden Jahren in einer „Quasi-Monopolstellung“²²⁹ den Wettbewerb:

„Selbst, wenn wir europaweit ausschreiben, regelt sich das dann am Markt ja so, dass, wenn ein Kleiner bietet und der ist billiger als der Große, der Große den Kleinen sofort aufkauft. Dann landen wir wieder beim selben. Wir wollen ja den Wettbewerb, es tut sich aber nichts. Wir haben den andern Fall jetzt noch gehabt im letzten Jahr: auch 'ne Ausschreibung, europaweit, 13 Anfragen von Interessenten, zwei Angebote und den Zuschlag hat wieder der Größte gekriegt. Der Markt ist wirklich dicht, was das angeht. Wenn Sie große Verträge ausschreiben, machen wir immer wieder die gleiche Erfahrung, wir landen immer beim gleichen“ (AF2).

In beiden Fällen können die kommunalen Entsorger erstaunlicherweise kostengünstiger arbeiten als die Privaten. Dies ermöglichen insbesondere die Größen- und Steuervorteile der Verbandsstruktur. Im Fall AF3 wurden zudem die Schaffung transparenter Strukturen, Gebührensicherheit für die Bürger, zuverlässige Sozial- und Umweltstandards, darunter z. B. die Sicherung von Arbeitsplätzen in der Region sowie die Auslastung der örtlichen Verbrennungsanlage als Gründe für die Rückübertragung aufgeführt. Europäische Reglementierungen spielten zunächst bei der Entscheidungsfindung keine Rolle, sie haben lediglich veranlasst, dass die Form des Zweckverbands gewählt wurde.

Im Gegensatz zu AF3 ist die Rekommunalisierung für den Leiter der AF2 keine ideologische Entscheidung.

„Mir geht es jetzt nicht darum, hier einen Glaubenskrieg zu haben, so nach dem Motto 'Rekommunalisierung ist das Heil', sondern lieber würde ich eine gut ausgewogene Mischung finden, zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen, die auch miteinander arbeiten, in einem bestimmten Rahmen, aber der Rahmen, der da möglich ist, ist durch das Vergaberecht abgesteckt. Die wären für uns schon sehr interessant, ich hätte da auch viele Ideen, was man da machen könnte, aber die lassen sich nicht so ohne weiteres einfach umsetzen“ (AF2).

Der Geschäftsführer fühlt sich durch die Gesetzgebung der EU in seinen Handlungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. Er könne sich gut vorstellen, vermehrt auch mit Privaten zu kooperieren, wenn es einfacher wäre, PPP-Modelle umzusetzen. Er bestätigt mit seiner Aussage die These, das EU-Recht führe zu einer Abnahme von PPP-Modellen. Genaue Umsetzungsvorschläge, wie PPP-Projekte besser mit dem EU-Recht zu vereinen seien, kann er jedoch nicht benennen und bezeichnet dies als eine Herausforderung für die Zukunft. Auch würde er nicht von einem Trend zur Rekommunalisierung sprechen. Es handle sich um Einzelfallentscheidungen.

Abschließend bringt der Geschäftsführer von AF1 den Wunsch ein, dass die EU-Kommission ihre Entscheidungen treffen sollte, indem sie die Unternehmen vor Ort besucht. Auf diesem Weg könnte sie die Gegebenheiten besser nachvollziehen. Bislang fielen Entscheidungen am „grünen Tisch“ – weit weg von den lokalen Gegebenheiten. Für den Geschäftsführer der AF1 sind die Eingriffe der Kommission längst nicht abgeschlossen, er befürchtet zukünftig eine neue Welle von Eingriffen der EU im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen, die in fünf bis zehn Jahren auslaufen.

4.3.2 Administrativer Aufwand

Kritik der Zweckverbände an den Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission besteht vor allem in der Intransparenz des Prozessverlaufs sowie dem entstandenen hohen monetären und zeitlichen Aufwand. Mit bis zu 15 Sitzungen in Brüssel, die in Zusammenarbeit mit den Landesvertretern und dem Wirtschaftsministerium vorbereitet und wahrgenommen wurden, ist in AF1 ein extrem hoher administrativer Aufwand entstanden. Neben einer nationalen wurde auch eine international agierende Anwaltskanzlei mit Sitz in Brüssel mit der Vertretung beauftragt. Der Geschäftsführer umschreibt die Notwendigkeit der Informanten vor Ort mit folgenden Worten:

„Sie müssen sich vorstellen, dass das Europäische Parlament genauso funktioniert wie der Rat der Stadt X: Wenn Sie Briefe schreiben müssen an einen Amtsleiter und Beigeordneten, dann haben Sie

²²⁹ Die Beschreibungen der Oligopolisierung in der Abfallwirtschaft tragen vergleichbare Züge mit dem Energiemarkt. Seit seiner Liberalisierung wird dieser von wenigen Oligopolen beherrscht (vgl. Bogumil/Holtkamp 2006, S. 94).

schon verloren, aber wenn Sie ihn kennen, weil Sie zufälligerweise beim IHK-Jahres-Empfang ein Problem lösen konnten, dann machen Sie das in X. Wenn Sie diese Kontakte in Brüssel nicht haben (...), dann erreichen Sie nichts. Nicht unter dem Stichwort Bestechung oder Lobbyarbeit, aber wenn Ihre Kinder nicht in den gleichen Kindergarten oder die gleiche Schule gehen wie die der Mitarbeiter der Kommission, dann erreichen Sie nichts, denn die sind so weit weg“ (AF1).

Die Kritik bezüglich der Vertragsverletzungsverfahren zielt bei den anderen beiden Geschäftsführern in AF2 und AF3 in dieselbe Richtung. Alle beklagen die Vielzahl der Instanzen, die der Prozess durchläuft. Um den Informationsverlust im Sinne des Effekts der „Stillen Post“ (AF2) zu vermeiden, kommunizierte die Anwältin der Abfallgesellschaft AF2 direkt mit Vertretern der Kommission. Zwar wurde dieses Umgehen der Verwaltungshierarchien zutiefst vom Bundesministerium kritisiert, aber es führte doch zu einem schnelleren Ergebnis. Die Verfahren unterscheiden sich vom Fall AF1 lediglich darin, dass sie von privaten Abfallunternehmen bzw. von einem Bürger des Kreises in Brüssel angezeigt wurden. In beiden Fällen verliefen die Verfahren ebenfalls in einem langwierigen Prozess und erfolgten ebenso zugunsten der kommunalen Unternehmen, d. h. die Verfahren wurden eingestellt. Neben den bereits angeführten Kritikpunkten des erhöhten administrativen Aufwands, beklagen beide Geschäftsführer, dass sie keine Benachrichtigung über die Einstellung des Verfahrens erhalten haben und über einen längeren Zeitraum mit der Unsicherheit über den Ausgang des Prozesses den operativen Betrieb aufrecht erhalten mussten. Die Information, dass ihr Verfahren eingestellt wurde, erfuhren sie zufällig über Dritte.

Nicht nur bei Vertragsverletzungen steigt der bürokratische Aufwand. Auch der Wandel der Rechtsformen verläuft mit Hilfe von Rechtsberatung. Diese erfolgt auf zwei Wegen: Einerseits findet eine Beratung durch die gute Vernetzung innerhalb der kommunalen Verbände statt. Eine wichtige Position nimmt in der Abfallwirtschaft vor allem der Verband Kommunale Abfallwirtschaft und Stadtreinigung (VKS) als Teilverband des Verbandes Kommunaler Unternehmen (VKU) ein. Aufgrund der negativen Erfahrung mit den Vertragsverletzungsverfahren wurden vom VKS sogar zwei Mitarbeiterinnen in Brüssel beschäftigt, deren Aufgabe darin besteht, alle Belange der Abfallwirtschaft zu beobachten und an die kommunalen Unternehmen weiterzugeben. An die beiden Mitarbeiterinnen ist die Hoffnung geknüpft, den Informationsfluss zu intensivieren und vor Ort informelle Kontakte zu knüpfen, um bei drohenden Verfahren oder anstehenden Gesetzesänderungen rechtzeitig intervenieren zu können. Andererseits wird ebenso wie im Krankensektor die Rechtsberatung der Verbände durch das Einholen von individueller Rechtsberatung und durch Rechts- und Kostengutachten ergänzt.

Auch die Rekommunalisierungen kamen nicht ohne aufwendige Beratung aus. Im Fall AF2 wurde durch eine private Beratungsfirma ein Rechts- und Kostengutachten erstellt. Im Gegensatz dazu kam die Gründung des Zweckverbands in AF3 erstaunlicherweise ohne ein Gutachten zustande. Allerdings wurde der Prozess durchgehend von einem Rechtsberater betreut.

„Von Anfang an war der Rechtsberater dabei und hat gesagt, das geht rechtlich, das geht rechtlich nicht und hat im Hintergrund immer die vorbereitenden Arbeiten mit der Kommunalaufsicht betrieben und immer parallel geprüft, was ist unter EU-Recht möglich. Also die Gründung eines Zweckverbands war unproblematisch“ (AF3).

4.3.3 Lokale Demokratie

Zweckverbände in der Abfallentsorgung unterscheiden sich nicht nur in ihren Aufgaben und in den Rechtsformen, sondern auch in der demokratischen Anbindung an die Kommunen. Im Beispiel AF3 existiert für den Zweckverband neben der Verbandsversammlung, die sich aus den Bürgermeister der Mitgliedskommunen zusammensetzt, ein Verwaltungsrat, bestehend aus jeweils einem weiteren Mitglied der Kommunen als Stellvertreter der Bürgermeister. Der „**Verwaltungsrat**“ entspricht einem Aufsichtsrat bzw. einer Gesellschafterversammlung privatrechtlicher Unternehmen. Wie die Aufsichtsräte in Krankenhäusern beschließt er im Wesentlichen den jährlichen Haushaltsplan. Die Abfallgebühren, welche die Bürger zahlen müssen, werden allerdings auf Gemeindeebene festgelegt und im Gemeinderat beschlossen. Der Vorstand besteht aus zwei ehrenamtlichen Geschäftsführern kommunaler Abfallgesellschaften. Etwas anders verhält es sich im Zweckverband im Fall AF1. Dort richtet sich die Mitgliederzahl der Verbandsversammlung nach dem Proporz der Einwohnerzahl der jeweiligen Städte und Gemeinden. Beide Geschäftsführer beteuern die demokratische Anbindung an die lokale Demokratie:

„Der Anschluss der Kommunen ist zwar gewährleistet, aber natürlich ist der Einfluss dann an der Stelle relativ gering. Aber nach wie vor entscheidet die Gesamtheit der Städte, was passiert. Das ist die Schwierigkeit bei der Gründung von Verbänden. Wenn da mehrere beteiligt sind, werden die Einfluss-

möglichkeiten des Rates einer Gemeinde oder eines Kreises eingeschränkt werden. Die Vorteile liegen jedoch darin, Kosten zu minimieren. Wir haben im Prinzip keine eigene Struktur, wir haben kein eigenes Personal“ (K1).

Zudem räumt der Geschäftsführer in AF1 ein, dass das europäische Recht bei Inhouse-Geschäften, denen die Zweckverbände zuzuordnen sind, im Sinne des ersten Teckal-Kriteriums vorgibt, dass die Kommune auf die Organisationseinheit eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben muss (vgl. auch Waiz 2009, S. 66). Die unterschiedlichen Zusammensetzungen der Verbandsversammlungen haben unterschiedliche Machtgewinner zur Folge. So wird im ersten Fall (AF3) vor allem die Position des Bürgermeisters und durch seine Stellvertreter die Kommunalverwaltung gestärkt. Dagegen verliert im zweiten Fall (AF1) der Rat im Zweckverband zwar im Vergleich zur Aufgabenwahrnehmung im Eigen- oder Regiebetrieb an Macht, er behält allerdings durch die Berufung einzelner Ratsmitglieder in die Zweckverbandsversammlung zumindest formell Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung.

Darüber hinaus schlägt sich der allseits beklagte Beratungsaufwand auch auf die kommunalen Politiker nieder, stellt der Geschäftsführer von AF2 fest:

„Es ist so, dass selbst im Aufsichtsrat immer wieder nachgefragt wird, ‘was sagt der Anwalt dazu?’ Selbst die Politiker sind mittlerweile soweit verunsichert, die wollen sich zumindest immer rückversichern, dürfen wir das überhaupt. (...) Bei allem was wir machen, das läuft nur noch mit Anwälten“ (AF2).

Allerdings muss auch festgehalten werden, wie auch der Geschäftsführer von AF2 bestätigt, dass die kommunalen Betriebe bei Rekommunalisierungen zunächst wieder an Handlungsmacht zurückgewinnen, was sie zuvor an private Unternehmen abgegeben haben.

4.3.4 Fazit

Grundsätzlich kann auch im Entsorgungssektor das Ergebnis der quantitativen Studie bestätigt werden: **Das Europarecht begrenzt den Handlungsspielraum (1)**. Es ist jedoch nicht ausschlaggebend für die Frage, ob die Aufgaben privat oder von öffentlich-rechtlichen Trägern wahrgenommen werden. Identifiziert werden konnten hierfür zwei Faktoren, die Quasi-Monopolstellung einzelner Unternehmen im Wettbewerb einerseits und ökonomische Faktoren andererseits. Nichtsdestotrotz ist den Interviews zu entnehmen, dass sich die Einschränkungen der Handlungsspielräume im Abfallsektor deutlich stärker auswirken als im Krankenhaussektor. Vor allem die Handlungsoption öffentlich-privater Partnerschaften wird deutlich erschwert. **Auch die Geschäftsführer der Abfallgesellschaften beobachten einen Anstieg des administrativen Aufwands, der insbesondere durch gestiegene Transaktionskosten in Form von Beratungskosten entsteht (2)**. Der Aufwand potenziert sich im Kontext von auftretenden Vertragsverletzungsverfahren. **Durch die Gründung von Zweckverbänden verlieren zwar die Räte als solche an Einfluss, jedoch führen die Rekommunalisierungen zu einem Machtgewinn der öffentlichen Hand (3)**.

4.4 Abwassersektor

Im Gegensatz zu den anderen beiden Sektoren geht es aus der speziellen Sicht der Wasserverbände in der Abwasserbeseitigung weniger um konkrete Problemlagen in den jeweiligen Abwasserverbänden und deren Mitgliedskommunen, sondern vielmehr um grundsätzliche Fragen der Erledigung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge. Die Ausführungen der Geschäftsführer unterscheiden sich lediglich in kleinen Nuancen. In der Darstellung wird demgemäß im Detail nicht zwischen den einzelnen Verbänden unterschieden.

4.4.1 Organisations- und Rechtsform

Abwasserbeseitigung ist traditionell Angelegenheit der Kommunen. Das Wasserhaushaltsgesetz des Bundes sieht bei der Abwasserbeseitigung eine Gewährleistungs- und Erfüllungspflicht der Gemeinden vor. Aufgrund von landesgesetzlichen Regelungen kann aber die Aufgabe befristet und widerruflich ganz oder teilweise an private oder öffentliche Dritte übertragen werden. Die Möglichkeiten der Übertragung sind im Landeswassergesetz Nordrhein-Westfalen (LWG NRW) detailliert festgelegt (vgl. Abschnitt B 3.4.2.1). Die Pflicht zur Gewährleistung der Wasserbeseitigung ist in Nordrhein-Westfalen grundsätzlich den Gemeinden zugeschrieben (§ 53 LWG NRW). In Teilgebieten des Landes Nordrhein-Westfalen sind neun sondergesetzliche Wasserverbände in der Rechtsform von Körperschaften des öffentlichen Rechts, die aber keine Gebietskörperschaften sind, ein historisch gewachsener Bestandteil der Abwasserentsorgung. In diesen Räumen sind die Gemeinden Mitglieder der Wasserverbände. Ausnahmen bilden einzelne Teile Nordrhein-Westfalens. Da ausschließlich Geschäftsführer von drei Wasserverbänden befragt wurden, bezieht sich die weitere Ausführung auf die Situation in den Gebieten der sondergesetzlichen Wasserverbände. Die Pflicht der Gemeinden beschränkt sich in Nordrhein-Westfalen in den Gebieten der Wasserverbände auf das Sammeln und Ab-

leiten des Abwassers im eigenen Kanalnetz sowie die Überleitung in das Klärsystem des Wasserverbands, welchem die Aufgaben der Klärung und Beseitigung in diesen Gebieten als hoheitliche Aufgabe zugeschrieben werden. Diese gesetzgeberische Entscheidung berücksichtigt, dass das Sammeln und Fortleiten von Abwasser (städtisches Kanalsystem) eng mit kommunalen Planungsaufgaben (städtebaulicher und stadtplanerischer Art) zusammenhängen.

In den letzten Jahren trat – so die Schilderung der Verbände – in einigen Gemeinden der Wunsch auf, die gesamte Aufgabe der Abwasserentsorgung, also auch das Sammeln und Ableiten des Abwassers, inklusive der Gewährleistungspflicht auf ihren Verband zu übertragen. Für eine Gemeinde im Gebiet des Lippeverbands wurde der Beschluss der Verbandsversammlung, die Aufgabe von der Gemeinde zu übernehmen von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt, bevor dann, mit dem letzten Wechsel der Landesregierung, das Landesgesetz dahingehend geändert wurde, dass die hoheitliche Aufgabe der Abwasserbeseitigung nach Maßgabe des Landeswassergesetzes zu erfolgen hat. Die Aufgaben können somit nur noch für die Gemeinde erledigt werden (sog. Betriebsführung) und nicht als originär erworbene Verbandsaufgabe.

Diese Entscheidung stößt bei den Wasserverbänden auf Widerstand. Die Wahrnehmung der Aufgaben in Gestalt eines Auftrages setzt ein Ausschreibungsverfahren voraus, mit dem aus Sicht der Wasserverbände die Unwägbarkeit verbunden ist, dass ein anderes Unternehmen die Ausschreibung gewinnt. Zum anderen zieht die Wahrnehmung der Aufgabe in Gestalt eines Auftrages nach der Ausschreibung eine Besteuerungspflicht nach sich. Die Geschäftsführer der Wasserverbände zeigen Unverständnis dafür, dass eine innerstaatliche Wahrnehmung von Aufgaben einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht im Sinne eines In-house-Geschäfts vergaberechtsfrei ist. Aufgrund dieser Schwierigkeiten nähmen die Gemeinden davon Abstand, die Aufgaben von ihrem Verband wahrnehmen zu lassen.

Rechtsunsicherheit besteht zurzeit auch in der Frage der Zusammenarbeit zwischen den Verbänden. Sowohl AW2 als auch AW3 arbeiten zunehmend mit anderen Wasserverbänden in Nordrhein-Westfalen zusammen. Beide Geschäftsführer betonen in diesem Kontext, dass sie sich dabei in einem rechtsunsicheren Raum befänden. Eigentlich dürfe die Zusammenarbeit nach ihrem Verständnis unproblematisch sein, da es sich um eine Vereinbarung zwischen zwei öffentlichen Trägern handelt, ohne die Beteiligung dritter, privater Unternehmen.

Das Anliegen der Verbände ist das Ermöglichen vergaberechtsfreier Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Körperschaften des öffentlichen Rechts in der Abwasserentsorgung. Dies bezieht sich vor allem auf die Übertragung von Aufgaben und Pflichten zwischen der Verbandsebene und den Gemeinden. Ferner befürworten sie die Möglichkeit einer Zusammenarbeit auf interkommunaler Ebene auch außerhalb von Zweckverbänden sowie die Möglichkeit der Zusammenarbeit der einzelnen Wasserverbände untereinander. Zur Klärung dieser Anliegen räumt einer der Geschäftsführer ein:

„Die Kernfrage liegt in der eindeutigen Zuordnung der Abwasserentsorgung zu einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge. Da hängen nach meiner Einschätzung alle anderen Fragen dran. Im Prinzip ist das auch keine rein europäische Fragestellung und kann auch durch den Bund geregelt werden“ (AW3).

Die Verbände rechtfertigen dieses Anliegen mit der These, es existiere kein Markt für die Abwasserentsorgung. Sie üben diesbezüglich Kritik an der EU, welche die Wasserentsorgung auf die gleiche Ebene wie die Wasserversorgung und die Abfallbeseitigung hebt. Dieser Standpunkt beinhaltet nicht, dass die Verbände der Privatwirtschaft die Möglichkeit von Betriebsführungsverträgen nehmen möchten. Es geht lediglich um die Übertragung von Gewährleistungspflichten innerhalb des Staates.

4.4.2 Administrativer Aufwand

Die Geschäftsführer der Wasserverbände beklagen, dass insbesondere im Zusammenhang mit der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) im Jahr 2000 der administrative Aufwand enorm gestiegen sei. Er bestehe im Wesentlichen in einem ansteigenden Informationsbedarf, der ebenso wie in den vorangegangenen Sektoren zu einer Zunahme der Informationsbeschaffung über die Verbände, informeller Kontakte und externer Rechtsberatung führe.

4.4.3 Lokale Demokratie

An die normative Sichtweise auf die Abwasserentsorgung als hoheitliche Staatsaufgabe jenseits eines privaten Markts ist auch die Norm einer demokratischen Anbindung an den Bürger geknüpft. Zwar seien Konzernstrukturen ohne demokratische Beteiligung oftmals effizienter und flexibler, doch fehle es ihnen an der Legitimationsgrundlage durch die Bürger.

4.4.4 Fazit

Die Befragungen ergaben im Abwassersektor vor allem eine Betroffenheit durch das Vergaberecht. Die nach der Hinte-Rechtsprechung des EuGH zum Erhebungszeitraum bestehenden Unsicherheiten wurden deutlich. Vor dem Hintergrund des Falles Hinte befürchteten die Verbände, dass in naher Zukunft eine Welle von Reglementierungen losbricht. Das Beispiel des Abwassersektors aus der Perspektive der Wasserverbände verdeutlicht zudem die Komplexität des Themas innerhalb des Mehrebenensystems. Sie bewegen sich zwischen Gesetzesvorschriften aller Ebenen, die sich zum Teil gegenseitig widersprechen.

Das Anliegen der Wasserverbände und deren Mitgliedskommunen bezieht sich im Wesentlichen auf die **vergaberechtsfreie Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Körperschaften des öffentlichen Rechts** in der Abwasserentsorgung (1). Der administrative Aufwand liegt im Abwassersektor vor allem in dem **wachsenden Informationsbedarf** (2). Damit die Aufgabenerfüllung über die Kommunen demokratisch legitimiert bleibt, lehnen die Verbände eine Liberalisierung des Abwassersektors ab (3).

4.5 Zusammenfassung

(1) Für den **Krankenhaussektor** kann im Rahmen der qualitativen Befragung festgestellt werden, dass es erhebliche Unsicherheiten in der Umsetzung des Wettbewerbsrechts gibt, so ist der Nachweis der Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien sowie die Frei-stellungsentscheidung im Rahmen des Maßnahmenpakets für die Kommunen mit erheblichen Problemen verbunden. Dies gilt nicht nur für rein finanzielle Zuwendungen, sondern auch für die Gewährung von Bürgschaften. Dabei steigen die Transaktionskosten von Entscheidungsprozessen erheblich. Darüber hinaus spielt die erhebliche zeitliche Verzögerung von Maßnahmen eine Rolle, so dass entweder bestimmte Unterstützungen für die kommunalen Unternehmen unterbleiben oder andere Lösungen gefunden werden müssen. Dagegen findet die These, dass Entscheidungen über die kommunale Organisationsstruktur im hohen Maße durch die europäische Reglementierung determiniert werden, durch die qualitativen Interviews für den Krankenhaussektor keine Bestätigung.

(2) Auch im **Entsorgungssektor** kann das Ergebnis der quantitativen Studie grundsätzlich bestätigt werden: Das Europarecht setzt Grenzen, aber es ist nicht ausschlaggebend für die Frage, ob die Aufgaben privat oder von öffentlich-rechtlichen Trägern wahrgenommen werden. Identifiziert werden konnten hierfür zwei Faktoren, die Quasi-Monopolstellung einzelner Unternehmen im Wettbewerb einerseits und ökonomische Faktoren andererseits. Dennoch zeigt sich, dass sich die Einschränkungen der Handlungsspielräume im Abfallsektor deutlich stärker auswirken als im Krankenhaussektor. Vor allem die Handlungsoption Öffentlich Privater Partnerschaften wird deutlich erschwert.

(3) Die befragten Organisationen im **Abwassersektor** klagen über Beeinträchtigungen und Unsicherheiten aus dem Vergaberecht auch vor dem Hintergrund der Gemengelage von nationalem und europäischem Recht. Demzufolge sind interkommunale Kooperationen unterblieben. Vor dem Hintergrund des Falles Hinte befürchteten die Wasserverbände, dass in naher Zukunft eine Welle von Reglementierungen losbricht.

(4) Die qualitativen Experteninterviews mit Geschäftsführern von neun kommunalen Unternehmen bestätigen trotz einzelner sektoraler Unterschiede weitestgehend die Ergebnisse der standardisierten Fragebogenerhebung. Bei der **strategischen Ausgestaltung der kommunalen Unternehmen spielt das Europarecht im Allgemeinen eine untergeordnete Rolle**, auch wenn von allen Befragten eingeräumt wird, dass bei weitreichenden Organisationsentscheidungen externe Rechtsberatung eingeholt wird, die stets die Kompatibilität mit dem EU-Recht prüft. Allerdings bekräftigen alle Interviewpartner, dass die **Bürokratie wächst** und dementsprechend mit der Ausweitung der Reglementierungen der **Informationsbedarf** in den vergangenen Jahren **zugenommen** hat. Vor allem das Ausschreiben von Aufgabenerledigungen im Abfallsektor und das Aufstellen von Wirtschaftsplänen in Rahmen der Freistellungsentscheidung der Kommission vom 28. November 2005 im Krankenhaussektor sind mit hohem zeitlichem und letztlich finanziellem Mehraufwand verbunden. Die **Reglementierungen der Europäischen Gemeinschaft** – bestehend aus einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen – werden als **komplex, diffus** und durchaus als **intransparent** wahrgenommen. Daher ziehen die kommunalen Unternehmen zur Klärung offener Fragen das Beratungsangebot der kommunalen und sektoralen Spitzenverbände zur Hilfe und/oder bedienen sich der externen Beratung durch spezialisierte Anwaltskanzleien und Unternehmensberatungen. Der erhöhte Zeitaufwand und die Zunahme an Komplexität erschweren in der Folge die Anbindung der Entscheidungen der kommunalen Unternehmen an die lokalen Entscheidungssysteme. Für ehrenamtliche Ratsmitglieder in den sogenannten „Feierabendparlamenten“ sind die Problemlagen des Wettbewerbs- und Beihilferechts nur bedingt transparent. Die kommunalen Unternehmen fordern mehr Transparenz und unmissverständliche Regeln für ihre jeweiligen Aufgabenwahrnehmungen, allerdings kann niemand klar benennen, wie solche Regeln ausgestaltet werden könnten.

D Abschließende Betrachtung und Handlungsempfehlungen

Die Studie offenbart zahlreiche Details über den Umgang der Kommunen mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht. Trotz der zum Teil widersprüchlich erscheinenden Einzelergebnisse ergibt die Summe aller Teile ein stimmiges Gesamtbild darüber, dass die Reglementierung bei den Kommunen zum Teil zu erheblichen Problemen führt. Diese wollen wir im Folgenden aufzeigen, die zentralen Ergebnisse zusammenfassen und einige scheinbar widersprüchlich erscheinende Teilergebnisse aufgreifen und mit dem Gesamtkontext in Verbindung stellen. Abschließend werden einige mögliche Konsequenzen und Handlungsempfehlungen aus der Studie formuliert.

In der Vergangenheit Veränderung zu PPP, zukünftig Rekommunalisierung?

Die quantitative Umfrage in den Städten über 30.000 Einwohner in Nordrhein-Westfalen zeigt, dass öffentliche Unternehmen in den drei untersuchten Aufgabenbereichen nach wie vor in der Mehrzahl die öffentlichen Aufgaben erbringen – z. T. unter Beteiligung von privaten Unternehmen in Form von PPP. Allerdings beginnen sich die historisch gewachsenen Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene zu verschieben. In allen untersuchten Aufgabenbereichen – mit Ausnahme der Abwasserentsorgung – nehmen privatwirtschaftliche und/oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen zwar keine dominierende, aber eine durchaus quantitativ bedeutsame Rolle ein, so dass diese Entwicklung durchaus als Indiz für eine Veränderung gewertet werden kann. Es kann angenommen werden, dass insbesondere die kommunalen Modernisierungsstrategien Anfang der 1990er Jahre zu einer zunehmenden Einbeziehung Privater in den Aufgabenvollzug geführt und somit eine Ausdifferenzierung der Erfüllung kommunaler Dienstleistungserbringung bewirkt haben. In den letzten zehn Jahren scheint sich der Trend zur materiellen Privatisierung der Vollzugsverantwortung nur bedingt fortgesetzt zu haben. Hingegen nahmen funktionale Privatisierungen in der Abfallentsorgung in den letzten zehn Jahren eine bedeutende Rolle ein. Der gemeinsame Aufgabenvollzug mit Privaten hat für die Kommunen in der Abfallentsorgung noch nicht an Attraktivität verloren. Die qualitative Untersuchung bestätigt dieses Ergebnis. Kommunen erachten die gemeinsame Aufgabenerfüllung mit privaten Unternehmen weiterhin als wünschenswert, sehen diese jedoch durch die Einschränkungen in der Inhouse-Vergabe erschwert.

Ausschreibungsverfahren um die Vergabe der vollständigen Leistungserbringung finden in der Abfallentsorgung in 42% der befragten Kommunen statt und von diesen geben 45% an, dass EU-rechtliche Vorgaben einen wesentlichen Grund für die Ausschreibung der vollständigen Leistungserbringung darstellen. Sowohl die Ausschreibung bei Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als auch die bei der Wahl eines privatwirtschaftlichen Partners in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen führen aus der Sicht einer breiten Mehrheit der Kommunen (70%) **nicht** zur materiellen Privatisierung. Allerdings geht ein relativ großer Anteil der Kommunen davon aus, dass Reglementierungen des Vergaberechts künftig zu einer Zunahme von Rekommunalisierungen der Vollzugsverantwortung führen. Dieser relativ hohe Anteil steht allerdings im Gegensatz zum objektiv festgestellten Ausmaß von Rekommunalisierungen. In diesem Kontext muss berücksichtigt werden, dass das Gemeinschaftsrecht in Gestalt des Vergabe- und Beihilferechts erst in den letzten Jahren ausgeweitet wurde und Änderungen in der Rechtsform von Unternehmen nur langsam voranschreiten. Die Studie zeigt allerdings, dass Rekommunalisierungen von Kommunen als eine realistische Handlungsoption wahrgenommen werden und daher künftig stärker zur Diskussion stehen dürften.

Zusammenfassend kann ein unmittelbarer Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsformentscheidungen von Kommunen im Allgemeinen nicht konstatiert werden. Ob jedoch die festgestellte Zunahme funktionaler Privatisierungen im Abfallbereich den Einstieg in die materielle Privatisierung bedeutet, bleibt abzuwarten. In jedem Fall sind sie ein Indiz für eine deutliche Veränderung bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen.

Rechtsunsicherheit und administrativer Aufwand durch Ausschreibungserfordernisse

Die EU-Rahmenbedingungen zur Ausschreibung stellen die Kommunen vor große Herausforderungen. Sie führen mit einem Anteil von ca. 65% zu mehr **Rechtsunsicherheit** und mit einem Anteil von ca. 85% zu einer Erhöhung des bürokratischen Aufwands. Dieser **Verwaltungsaufwand** wird von fast allen Kommunen (96%) als eher oder sogar sehr hoch eingeschätzt und führt bei der Mehrzahl der Kommunen (80%) zur kostenintensiven Beauftragung externer Beratungsfirmen.

Spannungsverhältnis zwischen Steigerung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität?

Im Hinblick auf die Auswirkungen der Ausschreibungen auf die Leistungserbringung stellt die Mehrheit der Kommunen fest, dass Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der vollständigen Leistungserbringung es zwar erleichtern, den **kostengünstigsten Anbieter** zu finden. Dies bedeutet jedoch nach der Meinung der Mehrheit der Kommunen nicht, dass mit diesem Verfahren auch der Leistungserbringer gefunden wird, welcher die bestmögliche **Qualität** anbietet. Hier zeigt sich ein Spannungsverhältnis zwischen den Zielen der Steigerung der Wirtschaftlichkeit und der Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung.

Nachteile für kommunale Unternehmen und die lokale Demokratie

Bemerkenswert ist zudem, dass jede zweite Kommune angibt, dass aus ihrer Perspektive Wettbewerbsnachteile für kommunale Unternehmen in Ausschreibungsverfahren bestehen. Für die lokale Demokratie zeigt die Studie, dass das Vergaberecht durch seine Komplexität bereits bestehende Informations- und Kompetenzasymmetrien zwischen Rat bzw. Kreistag und Kommunalverwaltung verstärkt und die Kommunen zudem stärker von externer Beratung abhängig macht, so dass durchaus von einer Schwächung der **lokalen Demokratie** gesprochen werden kann.

Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Beihilferechts?

Das Meinungsbild der Kommunen bezüglich der Bewertung von Problemen bei der **beihilferechtlichen Beurteilung von öffentlichen Zuwendungen macht die Komplexität des Themas deutlich**. Zwar sehen 55% der befragten Kommunen keine Probleme bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen. Auch bestehen im Einzelnen keine Schwierigkeiten bei der Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien und/oder der Freistellungsentscheidung (53%) sowie der Bestimmung der Binnenmarktrelevanz (62%). Dem gegenüber zeigt das Meinungsbild, dass Schwierigkeiten im Hinblick auf die konkrete Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien (58%) bestehen. Diese widersprüchlichen Ergebnisse im Beihilfebereich können nur sehr vorsichtig interpretiert werden, da die Beurteilung der angegebenen Probleme eine gute Kenntnis des europäischen Gemeinschaftsrechts voraussetzt. Schwierigkeiten bestehen z. B. häufig bei der Unterscheidung zwischen nationalen und europäischen Bewertungen. Diese Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Fragen zum Beihilfebereich zeigen sich auch daran, dass die Anzahl der Kommunen, welche angegeben haben, dass sie nicht beurteilen können, inwieweit eines der genannten Probleme tatsächlich besteht, in der Summe bei einem Drittel der Kommunen liegt.

Durch Beihilfeerfordernisse hoher administrativer Aufwand

Der mit der Umsetzung von beihilferechtlichen Vorgaben verbundene administrative Aufwand wird von den Kommunen als noch höher als der des Vergaberechts beurteilt. 92% der Kommunen schätzen den mit der Klärung beihilferechtlicher Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand als sehr oder eher hoch ein und 90% der Kommunen den mit der Umsetzung beihilferechtlicher Vorgaben verbundenen Verwaltungsaufwand. Im Gegensatz zum Verwaltungsaufwand, der im Zusammenhang mit dem Vergaberecht anfällt, handelt es sich bei dem mit Beihilfen verbundenen Verwaltungsaufwand zudem um einen kontinuierlich anfallenden Aufwand. Dementsprechend schätzt die deutliche Mehrheit von 77% die dafür anfallenden monetären Kosten als sehr oder eher hoch ein und über 90% der Befragten sind der Meinung, dass die Komplexität des europäischen Beihilferechts den Rat bzw. Kreistag bei Entscheidungen über öffentliche Zuwendungen überfordert.

Werden die Ergebnisse zur Beurteilung der Probleme der Anwendung des Beihilferechts mit den Einschätzungen zum administrativen und monetären Aufwand verknüpft, wird deutlich, dass die Umsetzung des europäischen Beihilferechts die Kommunen vor erhebliche Probleme stellt. Dies betrifft die Verwaltungsangehörigen und nach den Ergebnissen auch die Repräsentanten der Bürger in Stadträten und Kreistagen. Externer Sachverstand muss zur Klärung offener Fragen herangezogen werden.

Erhöhter Bedarf an externer Beratung

Die qualitativen Experteninterviews mit Geschäftsführern von neun kommunalen Unternehmen bestätigen trotz einzelner sektoraler Unterschiede weitestgehend die Ergebnisse der standardisierten Fragebogenerhebung. Bei der **strategischen Ausgestaltung der kommunalen Unternehmen spielt das Europarecht im Allgemeinen eine untergeordnete Rolle**, auch wenn von allen Befragten eingeräumt wird, dass bei weitreichenden Organisationsentscheidungen externe Rechtsberatung eingeholt wird, die stets die Kompatibilität mit dem EU-Recht prüft. Alle Interview-

partner bekräftigen, dass die **Bürokratie wächst** und dementsprechend mit der Ausweitung der Reglementierungen der **Informationsbedarf** in den vergangenen Jahren **zugenommen** hat. Vor allem das Ausschreiben von Aufgabenerledigungen im Abfallsektor und die Einhaltung der Regelungen der Freistellungsentscheidung im Krankenhaussektor sind mit hohem zeitlichem Mehraufwand verbunden. Die **Reglementierungen der Europäischen Gemeinschaft** – bestehend aus einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen – werden von den kommunalen Trägern als **komplex, diffus** und durchaus als **intransparent** wahrgenommen. Zusätzliche Komplexität entsteht (vgl. Teil B) im Vergaberecht darüber hinaus durch die hoch differenzierte Umsetzungsgesetzgebung in Deutschland. Aufgrund dieser Komplexität ziehen die kommunalen Unternehmen zur Klärung offener Fragen das Beratungsangebot der kommunalen Spitzenverbände zur Hilfe heran und/oder bedienen sich der externen Beratung durch spezialisierte Anwaltskanzleien und Unternehmensberatungen. Der erhöhte Zeitaufwand und die Zunahme an Komplexität erschweren in der Folge die Anbindung der Entscheidungen der kommunalen Unternehmen an die lokalen Entscheidungssysteme. Für ehrenamtliche Ratsmitglieder in den sogenannten „Feierabendparlamenten“ sind die Problemlagen des Wettbewerbs- und Beihilferechts nur bedingt transparent. Die kommunalen Unternehmen fordern mehr Transparenz und unmissverständliche Regeln für ihre jeweiligen Aufgabenwahrnehmungen sowie eine stärkere Sensibilität für die Probleme der kommunalen Praxis bei den europäischen Entscheidern. Dazu werden z. B. Ortsbesichtigungen angeregt.

Rechtsunsicherheiten bei der Umsetzung und Anwendung des EU-Rechts?

Die Ergebnisse weisen also darauf hin, dass bei der strategischen Ausgestaltung der kommunalen Unternehmen das Europarecht in der Vergangenheit eine untergeordnete Rolle spielte. Bei kommunalen Entscheidungen über die Form der Leistungserbringung standen inhaltliche Motive im Vordergrund. Primär zwingen anhaltende Haushaltsnöte die Kommunen zur Steigerung ihrer Effizienz. Einen Effizienzgewinn versuchen sie unter anderem durch organisationale Veränderungen, wie z. B. Rechtsformänderungen, zu erwirken (vgl. Abbildung 2 und 3). Jedoch kommen die Kommunen in Konflikt mit dem Europarecht. Dieser scheinbare Widerspruch wird nachstehend aufgegriffen und interpretiert.

Bei der Beantwortung des Fragebogens attestieren die Kommunen zunächst, dass keine Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit dem Europarecht, speziell mit Ausschreibungen, bestehen (vgl. Abbildung 4). Dieses Ergebnis steht zunächst im Widerspruch zum qualitativen Teil, in dem alle Personen von Rechtsunsicherheiten und diffusen Ängsten im Zusammenhang mit dem Europarecht sprechen. Eine Erklärung für diesen Widerspruch könnte darin zu finden sein, dass die Kommunen bei der Umsetzung von Entscheidungen zuvor versuchen, auftretende Unsicherheiten durch intensive interne und externe Beratung auszuräumen (vgl. u. a. Abbildung 6 und Tabelle 14). Aus Angst vor Konflikten mit der Kommission, wie z. B. Vertragsverletzungsverfahren, versuchen sie, sich zu allen Seiten hin abzusichern und überprüfen die Kompatibilität mit dem EU-Recht, so dass im Endeffekt möglichst keine Unsicherheiten mehr existieren. Dies belegt die Studie u. a. mit dem Ergebnis, dass eine große Mehrzahl der Befragten angibt, der Verwaltungsaufwand sei sowohl beim Vergabe- als auch beim Beihilferecht enorm hoch (vgl. Tabelle 6 und Abbildung 10). Diese Erklärung findet sowohl durch die Fragebogenerhebung als auch durch die Interviews mit den Geschäftsführern Bestätigung.

Ein weiterer scheinbarer Widerspruch besteht in den Aussagen zu den geplanten Rechtsformänderungen und den Einschätzungen der Kommunen zu den Auswirkungen der europäischen Reglementierungen. Viele Kommunen halten eine zukünftige Veränderung der Aufgabenwahrnehmung, bewirkt durch das Vergaberecht, als wahrscheinlich (vgl. Tabelle 6), planen jedoch für ihre eigene Kommune in naher Zukunft keine Rechtsformänderung (vgl. Tabelle 3). Dieser vordergründige Widerspruch kann durch zwei Faktoren zustande gekommen sein. Erstens ist der Begriff „nahe Zukunft“ nicht weiter definiert. Viele Kommunen, insbesondere im Abfallsektor, sind zurzeit an langfristige Verträge gebunden, die erst innerhalb der nächsten zehn Jahre auslaufen. Veränderungen kämen somit erst langfristig zustande. Zweitens existieren in Organisationen starke Beharrungskräfte. Bei der Betrachtung der Geschichte der kommunalen Daseinsvorsorge in Deutschland kann eine starke Pfadabhängigkeit beobachtet werden. Es ist wahrscheinlicher, Veränderungen langfristig zu vermuten als diese tatsächlich zu realisieren.

Letztlich bestätigt die Studie nicht, dass die europäischen Regulierungen einen determinierenden Faktor für die organisatorische Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung darstellen. Die Modernisierungsbestrebungen der lokalen Ebene seit Anfang der 1990er Jahre zeigen, dass die Kommunen unabhängig von Liberalisierungsvorgaben der EU aus eigenem Antrieb vermehrt versuchen, ihre Organisationsstrukturen so umzugestalten, dass sie wirtschaftlich effizient agieren können. Die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der deutschen Tradition der kommunalen Daseinsvorsorge wird durch das Europarecht in Verbindung mit der deutschen Umsetzungsgesetzgebung durch einen gestiegenen administrativen Aufwand und eine wachsende Intransparenz belastet. Die EU-

rechtliche funktionale Definition der wirtschaftlichen Tätigkeiten und damit der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, verbunden mit der steten Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarkts, setzt kommunale Unternehmen unter einen fortwährenden Anpassungsdruck, der sie bisweilen in ihren Aktivitäten hemmt. Die zahlreichen Einzelfallentscheidungen mit ihrer bindenden Wirkung für die Ausgestaltung der kommunalen Aufgabenwahrnehmung lassen verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu und steigern somit die Rechtsunsicherheit in Kommunen, die vor allem zur Verlängerung von Entscheidungsprozessen führt. Vor allem das Ausschreiben von Aufgabenerledigungen im Abfallsektor und das Einhalten der Regelungen des Monti-Pakets im Krankenhaussektor sind mit hohem zeitlichem Mehraufwand verbunden.

Die Studie belegt vor allem, dass der **administrative Aufwand in Form von Beratung und Informationsbeschaffung wächst** und dementsprechend die **Unsicherheiten mit der Ausweitung der Reglementierungen zunehmen**. Die Unsicherheit wird in der Studie unter anderem auch dadurch widerspiegelt, dass die Interviewpartner die Problemlagen nicht mit Hilfe des Vokabulars des europäischen Gemeinschaftsrechts schildern konnten. Sie vertauschten Begriffe oder fragten häufig nach den richtigen Bezeichnungen der europäischen Rechtsprechung. Dies zeigt nochmals, dass ein sicherer Umgang mit den europäischen Reglementierungen ein umfangreiches Detailwissen voraussetzt. Der Mangel an Detailwissen bei den Trägern der kommunalen Daseinsvorsorge könnte auch erklären, dass der Rücklauf für einige Fragen der quantitativen Erhebung sehr niedrig ausfiel. Fast alle Interviewpartner fordern daher mehr Transparenz und unmissverständliche Regeln für ihre jeweiligen Aufgabenbereiche. Die Geschäftsführer bezeichnen die Ausgestaltung einheitlich als schwierig. Auch ist häufig unklar, an welche Adressaten die Forderungen nach mehr Transparenz zu richten sind.

Auswirkungen auf die lokale Demokratie

Die Empirie zeigt, dass der erhöhte Zeitaufwand und die Zunahme an Komplexität auch die **Anbindung der Entscheidungen der kommunalen Unternehmen an die lokalen Entscheidungssysteme erschweren**. Die Gemeinderäte sind innerhalb der kommunalen Unternehmen in den Gremien der Aufsichtsräte und Gesellschafterversammlungen vertreten. Diese Gremien tagen nur selten im Jahr. Die Vertreter transportieren die Informationen aus den Gremiensitzungen in die Räte, wobei Informationsverluste unvermeidbar sind. Die Interviews untermauern auch an dieser Stelle die quantitativen Ergebnisse. Für ehrenamtliche Ratsmitglieder in den so genannten „**Feierabendparlamenten**“ sind die Problemlagen des Wettbewerbs- und Beihilferechts nur bedingt transparent. Die Belange einer bürgerschaftlich vermittelten Steuerung der kommunalen Daseinsvorsorge werden darüber hinaus nicht in die Rechtsentwicklung auf EU-Ebene einbezogen.

Ergebnisse des Gutachtens deckungsgleich mit Aussagen des Bundesrates

Einem Beschluss des Deutschen Bundesrats (195/09) ist zu entnehmen, dass die Mehrheit der Bundesländer von vergleichbaren Auswirkungen des europäischen Querschnittsrechts auf die kommunale Daseinsvorsorge ausgeht: „Einengung der Handlungsoptionen, Verkomplizierung und Bürokratisierung kommunalen Handels, Erhöhung des Verwaltungsaufwandes und der Verwaltungskosten sowie Rechtsunsicherheit.“

Der Bundesrat fordert daher die Europäische Gemeinschaft dazu auf, die Reglementierungen nicht weiter auszuweiten und bereits existierende Regelungen, welche die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse begrenzen, zu lockern. Konkret bezieht sich dieser Appell auf folgende vier Punkte:

- „intensive Bemühungen, um bei nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen eine höhere Rechtssicherheit zu erreichen;
- eine Klarstellung der Kommission zu Dienstleistungen mit in der Regel lokalem Bezug. Es wird ange-regt, die in der Entscheidung der Kommission im Fall ‚Schwimmbad Dorsten‘ vom 12. Januar 2001 (KOM SG(2001) D/ 285046) enthaltenen Grundsätze in einer generellen Regelung zu verallgemeinern;
- eine Überarbeitung der Vergaberichtlinien mit der Aufnahme einer klarstellenden Definition der Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Inhouse-Beauftragung. Die Aufnahme einer solchen Definition muss geeignet sein, für die überwiegend kommunalen öffentlichen Auftraggeber den rechtssicheren Um-gang mit vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäften zu gewährleisten;

- eine Klarstellung in den Vergaberichtlinien, dass die innerstaatliche Zusammenarbeit in Form der interkommunalen Kooperation nicht den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterfällt“.

Diese Forderungen knüpfen direkt an die Ergebnisse der vorliegenden Studie an und greifen die benannten Probleme der befragten Gemeinden und Landkreise auf. Zukünftig sollte nach Wegen gesucht werden, welche das Effizienzstreben der Kommunen unterstützen und innovative Kooperationsformen wie z. B. PPP-Projekte oder die Gründung von Zweckverbänden nicht weiter behindern. Dafür müsste allerdings das zurzeit existierende komplexe Regel-Ausnahme-Schema durchbrochen werden und durch eindeutige Handreichungen für die kommunale Praxis der Daseinsvorsorge ersetzt werden. Die neuformierte Kommission sollte die Chance nutzen, diese Forderungen auch im Sinne anderer Mitgliedstaaten aufzugreifen und die Regelungen als Stärkung der lokalen Demokratie anzusehen und neu zu gestalten.

In dem von der Kommission angesichts der Krise aktualisierten Beihilferecht finden sich Ansatzpunkte zu einer Verringerung des oben festgestellten hohen administrativen Mehraufwands für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise (Mitteilung der Kommission vom 7. April 2009, Abl. C 83). Die darin enthaltenen Regelungen wurden zwar zu dem Zweck der unbürokratischen Beihilfegewährung an durch die Wirtschaftskrise in Not geratene Unternehmen konzipiert, allerdings lassen sich den Regelungen auch Denkanstöße zur Entbürokratisierung der Beihilfegewährung an Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge entnehmen. Die Anwendung mancher Regelungen auf kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge auch über die Zeit der Wirtschaftskrise hinaus würde zu einer deutlichen Verringerung des Verwaltungsaufwandes führen und den Kommunen mehr Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Beihilfegewährung bringen.

Würde man, wie in der Mitteilung vorgesehen ist, die Obergrenze für nicht-notifizierungspflichtige De-minimis-Beihilfen für Unternehmen der Daseinsvorsorge von 200.000 Euro auf ca. 500.000 Euro anheben, so hätte allein dies für viele Kommunen unmittelbar eine drastische Senkung des Verwaltungs- und Kostenaufwandes zur Folge. Ein ähnlicher Effekt ließe sich auch dadurch erzielen, dass für die Gewährung von kommunalen Bürgschaften und Zinszuschüssen an Daseinsvorsorgeunternehmen die EU-rechtlichen Anforderungen vereinfacht und gesenkt werden. Dies kann im Wesentlichen nur durch eine deutliche Erhöhung der Obergrenzen für notifizierungsfreie Beihilfen erreicht werden. Anhaltspunkte für die erforderliche Höhe der einzelnen Obergrenzen sowie die Anforderungen für deren konkrete Umsetzung finden sich detailliert im Gemeinschaftsrahmen. Alle darin enthaltenen Regelungen werden bereits jetzt, wenn auch zeitlich begrenzt, auf Unternehmen in Not angewandt, was für deren Praxistauglichkeit spricht.

Stärkung der Kommunen durch den Lissabon-Vertrag

Insbesondere sollten die neuen Rahmenbedingungen, die der Vertrag von Lissabon setzt, zukünftig berücksichtigt werden. Er schreibt erstmals und ausdrücklich die Berücksichtigung der kommunalen Selbstverwaltung auf europäischer Ebene vor. So soll die Union die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden Strukturen einschließlich der lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt, achten. Gleichzeitig werden im „Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse“ auch die Besonderheiten der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hervorgehoben. Betont werden diesbezüglich die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden bei der Organisation dieser Dienstleistungen. Um die Regelung des Reformvertrages zur lokalen Gestaltungshoheit in die Praxis umzusetzen und das Subsidiaritätsprinzip anzuwenden, wäre es nach den Ergebnissen der Untersuchung erforderlich, bislang unterschiedliche Vorgaben und Strukturen auf nationaler und europäischer Ebene stärker in Einklang zu bringen.

Kriterien im Hinblick auf die Anwendung der EU-Regelungen entwickeln

So hat der Reformvertrag zu den Diensten von allgemeinem Interesse ausdrücklich darauf verwiesen, dass die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. Eine solche Festlegung ist nur sinnvoll, wenn man von einem Unterschied zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Diensten ausgeht und es nachvollziehbare, die bestehenden Rechtsunsicherheiten berücksichtigende, und daher praktikable Unterscheidungskriterien gibt. Auch die Abgrenzung von binnenmarktrelevanten und nichtbinnenmarktrelevanten Tätigkeiten, die für die Kommunen von besonderer Bedeutung sind, da bei nichtbinnenmarktrelevanten Tätigkeiten das Wettbewerbsrecht nicht angewendet wird, würde die Rechtssicherheit in den Kommunen wesentlich erhöhen. Wenn im Übrigen die lokalen Ermessensspielräume hinsichtlich der Erbringung und Organisation von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stärker berücksichtigt werden sollen, bedarf es der Änderung in den Vergaberichtlinien,

so dass auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit noch festzulegenden Anteilen privater Beteiligung und Tätigkeit für die jeweilige Gemeinde ohne aufwendige Ausschreibungsverfahren mit Aufgaben betraut werden können.

Angesichts neuer Verbürgungen zu Gunsten einerseits der „lokalen Selbstverwaltung“ und andererseits der „Dienste von allgemeinem Interesse“ nach dem Vertrag von Lissabon ist insgesamt zu empfehlen, weitere Debatten resp. Verhandlungen über Feinjustierungen insbesondere bei der Anwendung der Beihilfe- und Vergaberechtsvorschriften auch unter Hinweis auf entsprechende Neuregelungen im EU- wie im AEU-Vertrag zu führen.

Literaturverzeichnis

- Alemann, Ulrich von/Münch, Claudia (2006): Einleitung. Steigerung der kommunalen Europafähigkeit, in: Alemann, Ulrich von/Münch, Claudia (Hrsg.): Europafähigkeit der Kommunen. Die lokale Ebene in der Europäischen Union, Wiesbaden, S. 16-22.
- Ambrosius, Gerold (2002): Die historische Entwicklung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland unter aktueller europäischer Perspektive, in Hrbek, Rudolf/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden, S. 15-31.
- Bauckhage-Hoffer, Florian (2009): Krankenhäuser und Gesundheitsdienstleistungen, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden, S. 222 ff.
- Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.) (2009): Verwaltungskooperation – Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, Potsdam.
- Bauer, Stefan (2008): Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilferecht des EG-Vertrages, Baden-Baden.
- Becker, Ulrich (2007): EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 ff.
- Beckmann, Martin (2003): Abfallrecht zwischen staatlicher Lenkung, kommunaler Daseinsvorsorge und privatem Wettbewerb, VerwArch 2003, S. 371 ff.
- Bergmann, Tina (2005): Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, Hamburg.
- Bergmann, Tina/Vetter, Rainer (2006): Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006, S. 497 ff.
- Blanke, Hermann-Josef (1993): Die kommunale Selbstverwaltung im Zuge fortschreitender Integration – Aspekte nationaler und supranationaler Verfassungsentwicklung, DVBl. 1993, S. 819 ff.
- Börner, Achim-Rüdiger (2004): Rekommunalisierung durch vergaberechtliche In-House-Geschäfte, Baden-Baden.
- Börner, Bodo (1971): Irrwisch Daseinsvorsorge, BayVBl. 1971, S. 406 ff.
- Bogumil, Jörg (2001): Modernisierung lokaler Politik – Kommunale Entscheidungsprozesse im Spannungsfeld zwischen Parteienwettbewerb, Verhandlungszwängen und Ökonomisierung, Baden-Baden.
- Bogumil, Jörg (2003): Ökonomisierung der Verwaltung. Konzepte, Praxis, Auswirkungen und Probleme einer effizienzorientierten Verwaltungsmodernisierung, in: Czada, Roland/Zintl, Reinhard (Hrsg.): Politik und Markt, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 37, Wiesbaden, S. 209-231.
- Bogumil, Jörg/Holtkamp, Lars (2002): Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgaben – Auswirkungen auf das kommunale Entscheidungssystem, in: Libbe, Jens/Tomerius, Stephan/Trapp, Jan Hendrik (Hrsg.): Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung. Soziale und umweltpolitische Perspektiven im Zeichen des Wettbewerbs, S. 71-87.
- Bogumil, Jörg/Holtkamp, Lars (2006): Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung. Eine policyorientierte Einführung, Wiesbaden.
- Bogumil, Jörg/Jann, Werner (2009): Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Einführung in die Verwaltungswissenschaft, Wiesbaden.
- Bogumil, Jörg/Grohs, Stephan/Kuhlmann, Sabine/Ohm, Anna K. (2007): Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell. Eine Bilanz der Verwaltungsmodernisierung, Berlin.
- Boysen, Sigrid (2006): Europäisches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden.
- Büllesfeld, Dirk (2009): Investitionen nach den Konjunkturpaketen I und II: Effizienzsteigerung durch ÖPP? KommJur 2009, S. 161 ff.
- Bultmann, Peter Friedrich (2004): Beihilferecht und Vergaberecht, Tübingen, S. 193 ff.
- Bungenberg, Marc (Hrsg.) (2004): Recht und Ökonomik / 44. Assistententagung Öffentliches Recht in Jena 2004, München.
- Burgi, Martin (1999): Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen.
- Burgi, Martin (2001a): Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, in: Hendl, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhardt, Michael/Schröder, M. (Hrsg.): Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, 16. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht 2000, S. 101-137.
- Burgi, Martin (2001b): Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiellrechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge, in: Henneke, Hans-Günter (Hrsg.): Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union, Stuttgart u. a., S. 90-116.
- Burgi, Martin (2002): Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch 2002, S. 255-277.

- Burgi, Martin (2005): Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergaberechtspflichtiger Beschaffungsvorgang ist, NZBau, S. 208 ff.
- Burgi, Martin (2006): Vergabe- und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, in: Henneke, Hans-Günter (Hrsg.): Kommunale Verwaltungsstrukturen der Zukunft, Stuttgart u. a., S. 23-41.
- Burgi, Martin (2007): Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, S. 383 ff.
- Burgi, Martin (2008): Die Umsatzsteuerfreiheit kommunaler Hoheitsbetriebe in der Abwasserentsorgung als Privatisierungsproblem, in: Kluth, Winfried/Müller, Martin/Peilert, Andreas (Hrsg.): Wirtschaft – Verwaltung – Recht. Festschrift für Rolf Stober, S. 733 ff.
- Burgi, Martin (2008): Kommunalrecht, 2. Auflage, München.
- Burgi, Martin (2010): Sektorenspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen – Ein neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung (Rechtsgutachten im Auftrag des MWME NRW 2010), i. E.
- Brohme, Markus (2005): Krankenhausplanung und Kartellvergaberecht, MedR 2005, S. 74-81.
- Brede, Helmut (2001): Grundzüge der Öffentlichen Betriebswirtschaftslehre, München/Wien.
- Bremeier, Wolfram/Brinckmann, Hans/Killian, Werner (2006): Kommunale Unternehmen in kleinen und mittelgroßen Kommunen sowie in Landkreisen, in: Killian, Werner/Richter, Peter/Trapp, Jan Hendrik (Hrsg.): Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen. Empirische Befunde zur Struktur kommunaler Aufgabenwahrnehmung, Berlin, S. 25-53.
- Brohm, Markus (2006): Praxisanmerkung zu OLG Naumburg, NZBau 2006, S. 58, NZBau 2006, S. 63 ff.
- Brost, Stefan (2007): Interkommunale Zusammenarbeit und europäisches Vergaberecht, AbfallR, 5, S. 212-216.
- Brüning, Christoph (2009): Interkommunale Zusammenarbeit in der Entsorgungswirtschaft aus vergaberechtlicher Sicht, DVBl. 2009, S. 1539 ff.
- Butzer, Hermann (Hrsg.) (2004): Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht. Vorträge beim Symposium anlässlich des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp in Bochum, Berlin.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.) (2007): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, München.
- Cremer, Wolfram (2003): Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, DÖV 2003, S. 921 ff.
- Cremer, Wolfram (2005): Krankenhausfinanzierung in europarechtlichen Kontext – zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, GesR 2005, S. 337 ff.
- Czerny, Maika (2009): Die beihilfenrechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, Baden-Baden.
- Danner, Andel (2006): Die Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, Baden-Baden.
- Deckwirth, Christina (2008): Die Europäische Union als Triebkraft der Privatisierung, WSI-Mitteilungen, 10, S. 534-547.
- Derenbach, Rolf (2005): 12. KGRE-Plenartagung: Die Kommunalcharta des Europarates auf dem Prüfstand, Landkreis 2005, S. 489 ff.
- Deuster, Jan (2002): Das Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2004, S. 526 ff.
- Dreher, Meinrad (2002): Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, S. 245 ff.
- Erichsen, Hans U./Ehlers, Dirk (2006): Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin.
- Ehricke, Ulrich (2009): Gutachten über die Vereinbarkeit des in § 107 GO NRW verankerten Örtlichkeitsprinzips im Hinblick auf die kommunalen Unternehmen mit dem EG-Recht, Typoskript, Köln.
- Ehricke, Ulrich (2007): Zur Vereinbarkeit des Örtlichkeitsprinzips hinsichtlich kommunaler Unternehmen im Energiesektor mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG-Vertrag), IR 2007, S. 250 ff.
- Eilmansberger, Thomas/Herzig, Günter (2008): Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Studie im Auftrag des (österreich.) Bundesministeriums für Soziales und Konsumentenschutz, Wien/Salzburg.
- Ennusat, Jörg (2001): Die neue Mitteilung der EU-Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, RdE 2001, S. 46 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.) (2009): Beck'scher Online-Kommentar, München, Stand 1.2.2009.
- Estermann, Hans (2009): Abwasserbeseitigung, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden, S. 179-188.
- Evers, Hans U. (1983): Das Recht der Energieversorgung, 2. Auflage, Baden-Baden.
- Faber, Angela (2003): Aktuelle Entwicklung des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung, DVBl. 2003, S. 761 ff.
- Fecht, Thomas (2008): Kooperationen von Stadtwerken – ein Erfolgsmodell? IR 2008, S. 245 ff.

- Forster, Frank (2007): Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin.
- Forsthoff, Ernst (1938): Deutsche Geschichte seit 1918 in Dokumenten, Leipzig.
- Forsthoff, Ernst (1938): Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart.
- Forsthoff, Ernst (1959): Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart.
- Franke, Jürgen (2007): Kommunale Zusammenarbeit geht neue Wege, NdsVBl. 2007, S. 289 ff.
- Franz, Thorsten (2005): Gewinnerzielungsabsicht durch kommunale Daseinsvorsorge, Tübingen.
- Franzius, Claudio (2008): Der Gewährleistungsstaat, VerwArch 2008, S. 381 ff.
- Franzius, Claudio (2009): Gewährleistung im Recht, Tübingen.
- Franzius, Claudio (2010): Flexible Organisationsmodelle: Netzwerke, Organisationshoheit, Shared Services, Verwaltungsverbände, Mischverwaltung, in: Hill, Hermann/Schliesky, Utz (Hrsg.): Herausforderung e-Government: Evolution des Rechts- und Verwaltungssystems, i. E.
- Frenz, Walter (2009): Abfallwirtschaftsplanung und Klimaschutz zwischen alter und neuer Abfallrahmenrichtlinie, UPR 2009, S. 241 ff.
- Frenz, Walter (2007): Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin u. a.
- Frenz, Walter (2008): Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, S. 673 ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (2009): Das Recht der Europäischen Union, Band I – III (EU/EGV), 39. Auflage, München.
- Grohs, Stephan (2009): Public Private Partnerships, in: Nohlen, Dieter/Schultze, Rainer-Olaf (Hrsg.): Lexikon der Politikwissenschaft, 4. Auflage, München.
- Hausmann, Friedrich Ludwig/Bultmann, Peter Friedrich (2005): Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle“ – Ein neues Paradigma für vergaberechtsfreie In-house-Geschäfte, NVwZ 2005, S. 377 ff.
- Hellermann, Johannes (2000): Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen.
- Henneke, Hans-Günter (Hrsg.) (2004): Künftige Aufgaben und Funktionen der Kreise im sozialen Bundesstaat, Stuttgart u. a.
- Henneke, Hans-Günter (2009): „Föderalismus in Fesseln“ – Bleibt die kommunale Finanzausstattung nach der Föderalismusreform II nur noch das Tariergewicht zum verfassungsgebotenen Haushaltsausgleich der Länder ohne Einnahmen aus Krediten? NdsVBl. 2009, S. 121 ff.
- Henneke, Hans-Günter (2009): Finanzverfassungs- und Finanzausgleichsänderungen zwischen dem „Schleier des Nichtwissens“ und dem Einsatz des Taschenrechners, Der Landkreis, 2009, S. 223 ff.
- Henneke, Hans-Günter (2009): Die Daseinsvorsorge in Deutschland – Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden, S. 17-40.
- Hermes, Georg (1998): Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen.
- Hoffschulte, Heinrich (2005): Kommunale Selbstverwaltung im Entwurf des EU-Verfassungsvertrages, DVBl. 2005, S. 202 ff.
- Igl, Gerhard (2003): Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht, in: Kötz, Hein/Rawert, Peter/Schmidt, Karsten/Walz, W. Rainer (Hrsg.): Nonprofit Law Yearbook 2002, Köln, S. 21 ff.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (2007): Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München.
- Jarass, Hand-Dieter (2006): Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr, DVBl. 2006, S. 1 ff.
- Jarass, Hand-Dieter (2002): Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 489 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel (2001): Privatisierung, Tübingen.
- Kaltenborn, Markus (2006): Vergaberechtliche Strukturen im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, S. 357 ff.
- Kaltenborn, Markus/Nobis, Christoph (2008): Der vergabe- und beihilferechtliche Regelungsrahmen für Public Private Partnerships in der Entwicklungszusammenarbeit, NZBau 2008, S. 681 ff.
- Killian, Werner/Richter, Peter/Trapp, Jan Hendrik (Hrsg.) (2006): Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen. Empirische Befunde zur Struktur kommunaler Aufgabenwahrnehmung, Berlin.
- Knauff, Matthias/Streit, Thomas (2009): Die Reform des EU-Vergaberechts – Überblick unter Berücksichtigung des Entwurfs des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes, EuZW 2009, S. 37 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig (2000): Kommunale Selbstverwaltung in Europa, BayVBl. 2000, S. 449 ff.
- Knütel, Christian/Schweda, Marc/Giersch, Carsten (2008): Krankenhausfinanzierung: Aktuelle Risiken aus dem europäischen Beihilferecht und ihre Vermeidung, EWS 2008, S. 497 ff.
- Koenig, Christian/Paul, Julia (2008): Die Krankenhausfinanzierung im Kreuzfeuer der EG-Beihilfenkontrolle, EuZW 2008, S. 359 ff.

- Kohout, Sonja J. (2008): Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, Stuttgart u. a.
- Krajewski, Markus (2008): Rechtsbegriff Daseinsvorsorge? *VerwArch* 99, S. 174 ff.
- Krajewski, Markus/Wethkamp, Nadine Maria (2008): Die vergaberechtliche Übertragung öffentlicher Aufgaben. Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Eigengeschäfte und Verwaltungskooperationen, *DVBl.* 6, S. 355-363.
- Krautscheid, Andreas (Hrsg.) (2009): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl. Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden.
- Krebs, Andrea (1996): Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, Köln.
- Krohn, Wolfram (2009): „In-house“-Fähigkeit kommunaler Gemeinschaftsunternehmen, *NZBau* 2009, S. 222 ff.
- Kroll, Oliver (2007): Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Christian (Hrsg.): *Staatsfinanzen (Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft)*, liber discipulorum für Maximilian Wallerath.
- Kuhn, Marco (2006): Öffentlich-private Partnerschaften. Eine Bestandsaufnahme aus kommunaler Sicht, in: Alemann, Ulrich von/Münch, Claudia (Hrsg.): *Europafähigkeit der Kommunen. Die lokale Ebene in der Europäischen Union*, Wiesbaden, S. 165-182.
- Kühling, Jürgen/Hermeier, Guido (2008): Der Wechsel des Konzessionärs bei Wegenutzungsverträgen nach Par. 46 Abs. 2 EnWG – wem gehört fortan die Infrastruktur? *GewArch* 2008, S. 102 ff.
- Kurscheid, Clarissa (Hrsg.) (2010): Die zukünftige Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Gesundheitswesen, *ZöGU*, Beiheft Nr. 38/2010.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Begr.) (2008): *Umweltrecht – Band 3, Sonstiges Umweltrecht (Bundesrecht)*, Loseblatt, Stand: 1.8.2008, München.
- Lenz, Christofer/Dettling, Hein-Uwe/Kieser, Timo (2007): *Krankenhausrecht: Planung – Finanzierung – Wettbewerb*, Stuttgart.
- Libbe, Jens/Tomerius, Stephan/Trapp, Jan Hendrik (Hrsg.) (2002): *Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung. Soziale und umweltpolitische Aspekte im Zeichen des Wettbewerbs*, Berlin.
- Lippert, Inge (2005): *Öffentliche Dienstleistungen unter EU-Einfluss. Liberalisierung – Privatisierung – Restrukturierung – Regulierung*, Berlin.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (2005): *Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht*, München.
- Löwenberg, Fabian (2001): *Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa – Ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages*, Berlin.
- Löwer, Wolfgang (1989): *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, Köln u. a.
- Löwer, Wolfgang/Tettinger, Peter J. (2002): *Kommentar zur Landesverfassung NRW*, Stuttgart.
- Löwer, Wolfgang (1992): Rechtshistorische Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung 1880-1990, in: Fischer, Wolfram (Hrsg.): *Die Geschichte der Stromversorgung*, Frankfurt am Main, S. 167 ff.
- Losch, Alexandra (2008): Anmerkung zu EuGH, U. v. 17.7.2008 – Rs. C-371/05 – (Vertragsverletzungsverfahren; de-facto-Vergabe; In-House-Geschäft; Öffnung für Beteiligung Privater), *VergabeR* 2008, S. 922 ff.
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.) (2005): *Kommentar zum Grundgesetz, GG Band 2 (Art. 20-82)*, 5. Auflage, München.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.) (2009): *Grundgesetz – Kommentar*, 53. Auflage, München.
- Maurer, Hartmut (2006): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Auflage, München.
- van Miert, Karel (2004): Öffentliche Unternehmen – mit EU-Recht vereinbar und zeitgerecht? *ZöGU* 2004, S. 312 ff
- Monopolkommission (2009): *Strom und Gas 2009. Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb*, Baden-Baden.
- Paffhausen, Peter (2008): Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.): *Verwaltungskooperation – Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*, Potsdam, S. 95 ff.
- Petersen, Frank (2001): Die kommunale Abfallentsorgung – auf der Gratwanderung zwischen Daseinsvorsorge und Liberalisierung, in: Dolde, Klaus-Peter (Hrsg.): *Umweltrecht im Wandel*, Berlin, S. 575 ff.
- Pielow, Joh.-Christian (2000): Zwischen Flexibilität und demokratischer Legitimität: Neue Rechtsformen für kommunale Unternehmen (dargestellt am Beispiel des bayerischen Rechts), in: Fischer, Horst/Heintschel von Heinegg, Wolff/Epping, Volker (Hrsg.): *Brücken bauen und begehen, Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag*, S. 373-401.
- Pielow, Joh.-Christian (2001): *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen.
- Pielow, Joh.-Christian (2009a): Die Sektoren der Daseinsvorsorge im Fokus: Elektrizität und Gas, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.): *Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl*, Wiesbaden, S. 133 ff.

- Pielow, Joh.-Christian (2009b): Urteilsanmerkung zu Rs. C-480/06, Urteil vom 9.6.2009 – Kommission/Deutschland, EuZW 2009, S. 531 ff.
- Pielow, Joh.-Christian/Ehlers, Eckart (2008): Rechtsfragen zum Ownership Unbundling, IR 2008, S. 259 ff.
- Portz, Norbert (2005): Privatisierung, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.): Handwörterbuch der Raumordnung, 4. Auflage, Hannover, S. 797-803.
- Potthast, Walter/Klöß, Oliver (2007): Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Gründung eines Zweckverbands, NZBau 2007, S. 496 ff.
- Prieß, Hans-Joachim/Hölzl, Franz Josef (2009): GWB 2009: Öffentlicher Auftraggeber und Auftrag – keine Überraschungen! NZBau 2009, S. 159 ff.
- Proeller, Isabella/Schedler, Kuno (2005): Verwaltung im Gewährleistungsstaat, in: Blanke, Bernhard/Bandemer, Stephan von/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik (Hrsg.): Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Auflage, Wiesbaden, S. 94-101.
- Püttner, Günter (Hrsg.) (2000): Der kommunale Querverbund, Baden-Baden.
- Rahmeyer, Fritz (2004): Abfallwirtschaft zwischen Entsorgungsnotstand und Überkapazitäten, Augsburg.
- Reichard, Christoph (2007a): Die Stadt als Konzern: „Corporatization“ als Fortführung des NSM, in: Bogumil, Jörg/Holtkamp, Lars/Kißler, Leo/Kuhlmann, Sabine/Reichard, Christoph/Schneider, Karsten/Wollmann, Hellmut (Hrsg.): Perspektiven kommunaler Verwaltungsmodernisierung. Praxiskonsequenzen aus dem Neuen Steuerungsmodell, Berlin, S. 55-64.
- Reichard, Christoph (2007b): Kommunale Unternehmen zwischen Marktdynamik und öffentlichem Auftrag, in: Schöneich, Michael (Hrsg.): Stadt-Werke. Festschrift für Gerhard Widder, Frankfurt am Main u. a., S. 65-80.
- Richter, Peter/Edeling, Thomas/Reichard, Christoph (2006): Kommunale Betriebe in größeren Städten. Ergebnisse einer empirischen Analyse der Beteiligungen deutscher Städte über 50.000 Einwohner, in: Killian, Werner/Richter, Peter/Trapp, Jan Hendrik (Hrsg.): Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen. Empirische Befunde zur Struktur kommunaler Aufgabenwahrnehmung, Berlin, S. 55-84.
- Richter, Peter (2007): Die Bedeutung der kommunalen Wirtschaft. Eine vergleichende Ost-West-Analyse, Berlin.
- Rinken, Alfred/Kellmer, Oliver (2006): Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozialstaatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund, DV 39 (2006), S. 1-28.
- Röber, Manfred (2005): Aufgabenkritik im Gewährleistungsstaat, in: Blanke, Bernhard/Bandemer, Stephan von/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik (Hrsg.): Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Auflage, Wiesbaden, S. 84-94.
- Ruffert, Matthias (2002): Europarecht zwischen Liberalisierung und Stabilisierung öffentlicher Daseinsvorsorgeaufgaben: Zur Bedeutung des Art. 295 EGV, in: Henneke, Hans-Günter (Hrsg.): Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa (Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht, Band 17), Stuttgart, S. 10 ff.
- Ruffert, Matthias (2007): Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung, in: Mann, Thomas/Püttner, Günter (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1: Grundlagen und Kommunalverfassung, 3. Auflage, Berlin, S. 1077-1101.
- Ruge, Reinhard (2003): Das Grünbuch der EG-Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge – Neue Konturen für einen alten Irrwisch? ZRP 2003, S. 353 ff.
- Ruthig, Josef/Storr, Stefan (2008): Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg.
- Sachs, Michael (Hrsg.) (2009): Grundgesetz (Kommentar), 5. Auflage, München.
- Sack, Detlef (2003): Gratwanderung zwischen Partizipation und Finanzengpässen. Ein Überblick über die deutsche PPP-Entwicklung, ZöGU 2003, S. 353-370.
- Sack, Detlef (2006): Liberalisierung und Privatisierungen in den Kommunen – Steuerungsanforderungen und Folgen für Entscheidungsprozesse, DfK 45 (2), S. 25-38.
- Sack, Detlef (2008): Governance und Politics. Die Institutionalisierung öffentlich-privater Partnerschaften in Deutschland, Baden-Baden.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) (1991): Berliner Kommentar zum Energierecht, 2 Bände, 2. Auflage 2009, i. E.
- Scheidemann, Dieter (1991): Der Begriff Daseinsvorsorge, Göttingen.
- Schink, Alexander (2005): Kommunale Daseinsvorsorge in Europa, DVBl. 120 (14), S. 861-932.
- Schmidt, Thorsten (2003): Sind die EG und die EU an die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung gebunden? EuR 2003, S. 936 ff.
- Schmidt-Abmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.) (2008): Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin.
- Schmidt, Susanne K. (1998): Liberalisierung in Europa. Die Rolle der Europäischen Kommissionen, Frankfurt am Main/New York.
- Schnell, Rainer/Hill, Paul B./Esser, Elke (2008): Methoden der empirischen Sozialforschung, 8. unveränderte Auflage, München/Wien.

- Schoch, Friedrich (2009): Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Privatisierungsverbot? DVBl. 2009, S. 1533 ff.
- Schoch, Friedrich (2008): Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S. 241 ff.
- Schröder, Holger (2005): Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des öffentlichen Auftrages i. S. des § 99 GWB, NZBau 2005, S. 25 ff.
- Schulz-Nieswandt, Frank/Mann, Kristina (2010): Das doppelte Ideologem: Inhouse ohne Defizite oder privat? – Öffentliche (kommunale) Krankenhäuser als Akteure der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Rechts und das nationale Privatisierungs-Dispositiv, in: Kurscheid, Clarissa (Hrsg.): Die zukünftige Rolle öffentlicher Krankenhäuser, S. 120 ff.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2005): Soziale Daseinsvorsorge im Lichte der neueren EU-Rechts- und EU-Politikentwicklungen – New Developments in Law and Politics Regarding Social Services of General Interest in the European Union, ZögU 2005, S. 19 ff.
- Schuppert, Gunnar Folke (2007): Staatstypen, Leitbilder und Politische Kultur: Das Beispiel des Gewährleistungsstaates, in: Heidbrink, Ludger/Hirsch, Alfred (Hrsg.): Staat ohne Verantwortung? Zum Wandel der Aufgaben von Staat und Politik, Frankfurt am Main/New York, S. 467-495.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2001): Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden.
- Siegel, Thorsten (2008): Auslegungsmittelungen der Europäischen Kommission als tertiäres Unionsrecht – Zugleich eine Anmerkung zur Auslegungsmittelung zu institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaften, NVwZ 2008, S. 620 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz-Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.) (2008): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Auflage, München.
- Stern, Klaus (1984): Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, München.
- Stern, Klaus/Püttner, Günter (1965): Die Gemeindegewirtschaft – Recht und Realität, Stuttgart.
- Stern, Klaus/Tettinger, Peter J. (Hrsg.) (2006): Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München.
- Storr, Stefan (2005): Public-Public-Partnerships – Kommunale Kooperationen und Vergaberecht, LKV 2005, S. 521 ff.
- Strünck, Christoph/Heinze, Rolf G. (2005): Public Private Partnership, in: Blanke, Bernhard/Bandemer, Stephan von/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik (Hrsg.): Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Auflage, Wiesbaden, S. 120-128.
- Trapp, Jan Hendrik/Bolay, Sebastian (2003): Privatisierung in Kommunen – eine Auswertung kommunaler Beteiligungsberichte, Berlin.
- Tettinger, Peter J. (2005): Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, S. 1 ff.
- Teuber, Christian (2008): Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Gründung interkommunaler Kooperationen, Anlage zum VKU Nachrichtendienst, Mai 2008, S. 1 ff.
- Thiele, Robert (2008): Kommunale Zusammenarbeit bleibt auf bewährten Pfaden, NdsVBl. 2008, S. 222 f.
- Verbücheln, Maic (2009): Rückübertragung operativer Dienstleistungen durch Kommunen am Beispiel der Abfallwirtschaft, Berlin (Difu-Paper).
- Waechter, Kay (2008): Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Tübingen.
- Waggershauser, Stefan Patrick (2009): Novelle der EG-Abfallrahmenrichtlinie – ein Überblick, AbfallR 2009, S. 50 ff.
- Wagner, Stephan (2009): EWS Kommentar zu EuGH, 13.11.2008 – Rs. C-324/07, EWS 2009, S. 44 f.
- Waiz, Eberhard (2009): Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – Etappen einer Debatte, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden, S. 41-76.
- Waiz, Eberhard/Alkan, Deniz (2006): Kommunale Gestaltung der Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt, in: Alemann, Ulrich von/Münch, Claudia (Hrsg.): Europafähigkeit der Kommunen. Die lokale Ebene in der Europäischen Union, Wiesbaden, S. 131-152.
- Weiss, Wolfgang (2002): Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen.
- Wesener, Wolfgang (1986): Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, Münster.
- Wessel, Horst A. (1995): Die Versorgung von Kommunen mit Wasser, Gas und elektrischer Energie von etwa 1850 bis 1914, in: Wysocki, Josef (Hrsg.): Kommunalisierung im Spannungsfeld von Regulierung und Deregulierung im 19. und 20. Jahrhundert, Berlin, S. 49 ff.
- Wohltmann, Matthias (2008): Finanzthemen in der Föderalismusreform II: Wo bleiben die Kommunen? Der Landkreis 2008, S. 177 ff.

- Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten (2005): Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“? VerwArch 2005, S. 119 ff.
- Zielinski, Heinz (1997): Kommunale Selbstverwaltung im modernen Staat. Bedeutung der lokalen Politikebene im Wohlfahrtsstaat, Opladen.

D Final Observations and Recommendations for Action

The survey reveals numerous details of how municipalities deal with European Community law. Despite the detailed results, to some extent seemingly contradictory, the overall summary still yields the coherent global view that regulation entails to some extent significant problems for municipalities. This we will try to show in the following, summarise the central findings and take up several seemingly contradictory partial results and set them in relation to the overall context. Finally, several possible consequences and recommendations for action will be formulated on the basis of the study.

In the past, changing to PPP, in the future remunicipalisation?

The quantitative survey in cities in North Rhine-Westphalia with more than 30,000 inhabitants shows that public enterprises in the three functional areas studied continue to perform the majority of public responsibilities, sometimes with the participation of private enterprises in the form of PPP. However, the historically grown structures of public services at the municipal level have begun to shift. In all of the functional fields studied, with the exception of sewage disposal, private and/or public enterprises play a role that is significant in a quantitative way. Even if this is not a dominant one this trend can very well be considered to be an indication of change. It can be assumed that, in particular, municipal modernisation strategies in the early 1990s have led to the increasing involvement of private enterprises in fulfilment of those tasks and thus entailed greater differentiation in fulfilment of municipal provision of services. In the last ten years the trend to substantive privatisation in responsibility for implementation seems to have continued only to a certain extent. On the other hand, functional privatisation in the sector of waste disposal has played a significant role in the last ten years. The common implementation of tasks with private enterprises has not yet lost its attractiveness for municipalities in the sector of waste disposal. The qualitative study confirms this finding. Municipalities continue to consider joint fulfilment of these tasks with private enterprises to be desirable even though they feel that the latter has been made more difficult by restrictions on in-house procurement.

Procurement procedures relating to the award of complete service provision take place in the sector of waste disposal in 42% of the municipalities surveyed, 45% of which indicate that European law requirements constitute an important reason for tendering the whole service provision. Both the call for tender when commissioning a mixed enterprise as well as in the choice of a private sector partner in a mixed enterprise do **not** lead to substantive privatisation in the view of a broad majority of the municipalities (70%). However, a relatively large portion of the municipalities assume that regulation of public procurement law will in future result in an increasing remunicipalisation of executive responsibility. This relatively high portion nonetheless contrasts with the objectively ascertained dimensions of remunicipalisation. In this context it must be taken into account that Community law in the form of procurement law and providing state aids was only expanded in recent years while changes in the form of company incorporation only proceeds at a slow pace. The study does nevertheless show that remunicipalisation can be perceived to be a realistic option for action and may therefore be a stronger option in the future.

In summary, an immediate impact of European Community law on the legal form decisions of municipalities cannot in general be established. However, whether the increase in functional privatisation observed in the waste sector means entry into substantive privatisation, remains to be seen. In any case, it is an indication of a significant change in the performance of public services.

Legal uncertainty and administrative costs due to public procurement requirements

The EU framework conditions for tendering confront municipalities with major challenges. At a rate of about 65% they entail more **legal uncertainty** and at a rate of about 85% result in an increase in bureaucratic effort. This **administrative effort** is estimated to be rather high or even very high by nearly all municipalities (96%) and for the majority of the municipalities (80%) they result in cost-intensive commissioning of external consultants.

Tension between the raise of profitability and quality?

In view of the ramifications of invitations to tender on the performance of services the majority of the municipalities have found that procurement procedures for tendering the whole service provision admittedly do make it easier to find the **best priced supplier**. However, in the view of a majority of the municipalities this does not mean that with such a procedure the service provider offering the best possible **quality** is also identified. Here a tension shows up between the goals of raising profitability and improving the quality of service provision.

Disadvantages for municipal enterprises and local democracy

What is additionally remarkable is that every second municipality indicates that from its own perspective there are competitive disadvantages for municipal enterprises in the procurement procedures. In consideration of local democracy, the study shows that procurement law with its complexity reinforces the already existing asymmetry of information and competence between the local council or the district council and the municipal administration and additionally renders the municipalities highly dependent on external consultants so that it is quite justified to speak of a weakening of **local democracy**.

Difficulties in assessing state aid law?

The opinion held by municipalities regarding the evaluation of problems in the **state aid law assessment of public expenditures shows the subject's full complexity**. While 55% of the municipalities polled do not have any problems in differentiating commercial services and non-commercial ones and, in detail, have no difficulties in applying the Altmark Trans criteria and/or the State aid-decision (53%) as well as determining the relevance to the Internal Market (62%) the poll shows that there are difficulties regarding the concrete application of the Altmark Trans criteria (58%). These contradictory results in the field of state aid or subsidies can only be interpreted very cautiously, since the assessment of the problems indicated presupposes sound knowledge of European Community law. There are frequently difficulties, for instance, in distinguishing between national and European evaluations. Such difficulties in answering questions on the subject of state aid also show up in the fact that the number of municipalities, having indicated that they are unable to assess to what extent one of the problems cited really applies, totals out to a third of all municipalities.

High administrative expense due to state aid requirements

The administrative expense in connection with the implementation of state aid law requirements is estimated by the municipalities to be even higher than those from procurement law. A total of 92% of the municipalities estimate the administrative expense associated with the clarification of state aid law requirements to be very high or rather high and 90% of the municipalities do the same in regard to implementation. In contrast to the administrative expense incurred in connection with procurement law the administrative expense associated with state aid law additionally constitutes a continuously incurred expense. Accordingly, a clear majority of 77% estimates that the monetary costs incurred in doing so are very high or rather high and over 90% of those polled expressed the opinion that the complexity of European state aid law overtaxes the local council or the district council in decision making on public expenditures.

If the results on assessing the problems of applying state aid law are linked to estimates on administrative and monetary expenses, it becomes clear that implementation of European state aid law confronts municipalities with significant problems. This affects administrative officials and, according to our results, representatives of citizens in municipal councils and district councils. External expertise has to be consulted to clarify unanswered questions.

Increased need of external consulting

The qualitative expert interviews with managing directors of nine municipal enterprises largely confirm the results of the standardised questionnaire survey despite individual sector differences. In the **strategic orientation of municipal enterprises, European law in general is only of secondary importance**, even though all of those questioned admit that for far-reaching organisational decisions external legal advice is obtained always tests for compatibility with EU law. All interviewpartners confirm that **bureaucracy has grown** and, accordingly, with the expansion of regulatory systems, the **need for information** has increased in recent years. In particular, inviting bids for performance of tasks in the waste disposal sector and compliance with the provisions of the State aid-decision in the hospital field have entailed significant expenditures of time. The **regulatory system of the European Community**, consisting of

a large number of individual case decisions, is perceived by municipal agencies as **complex, unclear** and very much as **lacking in transparency**. On top of this, additional complexity is generated (cf. Part B) in procurement law by the highly differentiated implementing legislation in Germany. Due to this complexity, municipal enterprises turn for help in clarifying unsettled questions to the consultancy services of local government central associations and/or avail themselves of external advice through specialised law firms and consultants. The increased expenditure of time and the increase in complexity subsequently complicate the integration of decisions by municipal enterprises into local decision making systems. For local council members serving pro bono in so-called “leisure-time parliaments,” the problematic conditions of competition and state aid law are only transparent to a limited extent. The municipal enterprises demand more transparency and unambiguous rules for the performance of their various tasks as well as greater sensitivity for problems of the local practice at European decision makers. Thereto on-the-spot inspections are being suggested.

Legal uncertainties in implementation and application of EU law?

The results therefore indicate that in the strategic orientation of municipal enterprises European law played a subordinate role in the past. In municipal decisions on the form in which services were to be performed the focus was on substantive motives. Primarily, persistent budget problems force municipalities to raise their efficiency. They attempt to achieve efficiency gains, among other things, through organisational changes such as changes of the legal form (cf. Illustrations 2 and 3). However, the municipalities come into conflict with European law. This apparent contradiction will be taken up and interpreted in the following.

In answering the questionnaire, the municipalities first of all attest to the fact that there are no legal uncertainties in connection with European law, in particular with calls for tender (cf. Illustration 4). At first sight, this result contradicts the qualitative part where all actors speak of legal uncertainties and diffuse anxieties in connection with European law. An explanation for this contradiction might possibly be found in the fact that, when implementing decisions, the municipalities attempt ahead of time to dispel any uncertainties cropping up by means of intensive internal and external consultation (cf., inter alia, Illustration 6 and Table 14). Out of fear of conflicts with the Commission such as in infringement proceedings, they attempt to be ensured on all sides and check compatibility with European law so that there will ultimately be as little uncertainty as possible. The study confirms this, among other things, with the result that the great majority of those polled indicate the administrative effort to be excessive, both in procurement law as well as in state aid law (cf. Table 6 and Illustration 10). This explanation meets up with some confirmation both from surveying as well as in interviews with the general managers.

Another apparent contradiction lies in the statements made on planned changes of the legal form and the estimates made by the municipalities on the effects of European regulations. Many municipalities consider a future change in performance of their tasks, induced by procurement law, to be probable (cf. Table 6) however, they are not planning any changes of the legal form for their own municipality in the near future (cf. Table 3). This contradiction at first sight, may have been brought about by two factors. First, the concept of “near future” is not further defined. Many municipalities, in particular in matters of waste disposal, are currently bound to long-term contracts that will only expire within the next ten years. Changes would therefore only come about in the long run. Secondly, there are strong forces of inertia in organisations. When looking at the history of municipal public services in Germany a strong degree of path dependency can be noted. It is more probable to assume changes for the long run than to actually accomplish them.

Finally, the study does not confirm that European regulations constitute a determinative factor for the organisational definition of exercise of functions. The modernisation efforts at local level since the beginning of the 1990s have shown that municipalities increasingly attempt, on their own volition and regardless of the EU's liberalisation requirements, to reshape their organisational structures in such a way that they can operate in a commercially efficient manner. The inclusion of services of general interest in the German tradition of municipal services of public interest has been put under strain by European law in connection with the German implementing legislation due to increased administrative expense and growing lack of transparency. The European legal functional definition of the economic activities and therefore the services of general economic interest together with the constantly progressing development of the European Internal Market presupposes municipal enterprises under never-ending pressure to adapt which sometimes impedes them in their operations. The numerous individual case decisions with their binding effect on the structures of municipal performance of tasks allow different options in interpretation and thus only increase legal uncertainty in municipalities, which in particular leads to more protracted decision making processes. In par-

ticular, tendering out transactions in the waste disposal sector and complying with the regulations of the Monti Package in the hospital sector entail considerable expenditures of time.

The study proves, in particular, that the **administrative effort in the form of consultancy and information procurement is growing** and accordingly the **uncertainties are increasing with expansion of the regulations**. The uncertainty is also reflected in the study, inter alia, by the fact that our interviewpartners could not describe the problem area with the vocabulary of European Community law. They mixed up terms or frequently asked for the correct designations of European case law. This shows once again that confident handling of European regulations presupposes extensive knowledge of its details. The lack of detailed knowledge on the part of municipal public service agencies could also explain why the response rate for several questions in the quantitative survey was very low. Almost all interviewpartners have therefore demanded more transparency and unequivocal rules for their particular areas of activity. The general managers uniformly refer to the embodiment as difficult. It is likewise frequently unclear, to which recipient the demands for more transparency have to be addressed.

Ramifications for local democracy

The empirical evidence demonstrates that the increased expenditure of time and the increase in complexity also **make integration of the decisions of municipal enterprises into local decision making systems more difficult**. Inside municipal enterprises, the municipal councils are represented in the governance bodies of supervisory boards and general shareholders' meetings. These bodies meet only infrequently during the year. The representatives transfer information from the meetings of these bodies into the local councils, with loss of information being inevitable under such conditions. To this point the interviews also underscore the quantitative results. For voluntary council members in the so-called "leisure-time parliaments" the problematic area of competition and state aid law only has limited transparency. Furthermore the interests of a civically performed control of municipal public services are not implicated within the legal changes at EU level.

Results of the study are congruent with statements by the Bundesrat

It follows from a decision taken by the German Bundesrat (195/09) that the majority of the Federal States assumes comparable effects of the European laws on the municipal public service: "Narrowing down action options, complication and bureaucratisation of municipal action, increasing the administrative expenditure and management costs as well as legal uncertainty."

The Bundesrat has therefore urged the European Community not to further expand the regulations and to liberalise already existing regulations that restrict performance of services of general interest. More precisely, this appeal refers to the following four items:

1. Intensive efforts to accomplish higher legal certainty for non-economic services.
2. A clarification of the Commission on services with generally local references. It is suggested to generalise the objectives found in the decision of the Commission in the **Schwimmbad Dorsten** case of January 12th 2001 (COM SG (2001) D/285046) in abstract rules.
3. A revision of the procurement directives with the inclusion of a clarifying definition of the preconditions for in-house commissioning outside the framework of procurement law. The inclusion of such a definition has to be suitable to ensure the legally certain handling of in-house transactions outside the framework of procurement law for the predominant municipally public contracting authorities;
4. A clarification within the procurement directives, that the inter-state collaboration in the form of inter-municipal cooperation does not fall under the regulations for the procurement of public work, supply and service contracts .

These demands link in directly with the results of the present study and take up the problems of the surveyed local communities and districts cited. In the future, ways should be sought that support the efficiency efforts of municipalities and no longer obstruct innovative forms of cooperation like PPP projects or the establishment of public special purpose associations. Therefore however, the currently existing complex rules-with-exemption-scheme would have to be superseded and replaced by unambiguous instructions for municipality practice in public services. The newly formed Commission should take advantage of the opportunity to take up these demands also of the same tenor from other member states and to regard and to reformulate the regulations as a way to reinforce local democracy.

In state aid law, now updated by the Commission in view of the economic crisis, elements of an approach to reduce the high administrative costs for governmental aids that were found above for the purpose of facilitating access to financial resources in the current financial and business crisis (Communication from the Commission dated 7/4/2009, OJ, C 83). While these regulations found were not designed for the purpose of providing speedy state aid to enterprises distressed by the economic crisis, nonetheless, impulses for de-bureaucratisation of state aid to municipal public services can be derived from them. The application of many regulations to municipal public services going beyond the duration of the current crisis would entail significant reduction of administrative costs and provide municipalities with more legal certainty in the field of state aids.

If, as provided in the communication, the upper limit for non-notifiable de minimis aids for enterprises were to be raised from EUR 200,000 to about EUR 500,000, this alone would in itself for many municipalities entail a drastic reduction of administrative effort and costs. A similar effect could also be achieved by having EU law requirements simplified and lowered for granting municipal loan guarantees and interest rate allowances to enterprises in public service. This can essentially only be achieved by significantly raising the upper limit for non-notifiable state aids. Indications for the required upper limits as well as requirements for their concrete implementation are found in detail in the Community framework. All regulations contained, even when limited in time, are already being applied to enterprises in distress, something that suggests they are viable in practice.

Reinforcing municipalities by means of the Lisbon Treaty

In particular, the new framework set by the Treaty of Lisbon, should be taken into account in the future. The treaty, for the first time and in an explicit manner, regulates the consideration of the local self-government at European level. So the Union shall respect each member state's national identity which finds its expression in its basic structures including those for local self-government. At the same time in the Protocol on Services of General Interest the peculiarities of services of general economic interest are stressed. In this regard emphasis is laid on the important role and the broad discretionary leeway of national, regional and local authorities in organising such services. In order to implement the regulations of the Reform Treaty on sovereign local implementation into practical arrangements and to apply the principle of subsidiarity, it would, according to the results of the study, be necessary to make previously differing demands and structures conform more closely at the national and European level.

Develop criteria in regard to application of EU regulations

So the Reform Treaty in regard to services of general interest expressly drew attention to the fact that non-economic services remain reserved to the member states. Such a stipulation only makes sense if one assumes a difference between economic and non-economic services and if there exist intelligible differentiation criteria that take existing legal uncertainties into account and are therefore viable. Delineating operations relevant to the Internal Market from those without any such relevance and which are of utmost importance to municipalities, since competition law is not applicable for operations without Internal Market relevance, would also increase legal certainty in municipalities. If, beyond that, local discretionary leeway in regard to performing and organising services of general interest were to be given more consideration, it would then require changes to the procurement directives so that also mixed enterprises with the yet to identify shares of private participation and activity for the particular municipalities can also be assigned to tasks without the expense of the procurement procedures on them.

In view of the new guarantees in favour of local self-government on the one hand and services of general interest on the other under the Treaty of Lisbon, it is altogether to be recommended, that further debates or negotiations on precise adjustments, in particular when applying state aid and procurement regulations, be conducted, also in view of the corresponding revised provisions in both the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.

Anlage:

Illustration des Aufwandes für Prüf- und Arbeitsschritte zur Feststellung, ob eine notifizierungspflichtige Beihilfe im Bereich der Daseinsvorsorge vorliegt oder nicht (Je nach Wahl der Vorgehensweise fällt im Einzelfall nur ein Teil der Schritte an)

1 Unternehmensbegriff

Aufwändig ist,

- zu prüfen, ob **wirtschaftliche Tätigkeiten i. S. d. Beihilfenrechts** vorliegen, jeweils ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Die Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten ist schwierig, weil die EU-Kommission hierzu keine Kriterien vorgibt, sondern Einzelfallentscheidungen trifft. Hinzu kommt, dass bestimmte Tätigkeiten national als nichtwirtschaftlich angesehen werden, die EU-rechtlich als wirtschaftliche Tätigkeiten gelten.

Wenn als Ergebnis eine Wettbewerbsverfälschung verneint wird, sind keine weiteren Prüfungsschritte notwendig. Soweit diese Feststellung mit einer entsprechenden Begründung unterlegt wird, entsteht dadurch auch eine gewisse Rechtssicherheit. Zwar reduziert sich dieser Aufwand, wenn, um sicher zu gehen, generell Unternehmen angenommen werden, dafür tritt aber Prüf- und Arbeitsaufwand an anderer Stelle auf.

Aufwändig ist weiter

- dass bedacht werden muss, dass nicht nur rechtlich verselbstständigte Einheiten sei es in öffentlich-rechtlicher oder in privatrechtlicher Form, sondern auch **Regiebetriebe** Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sein können. Auch Einrichtungen, die gemeinhin nicht als Unternehmen angesehen werden, wie **Museen, Volkshochschulen und kommunale soziale Einrichtungen aber auch Wohlfahrtsverbände** können durchaus Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sein. In diesem Kontext können etwa die verwaltungsorganisatorische Selbstständigkeit und die Deckung des Eigenbedarfs zu prüfende Gesichtspunkte sein.

2 Begünstigung

Aufwändig ist:

- festzustellen, welche Hilfen als potentielle Begünstigungen überhaupt gewährt werden. Es müssen alle bestehenden, teilweise recht alten Verträge durchforstet und geprüft werden. Falls diese Verträge nicht erfasst sind, müssen sie durch eine Sichtung der Akten aufgespürt werden;
- zu prüfen, ob ein **wirtschaftlicher Vorteil** vorliegt. Neben Zuwendungen gibt es viele andere Formen der Begünstigung wie z. B. die Bereitstellung von Grundstücken oder Räumen, die Abordnung von Personal;
- die vier Voraussetzungen des Altmark-Trans-Urteils zu erfüllen: Betrauung, ex-ante Kostenparameter, Kosten nur zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (vgl. dazu unten), Kostenbasis eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens mit unklarer Vergleichsgröße. Wenn der Nachweis eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens geleistet werden soll, müssen dazu **Kostengutachten vorliegen, die in der Regel bei Wirtschaftsprüfern in Auftrag gegeben** werden. Die Gutachten sind teuer, zeitaufwändig, kompliziert und oft schwer verständlich. Eine Rest-Rechtsunsicherheit bleibt. Die Freistellungsentsch-

eidung der Kommission vom 28. November 2005 erübrigt Kostengutachten, soweit die Voraussetzungen erfüllt sind.

- sofern der Weg über die Freistellungsentscheidung oder über die Erfüllung aller Voraussetzungen des Altmark-Trans-Urteils nicht gangbar oder nicht opportun ist, kommt ein Private Investor Test in Betracht. Der erfolgreich abgeschlossene Private Investor Test führt dazu, dass keine Beihilfe vorliegt. Dabei müssen sämtliche beihilferelevante Beziehungen zwischen Kommunen und ihren Gesellschaften und Eigenbetrieben sowie eventuell Regiebetrieben sowie mit Dritten einbezogen werden. **Private Investor Tests** sind mit Unsicherheiten behaftet, da es keine Vorgaben hierzu gibt. Außerdem sind sie konjunkturabhängig. In der Krise nimmt die Investitionsneigung Privater ab.

3 Wettbewerbsverfälschung

Lokale Tätigkeiten

Aufwändig ist die Prüfung der potenziellen Verfälschung des Wettbewerbs, die Ermittlung des Nachfragekreises und anderer potentieller Anbieter. Die Prüfung ist mit großer Rechtsunsicherheit verbunden, da es keine Abgrenzungskriterien im Hinblick auf die Binnenmarktrelevanz gibt und die Kommission Einzelfallentscheidungen vornimmt. Bei Einrichtungen von Großstädten könnte Binnenmarktrelevanz naheliegen. Allerdings kann selbst in Großstädten, z. B. für die Bereiche Theater oder Sportstätten, bei entsprechendem Sachverhalten keine Binnenmarktrelevanz gegeben sein. Bei Grenznähe muss geprüft werden, ob Nachfrageströme aus Nachbarmitgliedstaaten umgeleitet werden. Risikoabwägungen sind erforderlich, inwieweit ein anderer Anbieter in den Markt eintreten könnte.

Wenn als Ergebnis eine Wettbewerbsverfälschung verneint wird, sind keine weiteren Prüfungsschritte notwendig. Soweit diese Feststellung mit einer entsprechenden Begründung unterlegt wird, entsteht dadurch auch eine gewisse Rechtssicherheit. Zwar reduziert sich der Aufwand an dieser Stelle, wenn, um sicher zu gehen, generell Binnenmarktrelevanz angenommen wird, dafür tritt aber Prüf- und Arbeitsaufwand an anderer Stelle auf.

4 Freistellungsentscheidung

- **Schwellenwerte:** Die Schwellenwerte sind im Regelfall auch in großen Kommunen ausreichend bemessen. Bei großen Kommunen werden die Schwellenwerte häufig überschritten, wenn die steuerlich günstigen Organschaften und Holding-Gesellschaften gebildet werden. Steuerlich günstige Organschaften werden regelmäßig im Bereich der Versorgungs- und Verkehrsunternehmen gebildet, um die Verkehrsverluste steuerlich nutzbar zu machen.
- **Berichtspflichten:** Die Rückmeldungen zum Aufwand sind gespalten: Teilweise werden die Berichts- und Kontrollpflichten als umfangreich und unhandlich angesehen und deswegen auf die Anwendung der Freistellungsentscheidung verzichtet. Teilweise wird angeführt, dass durch entsprechende Ausgestaltung des Betrauungsakts und Einbeziehung der jeweiligen Wirtschaftsprüfer ein Großteil der Berichts- und Kontrollpflichten im Rahmen der regelmäßigen Jahresabschlussprüfungen ohne erheblichen zusätzlichen Aufwand mit erledigt werden kann.
- **Definition ausgleichsfähiger Gemeinwohlverpflichtungen (wie Altmark Trans):** Falls in einer Einrichtung Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Dienstleistungen ohne Gemeinwohlverpflichtungen angeboten werden, bedarf es der aufwändigen Trennung beider Bereiche. Sehr aufwändig ist es, die Gemeinwohlverpflichtungen festzulegen. Zwar liegt die Definitionshoheit bei den Kommunen, es ergeben sich jedoch zahlreiche Fragen. Besteht beispielsweise bei einem öffentlichen Schwimmbad die Gemeinwohlverpflichtung darin, es der Allgemeinheit oder besonderen Gruppen (Schulsport, Vereine) zur Verfügung zu stellen? Die genaue Festlegung der Gemeinwohlverpflichtung ist zwar einerseits geeignet, verstärkt politische Zieldiskussionen zu veranlassen, andererseits ist der Aufwand groß, die rechtlich zulässigen Zwecke zu definieren. Bei Messen kann es erforderlich sein, das Gemeinwohlinteresse für jede einzelne Veranstaltung darzulegen.

– **Form des Betrauungsaktes (wie Altmark Trans):** Es gibt verschiedene Lösungen für einen Betrauungsakt: **die Betriebssatzung/ der Gesellschaftsvertrag / der Betrauungsbeschluss** (in Kombination mit einem Ratsbeschluss/Beschluss der Gesellschafterversammlung) sind grundsätzlich geeignet, aber häufig nicht konkret genug und bedürfen daher regelmäßig der Konkretisierung. Betrauungsakte in **Vertragsform** werfen vergaberechtliche Probleme (Inhouse) auf, umsatzsteuerliche Konsequenzen müssen berücksichtigt werden. Sie scheinen wenig attraktiv zu sein.

Bei **Zuwendungsbescheiden** ergeben sich administrative Erleichterungen, wenn Fehlbetragsfinanzierungen gewährt werden, der überschüssige Betrag muss vom Zuwendungsempfänger zurückgezahlt werden.

Ein Problem ist festzustellen, ob tatsächlich die **Rechtsnatur einer Zuwendung** vorliegt. Sorgfältige Prüfungen anhand des konkreten Sachverhalts unter Berücksichtigung aller steuer-, vergabe- und beihilferechtlichen Implikationen sind erforderlich. Es bedarf einer Gratwanderung bei der beihilferechtlich gebotenen Konkretisierung der Gemeinwohlverpflichtungen. Aus umsatzsteuerlichen Gründen müssen sie aber möglichst allgemein gehalten werden. Die **umsatzsteuerliche Abgrenzung** zwischen einem echten Zuschuss und einem steuerbaren Leistungsausgleich ist eine der schwierigsten Aufgaben im Rahmen der Umsetzung des Monti-Pakets. Hier stellen sich viele Probleme und es besteht grds. Rechtsunsicherheit. Beihilferecht und Steuerrecht sind partiell disharmonisch. Konsultationen der Finanzbehörden sind erforderlich.

Bei **körperschaftsrechtlichen Organschaften**, die Gewinn- und Verlustabrechnungen über einzelne Sparten hinweg ermöglichen, ist darauf zu achten, dass durch die Gewinnverlagerungen keine Verluste übernommen werden, die über die Höhe hinausgehen, die bei einem durchschnittlich gut geführten Unternehmen üblich gewesen wäre. Bei neuen Verträgen ist darauf zu achten, dass die Höhe der Übertragung festgelegt wird und dadurch eine Überkompensation der Verluste der defizitären Sparte verhindert wird.

Ex ante Kostenparameter (wie Altmark Trans): Es muss vorab festgestellt werden, für welche Daseinsvorsorgeleistungen es einen Kostenausgleich auf der Grundlage welcher Parameter gibt. Bei kommunalen Unternehmen hilft der Wirtschaftsplan weiter. Es wird versucht, mehr Rechtssicherheit dadurch zu erlangen, dass die Wirtschaftspläne durch Wirtschaftsprüfer überprüft werden. Bei der Gewährung finanzieller Hilfen an Dritte (Vereine, Sozialeinrichtungen, Kultureinrichtungen) müssen andere Quellen herangezogen werden. Das ist aufwändig. Wenn die Hilfe nicht in Form von Finanzmitteln gewährt wird, muss **zu marktüblichen Konditionen umgerechnet werden**. Das gilt etwa für Erbpachten. Reichen die Mittel nicht aus, müssen **Korrekturmechanismen** angewendet werden. Des Weiteren besteht großer Koordinierungsaufwand, wenn ein Projekt durch mehrere Zuwendungsgeber gefördert wird. Es wird als sinnvoll angesehen, die Verwendungsnachweise durch Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung prüfen und testieren zu lassen. Insgesamt herrscht trotz Zusammenarbeit mit Wirtschaftsprüfern weiterhin Rechtsunsicherheit.

In Zweifelsfällen ist es, um **Rechtssicherheit** zu gewährleisten, erforderlich, Ausgleichszahlungen bei der Kommission zu notifizieren. Die hohe Komplexität und die lange Zeitdauer bis zu einem Bescheid reduziert die grundsätzlich bestehende Bereitschaft der Kommunen.

5 Abweichende sektorale Beihilfavorschriften

Es gibt darüber hinaus abweichende sektorale Beihilfavorschriften, die zu beachten sind, etwa im ÖPNV.

6 Unklarheit der Rechtsbegriffe

Insgesamt wird als besonders problematisch und aufwandtreibend die **Unklarheit der Rechtsbegriffe** angesehen. Praktisch **jede Rechtsbeziehung** zwischen Kommunen und ihren Eigengesellschaften und Betrieben muss **überprüft und angepasst** werden. In der konkreten Einzelfallanwendung tauchen **immer wieder neue Rechtsfragen** auf, zu denen keine oder keine gesicherten und konsolidierten Rechtsmeinungen existieren. Die **fachlichen Anforderungen** an die Beschäftigten der Kommunalverwaltungen sind **enorm gestiegen**. Aufgaben, die früher von Mitarbeitern des gehobenen Dienstes erledigt werden konnten, müssen nun von Mitarbeitern des höheren Dienstes (Volljuristen)

durchgeführt werden. Die **beihilferechtlichen Risiken** müssen **ständig überprüft, bewertet und bewältigt** werden. Das schließt die Suche nach beihilferechtlich unbedenklichen Lösungen mit ein. Im Hinblick auf spätere Kontrollen oder Beschwerden müssen sämtliche Schritte dokumentiert werden. Es werden in **einem hohen Maße externe Berater** herangezogen, deren **Auswahl, Beauftragung, Überwachung und Kontrolle** ebenfalls **erheblichen Aufwand** verursacht. Die in der Gemengelage Beihilferecht, Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Öffentliches Recht zu treffenden **Entscheidungen** sind von **Außenstehenden und Laien nicht mehr nachvollziehbar**.

Quelle: Befragung der Rechts-/Beteiligungsämter zweier nordrhein-westfälischer Städte auf der Basis des Leitfadens, EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 2008

Hinweis:

Bei den qualitativen Interviews (Teil C 4) gab es sowohl Interviewpartnerinnen als auch Interviewpartner. Aufgrund der gebotenen Anonymisierung wurde allerdings sprachlich lediglich auf Interviewpartner Bezug genommen.