

## Wettbewerbliche Reformen versus monopolistische Traditionen.

### Die Herausbildung eines europäischen Ordnungsmodells für netzgebundene Dienstleistungen und der Wandel deutscher Infrastrukturunternehmen

#### I. Einführung

Die öffentliche Wirtschaft in Deutschland wandelte sich in jüngster Vergangenheit tiefgreifend. *Erstens* kam es zur Privatisierung: Materiell wurden öffentliche Betriebe oder Teile davon verkauft, formell wurden öffentlich-rechtliche Sondervermögen oder Regie- bzw. Eigenbetriebe in privatrechtliche Gesellschaften mbH oder Aktiengesellschaften überführt und funktionell wurde die Erfüllung öffentlicher Aufgaben an private Unternehmen abgetreten. Allerdings wurden gleichzeitig vor allem auf kommunaler Ebene neue Geschäftsfelder erschlossen und öffentliche Unternehmen gegründet. *Zweitens* kam es zur Liberalisierung: Monopolistische Infrastrukturmärkte wurden zumindest potenziell dem Wettbewerb geöffnet. *Drittens* kam es zur Kommerzialisierung: Die öffentlichen Unternehmen wurden stärker der Erwerbswirtschaftlichkeit verpflichtet, wodurch sich nicht selten das Angebot gemeinnütziger Leistungen verschlechterte. *Viertens* kam es zu einem Wandel der Regulierung: Infrastrukturelle Betriebe, die nicht mehr auf monopolistischen Märkten direkt durch ihre öffentlichen Eigentümer gesteuert wurden, sondern als private oder privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen auf wettbewerblichen Märkten agierten – deren Netze aber weiterhin natürliche Monopole darstellten –, mussten nun verstärkt strukturreguliert und wie bisher hinsichtlich gemeinwirtschaftlicher Leistungen verhaltensreguliert werden.

Die generellen Ursachen dieser Reorganisation der öffentlichen Infrastrukturwirtschaft sind vielfältig. Ein grundsätzlicher Paradigmenwechsel vom „Interventionismus“ zum „Liberalismus“ spielte ebenso eine Rolle wie die wettbewerbsverschärfende Globalisierung, die finanzielle Not der öffentlichen Haushalte, private Wirtschaftsinteressen, die Europäische Union und darüber hinaus – auf Deutschland bezogen – die Wiedervereinigung, der demografische Wandel und die veränderten Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger. Der Einfluss der Europäischen Union ist insofern nur ein Faktor von mehreren; er darf weder über- noch unterschätzt werden. Allerdings nahm seine Bedeutung seit den 1980er-Jahren permanent zu, und in der Zwischenzeit liegen zu fast allen Infrastrukturen Richtlinien vor, die vornehmlich auf Liberalisierung zielen. In diesem Aufsatz geht es um die Folgen des gemeinschaftlichen Ordnungsmodells netzgebundener Dienstleistungen, das seither entwickelt wurde. Es soll versucht werden, folgende drei Fragen zu beantworten: Welches europäische Ordnungsmodell bildete sich heraus? Wieweit wurde das deutsche Ordnungsmodell durch das europäische beeinflusst? Welche Folgen ergaben sich aus diesen Veränderungen für die öffentlichen Dienstleistungsunternehmen? Dabei wird die Geschichte der

jüngsten Vergangenheit nicht auf eine schlanke These, eine realtypisch-empirische oder gar logisch-deduktive Theorie verkürzt. Es wird vielmehr auf ihre tatsächliche Komplexität Rücksicht genommen. Im Vordergrund stehen die kommunale Energieversorgung und der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV). Da aber selbst dieser eingeschränkte Teil der öffentlichen Wirtschaft noch ausgesprochen vielschichtig ist, müssen manche Aspekte idealtypisch verkürzt werden. Weil verschiedene Entwicklungen noch nicht abgeschlossen sind, werden auch solche in die Betrachtung aufgenommen, die erst in Zukunft kommunale Unternehmen institutionell verändern werden. Der Aufbau des Textes folgt den drei aufgeworfenen Fragen. Der Schwerpunkt liegt auf der Beantwortung der letzten Frage.

Wird der Begriff „öffentlich“ im Zusammenhang mit „Unternehmen“ benutzt, sind solche gemeint, die sich im öffentlichen Eigentum befinden, wobei unklar bleibt, ab welcher Beteiligungshöhe ein Unternehmen als öffentliches bezeichnet werden kann. Im Zusammenhang mit „Dienstleistungen“ bringt der Begriff zum Ausdruck, dass diese eine daseinsvorsorgende Funktion erfüllen, wobei auch private, gemischtwirtschaftliche oder freigemeinschaftliche Unternehmen eine solche übernehmen können.

## II. Das europäische Ordnungsmodell für öffentliche Dienstleistungen

Bis in die 1980er-Jahre zeigte die Europäische Kommission relativ wenig Interesse am Infrastruktursektor im Allgemeinen und an öffentlichen Unternehmen im Besonderen. Nach einer eher unverbindlichen Diskussion in den 1960er-Jahren um den damaligen Art. 90 EWG-Vertrag,<sup>1</sup> der (öffentlichen) Unternehmen, die (öffentliche) Dienstleistungen anbieten, die Möglichkeit gibt, vom Wettbewerbsregime des Gemeinsamen Marktes freigestellt zu werden, passierte bis zum Binnenmarktprogramm wenig.<sup>2</sup> Erst jetzt war die Kommission ernsthaft bemüht, den Infrastruktursektor wettbewerblich zu reorganisieren. Die gebietsmonopolistischen Märkte wurden ebenso kritisiert wie die finanziellen Beziehungen zwischen den politischen Trägern und ihren wirtschaftlichen Unternehmen oder die Formen der öffentlichen Auftragsvergabe. Das gemeinschaftliche Ordnungsmodell, das sich in der Folgezeit allmählich herausbildete, soll im Hinblick auf vier Elemente gekennzeichnet werden: (1) Marktformen, (2) Eigentumsverhältnisse, (3) Stellenwert von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit, (4) Regulierungsarten. Derweil dieses Ordnungsmodell – wenn auch noch nicht abschließend ausformuliert – gegenwärtig gültig ist, wird im Folgenden das Präsens benutzt. Da es vielfach beschrieben wurde, kann sich die Darstellung hier auf wenige Bemerkungen beschränken.<sup>3</sup>

1. Marktformen: Das übergreifende Leitbild ist das Angebot infrastruktureller Dienstleistungen auf offenen Märkten im freien Wettbewerb. Integrierte Monopolunternehmen sollen nach dem Prinzip des vertikalen „unbundling“ entflochten werden. Das kann entweder durch eigen-

1 Art. 86 EVG Fassung von Amsterdam, Art. 106 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

2 Gerold Ambrosius, Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: Helmut Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit von freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, Baden-Baden 2000, 15-44.

3 Inge Lippert, Öffentliche Dienstleistungen unter EU-Einfluss. Liberalisierung – Privatisierung – Restrukturierung – Regulierung, Berlin 2005.

tumsrechtliche Entflechtung geschehen – in diesem Fall entstehen mehrere selbstständige Unternehmen – oder auf weniger strenge Art durch informationelle, buchhalterische oder organisatorische bzw. operationelle Entflechtung. Damit wird die Trennung von Erzeugung, Übertragung (Netz) und Vertrieb beabsichtigt. Bei der Erzeugung und beim Vertrieb soll Wettbewerb ermöglicht, bei der Übertragung als einem natürlichen Monopol auf unterschiedliche Weise reguliert werden. Beim ÖPNV und bei lokalen U-, Stadt- und Straßenbahnen gibt es allerdings keinen rechtlichen Zwang zur Trennung von Infrastruktur und Betrieb, d.h. der Trennung von Erzeugung, Übertragung und Vertrieb.

2. Eigentumsverhältnisse: Zu den Eigentumsformen der Infrastrukturmärkte äußert sich die Kommission nicht explizit. Sie darf es auch nicht, weil der EG-Vertrag nach Art. 295 der Fassung von Amsterdam<sup>4</sup> im Hinblick auf privates und öffentliches Eigentum neutral ist. Öffentliche und private Unternehmen müssen daher strikt gleich behandelt werden. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass die Kommission privates Eigentum präferiert.
3. Stellenwert von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit: Das europäische Ordnungsmodell zielt nicht unmittelbar auf eine Kommerzialisierung öffentlicher Unternehmen. Dadurch, dass „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ bzw. „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ aber dem Wettbewerb unterworfen werden – zumindest jene, die als „wirtschaftlich“ definiert werden und bei deren Bereitstellung sich die politischen Körperschaften Dritter bedienen –, rückten das Formalziel der Eigenwirtschaftlichkeit in den Vordergrund und die Sachziele der Gemeinwirtschaftlichkeit in den Hintergrund. Es wird konsequent zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlicher Leistungserbringung getrennt. Querfinanzierung wird nicht grundsätzlich verboten, aber erschwert. Produktion und Vertrieb öffentlicher Dienstleistungen werden „verbetriebswirtschaftlich“. Allerdings müssen Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse nach bestimmten Standards angeboten werden, die durchaus einen gemeinwirtschaftlichen Gehalt besitzen: diskriminierungsfreier Zugang, Gleichbehandlung aller Bürger, hohe Qualität, Kontinuität, Anpassungsfähigkeit und günstige Preis- bzw. Tarifgestaltung.<sup>5</sup> Im Übrigen können die Mitgliedstaaten höhere Standards setzen. Damit wird, wie gesagt, keine Kommerzialisierung propagiert, es besteht aber die Gefahr, dass bei einer scharfen Trennung von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit die daseinsvorsorgenden Sachziele an Bedeutung verlieren.
4. Regulierungsarten: Für Netzbetreiber, die nicht im Wettbewerb stehen, werden in jüngster Zeit neue anreizorientierte Formen der Regulierung von Preisen und Erlösen beispielsweise mit Hilfe des „Price-cap“ bzw. „Revenue-cap“ – einer Höchstpreisbestimmung oder einer Regulierung der maximalen Erlöseinnahmen – und der effizienzorientierten Kostenkontrolle etwa mit Hilfe des „Benchmarking“ eingeführt. Letztlich sind dies Wettbewerbssurrogate und damit Elemente einer wirtschaftlichen *Struktur*regulierung. Die soziale *Verhaltens*regulierung drückt sich in den Standards der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Inter-

4 Art. 222 EWG-Vertrag, Art. 345 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

5 Gerold Ambrosius, Öffentliche Dienstleistungen und Gemeinwohl in der europäischen Vorsorgepolitik, in: Gerold Ambrosius/Peter Schmitt-Egner (Hrsg.), Europäisches Gemeinwohl – Historische Dimension und aktuelle Bedeutung, Baden-Baden 2006, 183-203; Markus Krajewski/Ulla Negaard/Johan van de Grande (eds.), The changing framework of service of general interest in Europe. Between competition and solidarity, Cambridge 2009.

esse aus. Es geht aber vor allem um höhere Produktivität, die allerdings als höhere Effizienz den Verbrauchern zugute kommen soll. In organisatorischer Hinsicht sollen sektorale Regulierungsorgane entstehen, die als unabhängige Kommissionen bzw. Agenturen agieren – unabhängig sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber der Wirtschaft.

### III. Das deutsche Ordnungsmodell unter dem Einfluss des europäischen Ordnungsmodells

Es besteht kein Zweifel, dass das Ordnungsmodell der EU die Reorganisation der Märkte für öffentliche Dienstleistungen und damit der öffentlichen Unternehmen in allen Mitgliedstaaten beeinflusst hat.<sup>6</sup> Ebenso wenig kann bezweifelt werden, dass die Mitgliedstaaten die gemeinschaftlichen Vorgaben auf unterschiedliche Weise umgesetzt haben – sowohl hinsichtlich der theoretischen Ordnungskonzepte als auch der praktischen Systemveränderungen. Nationale Traditionen spielten bei der Reorganisation ebenso eine Rolle wie infrastrukturelle Besonderheiten, spezifische wirtschaftliche Interessen oder politische Kräfteverhältnisse. Es ist durchaus nicht sicher, dass die Mitgliedstaaten ordnungspolitisch konvergieren; es gibt weiterhin erhebliche Unterschiede zwischen ihnen. Auch für Deutschland stellt sich die Frage, inwieweit das gemeinschaftliche Ordnungsmodell bisher übernommen wurde bzw. inwiefern sich ordnungspolitische Traditionen und reale Strukturen als resistent erwiesen. Dabei ist es allerdings nur bedingt möglich, klar zwischen solchen Veränderungen zu unterscheiden, die durch die EU angestoßen wurden, und solchen, die sich aus dem inneren Reformbedürfnis in Deutschland ergaben. Insofern muss das Folgende im kritischen Bewusstsein gelesen werden, dass manche der aufgezeigten Entwicklungen sich auch so oder ähnlich ohne die Gemeinschaft vollzogen hätten. Zunächst soll aber das deutsche Ordnungsmodell entlang der obigen vier Merkmale beschrieben werden, so wie es seit den 1980er-Jahren unter dem Einfluss der gemeinschaftlichen Vorgaben in der Praxis umgesetzt worden ist.<sup>7</sup>

#### 1. Marktöffnung seit den 1980er-Jahren

Zum *ersten* Punkt der *Marktformen*: Die Öffnung der Märkte netzgebundener Dienste in der damaligen BRD begann bereits 1980, als mit der vierten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur die Missbrauchsaufsicht verschärft wurde, sondern auch die Marktaufsicht. Dies führte zu einer gewissen Auflockerung des Systems der geschlossenen Versorgungsgebiete. Zur endgültigen Liberalisierung der wettbewerblichen Ausnahmebereiche kam es dann mit der Neufassung des Gesetzes 1998 und 2005. Die verschiedenen Branchengesetze

- 
- 6 Hans-Jürgen Bieling/Christina Deckwirth/Stefan Schmalz (Hrsg.), *Liberalisierung und Privatisierung in Europa. Die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union*, Münster 2008; Rudolf Hrbek/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, Baden-Baden 2002.
- 7 Christina Deckwirth, *Der Erfolg der Global Player: Liberalisierung und Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Hans-Jürgen Bieling, Christina Deckwirth, Stefan Schmalz (Hrsg.), *Liberalisierung und Privatisierung in Europa. Die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union*, Münster 2008, 64-95; Lippert (wie Anm. 3), 54-66.

wurden ebenfalls in diesem Sinne novelliert: Post- und Telekommunikationsgesetz, Eisenbahngesetz, Personenbeförderungsgesetz oder Energiewirtschaftsgesetz. Im Bereich der Energiewirtschaft erlosch beispielsweise das Recht der Gemeinden, ausschließliche Versorgungsgebiete zu begründen. Die Kommunen wurden 1998 verpflichtet, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Betreiber von Versorgungsnetzen mussten ihre Netze öffnen. 2005 wurden Vorschriften zur Entflechtung von Netz und Vertrieb erlassen. Das europäische Kartellrecht wurde 2004 reformiert. Die darin fixierten wettbewerbsrechtlichen Verschärfungen betrafen sämtliche Unternehmensbereiche und führten mitunter zu stärkeren Beschränkungen beim Beteiligungserwerb. Als Folge der Reform des deutschen und europäischen Kartellrechts ergab sich etwa die Unwirksamkeit alter Energiebezugsverträge, die regelmäßig Gesamtbedarfsdeckungen, Verwendungsbeschränkungen und Gebietsabgrenzungsklauseln sowie Laufzeitregelungen von über 20 Jahren enthielten. Die Marktöffnung wurde in manchen Sektoren wie der Telekommunikation schnell und konsequent vollzogen, in anderen wie der Post langsamer und weniger radikal. In der Energiewirtschaft wurden die Entflechtungsvorgaben der EU eher in der schwachen Form der buchhalterischen oder operationellen Trennung umgesetzt. Die Verbundwirtschaft ordnete sich zwar neu, die Struktur vertikal integrierter Monopolunternehmen blieb aber zunächst bestehen. Generell wird allerdings auch das neue deutsche Ordnungsmodell durch den Wettbewerbsgedanken geprägt. Im Vergleich mit den anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nahm Deutschland bei der Liberalisierung eine mittlere Position ein.

*Zweitens* zur Entwicklung der *Eigentumsverhältnisse*: Die liberale Renaissance führte auch hier in weiten Teilen von Gesellschaft und Politik zu einer kritischeren Einstellung gegenüber öffentlichem Eigentum und einer positiveren gegenüber privatem. Die zahlreichen materiellen und formellen Privatisierungen vornehmlich von Bundes- und Gemeindeunternehmen seit den 1980er-Jahren hatten zwar recht verschiedene Gründe; der Paradigmenwechsel hinsichtlich der Eigentumsformen dürfte aber die Voraussetzung dafür gewesen sein. Verschiedene Arten von kommunalen Betrieben wurden privatisiert, wobei die Energieversorgungsunternehmen an prominenter Stelle standen. Die meist hochprofitablen Elektrizitätswerke wurden entweder von den vier bzw. fünf großen Verbundunternehmen aufgekauft oder von internationalen Energiekonzernen. Der Verkauf von ÖPNV-Unternehmen kam vergleichsweise selten vor. In jedem Fall spielt das Privateigentum im neuen Ordnungsmodell eine wichtige Rolle. Damit verbunden ist automatisch ein weiterer Paradigmenwechsel und zwar der vom Erfüllungs- zum Gewährleistungsstaat. Ein Staat – gemeint sind die verschiedenen politischen Gebietskörperschaften –, der über keine eigenen Dienstleistungsunternehmen verfügt, kann öffentliche Dienste auch nicht selbst bereitstellen; er kann sie nur noch gewährleisten und selbst das dürfte schwierig sein. Im Vergleich mit den anderen Mitgliedstaaten wies Deutschland eine größere Varianz der öffentlichen Anteile in den verschiedenen Dienstleistungssektoren auf, wobei vergleichende Daten zur kommunalen Wirtschaft kaum vorliegen.

*Drittens* ist noch weniger klar, wie sich „das“ deutsche *Ordnungsmodell* hinsichtlich des Verhältnisses von gemeinwirtschaftlichen Sachzielen und eigenwirtschaftlichem Formalziel darstellt. Sollte die praktische Unternehmenspolitik der jüngeren Vergangenheit in den verschiedenen Versorgungssparten das Ordnungsdenken in dieser Hinsicht widerspiegeln, könnte man angesichts des oftmals eingeschränkten, verschlechterten und verteuerten Leistungsangebotes anneh-

men, dass die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben keine so große Rolle mehr spielt. Ob man diese Entwicklung als „Kommerzialisierung“ bezeichnen kann, sei dahingestellt.<sup>8</sup> Der Gedanke der Gemeinwirtschaftlichkeit ist aber durchaus noch präsent und die deutsche Daseinsvorsorge wird häufig anspruchsvoller interpretiert als die europäischen Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse bzw. die Universaldienste. Letztlich wird man aber wohl konstatieren können, dass die eigenwirtschaftliche Ausrichtung öffentlicher Unternehmen in den Vordergrund und die gemeinwirtschaftliche in den Hintergrund getreten ist. Inwieweit die öffentlichen Unternehmen selbst Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit oder Erwerbswirtschaftlichkeit und Gemeinnützigkeit für vereinbar halten, steht auf einem anderen Blatt.<sup>9</sup>

*Viertens* erwies sich die traditionelle Art der *Regulierung* anfangs als relativ resistent gegenüber Veränderungen. Die Entflechtungsvorgaben blieben ebenso schwach wie die Reform der Regulierung in Richtung Leistungsanreize und auch die kartellrechtliche *ex post* Aufsicht wurde beibehalten. Im Laufe der Zeit änderte sich für die Netzbetreiber dann aber doch einiges. In der Energiewirtschaft wird der kostenbasierte Ansatz jetzt ergänzt durch einen effizienz- und erlösorientierten. Den Netzbetreibern werden Obergrenzen für ihre Erlöse vorgegeben, wobei die Grundlage ein bundesweiter Effizienzvergleich liefert, auf dessen Basis die unternehmensindividuelle Kosteneffizienz ermittelt wird. Alle Netzbetreiber müssen sich an einem durchschnittlich effizienten Unternehmen messen lassen, wodurch das Benchmarking eine größere Rolle spielt. Um die nötigen Netzinvestitionen sicherzustellen, sind Investitionspauschalen und Ausnahmegenehmigungen vorgesehen. Gleichzeitig wird eine Qualitätskontrolle eingeführt, die es ermöglicht, für gute Leistungen Zuschläge auf die Erlöse zu gewähren. Damit soll verhindert werden, dass Kosteneinsparungen zulasten der Versorgungssicherheit gehen. Im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten – beispielsweise Schweden oder Großbritannien – veränderte sich die Form der Regulierung aber langsam.

## 2. Vereinbarkeit mit der historischen Tradition des deutschen Ordnungsmodells?

Das gemeinschaftliche Ordnungsmodell wurde in Deutschland zwar nur zögernd übernommen, allerdings beschleunigten sich auch hier die Reformen und in einigen Fällen setzte der deutsche Gesetzgeber im vorausseilenden Gehorsam etwas durch, das der europäische so gar nicht intendiert hatte. Es stellt sich die Frage, inwieweit diese Veränderungen mit deutschen Traditionen brachen oder diese zumindest modifizierten.<sup>10</sup> Das deutsche Ordnungsmodell hatte sich seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert herausgebildet und nach einem halben Jahrhundert in den 1930er-Jahren als Folge der Weltwirtschaftskrise und unter nationalsozialistischem Einfluss mit den sektorspezifischen Regulierungsgesetzen (Energiewirtschaftsgesetz, Kreditwesengesetz, Personenbeförderungsgesetz) und den Verordnungen, die für die Kommunalwirtschaft besonders relevant waren

8 Hans-Jürgen Bieling/Christina Dickwerth, Die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union, in: Hans-Jürgen Bieling, Christina Deckwirth/Stefan Schmalz (Hrsg.), Liberalisierung und Privatisierung in Europa. Die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union, Münster 2008, 9-33.

9 Thomas Lenk/Oliver Rottmann, Perspektiven von Stadtwerken. Studie vor dem Hintergrund der Interdependenz von Wettbewerb und Daseinsvorsorge im Fokus eines regulierten Marktumfeldes, Leipzig 2009.

10 Gerold Ambrosius, Regulierung öffentlicher Dienstleistungen in historischer Perspektive, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 31 (2008), 345-360.

(Gemeindeordnung, Rücklagen-, Eigenbetriebs-, und Konzessionsabgabeverordnung), seine kodifizierte Form gefunden.<sup>11</sup> Es blieb für ein halbes Jahrhundert fast unverändert gültig – nur noch ergänzt um das Kartellgesetz von 1957 –, um dann im Laufe der 1980er-Jahre vom neuen Ordnungsmodell modifiziert zu werden. Wie sehr rezipiert dieses die historischen Traditionen?

1. Das neue Ordnungsmodell ist wettbewerbsfixiert und entspricht damit nicht der deutschen Ordnungstradition. Diese hatte relativ undogmatisch die Pluralität der Marktformen akzeptiert, wobei jene gewählt werden sollten, die zugleich wirtschaftliche Allokationseffizienz, betriebliche Produktivität und soziale Verteilungsgerechtigkeit sicherten. Das waren nach weitverbreiteter Auffassung bei netzgebundenen Diensten vertikal integrierte Gebietsmonopole. In der zögernden Marktöffnung der jüngsten Vergangenheit drückt sich der Konflikt zwischen wettbewerbsorientiertem Reformmodell und monopolistischen Marktstrukturen aus.
2. Bei der Frage der Eigentumsverhältnisse ist es besonders schwer, ein neues Paradigma zu bestimmen. Interpretiert man nicht nur das gemeinschaftliche, sondern auch das deutsche Ordnungsmodell hinsichtlich der Eigentumsformen trotz der Privatisierungen als neutral, entspricht es der Tradition in Deutschland. Hier galt das Paradigma des eigentumsförmigen Pluralismus, auch wenn in der Realität bei den netzgebundenen Infrastrukturen die öffentlichen Unternehmen dominierten. Zumindest sind die Privatisierungen der vergangenen Jahre „hausgemacht“; sie wurden durch das gemeinschaftliche Ordnungsmodell nicht vorgegeben. Deutschland hat sich in dieser Hinsicht also selbst von seinem eigenen Pfad des dominanten öffentlichen Eigentums verabschiedet.
3. Die Zielsetzung öffentlicher Dienstleistungsunternehmen war in Deutschland nie auf Erwerbswirtschaftlichkeit bzw. Eigenwirtschaftlichkeit beschränkt, obwohl Betriebseinkünfte für die öffentlichen Haushalte durchweg eine wichtige Rolle spielten und der „Fiskalismus“ öffentlicher Unternehmen nicht selten kritisiert wurde. Gemeinnützigkeit bzw. Gemeinwirtschaftlichkeit war durchgängig von Bedeutung. Die scharfe Trennung von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Leistungen, das Verbot der Beihilfen und die Kritik an der Querfinanzierung entsprechen insofern nicht deutschen Traditionen, als die Verklammerung von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit, die Alimentation öffentlicher Unternehmen über öffentliche Haushalte oder die Quersubventionierung Instrumente waren, um die vielfältigen Sachziele – nicht nur jene der sozialen Verteilungsgerechtigkeit – zu erreichen. Ob das bisherige Konzept einer anspruchsvollen Daseinsvorsorge beibehalten wird, ist, wie gesagt, noch nicht abzusehen.
4. Regulierungspolitisch bricht der neue Ansatz mit dem bisherigen. Mit der Öffnung der Märkte muss die Strukturregulierung in den Vordergrund treten, die bis dahin lediglich die real existierenden Gebietsmonopole gesetzlich absicherte. Bei der Verhaltensregulierung spielen wirtschaftliche Tatbestände eine wichtigere Rolle, zielt die Gewinn- bzw. Anreizregulierung doch auf die Produktivitäts- bzw. Effizienzsteigerung. Immerhin wird die Qualitätskontrolle in der neuen Anreizregulierungsverordnung beibehalten, wobei aber noch nicht abzusehen ist, in-

11 Gerold Ambrosius, Was ist eigentlich 'nationalsozialistisch' an den Regulierungsansätzen der dreißiger Jahre?, in: W. Abelshauser, J.-O. Hesse, W. Plumpe (Hrsg.), Wirtschaftsordnung, Staat und Unternehmen. Neue Forschungen zur Wirtschaftsgeschichte des Nationalsozialismus, Essen 2003, S. 41-60.



wieweit damit die Investitionspolitik der Unternehmen beeinflusst werden kann. Auch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht wird fortgesetzt. Die Doppelbindung öffentlicher Unternehmen durch die Steuerung der öffentlichen Eigentümer und durch die Regulierung der Branchengesetze bzw. des Kartellgesetzes ändert sich also grundsätzlich nicht. Allerdings verlagert sich durch die *formellen* Privatisierungen die Steuerung bei ehemaligen Regie- bzw. Eigenbetrieben von der eher bürokratischen zur eher unternehmerischen. Was die Organisation der Regulierung anbelangt, wird die bisherige Art zumindest modifiziert. Es entstehen Agenturen, die zwar nicht dem gemeinschaftlichen Vorbild sektorspezifischer unabhängiger Kommissionen entsprechen, die aber auch nicht nur die bisherigen Aufsichtsbehörden unter veränderter Bezeichnung fortführen. Letztlich steht die Bundesnetzagentur aber wohl eher in der Tradition deutscher Behördenaufsicht und weniger in der der angelsächsischen Kommissionskontrolle.

#### IV. Die Folgen des veränderten Ordnungsmodells für die kommunalen Dienstleistungsunternehmen

Genauso wenig wie das gemeinschaftliche und daran anschließend das deutsche Ordnungsmodell nicht plötzlich ausformuliert und in sich widerspruchsfrei vorlagen, reagierten die kommunalen Unternehmen mit einem radikalen Umbruch auf die veränderten Rahmenbedingungen. Manche der institutionellen Veränderungen kündigten sich bereits in den 1970er-Jahren an, manche der in den 1980/90er-Jahren eingeleiteten Reformen sind noch nicht abgeschlossen. Insofern ist die Beantwortung der Frage, wie die kommunalen Unternehmen auf den neuen Ordnungs- bzw. Regulierungsansatz reagierten, eher eine aktuelle Zustandsbeschreibung als eine historische Darstellung. Da es hier um öffentliche Unternehmen geht, brauchen die *materiellen* Privatisierungen, die ein Kennzeichen der 1980/90er-Jahre sind, nicht weiter berücksichtigt zu werden. Ein öffentliches Unternehmen, das verkauft worden ist, ist eben kein öffentliches mehr. Ob die *formellen* Privatisierungen seither zugenommen haben und damit eine charakteristische Entwicklung dieser Zeit sind, lässt sich anhand der vorliegenden Daten nicht eindeutig feststellen. Es bleibt allerdings die Frage, ab wann ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen noch als öffentliches bezeichnet werden kann. Auf die neuen (alten) Kooperationsformen, die als organisatorische Public Private Partnerships seit den 1990er-Jahren häufiger auftreten und nicht nur eigentumsrechtlich, sondern auch betriebswirtschaftlich mit erheblichen Folgen für „öffentliche“ Unternehmen verbunden sind, sei hier lediglich hingewiesen.<sup>12</sup> Zu den im Folgenden behandelten Punkten gibt es jeweils eine mehr oder weniger umfangreiche Literatur vornehmlich von Praktikern, Betriebswirten und Juristen. Daher kann hier keine fundierte Analyse der jeweiligen Problematik, sondern nur ein Überblick über die vielfältigen Herausforderungen gegeben werden, auf welche die kommunalen Unternehmen reagieren mussten.

12 Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Markt und Staat. Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnerships, Baden-Baden 2006.



## 1. Entflechtungen und Kooperationen am Beispiel der Energiewirtschaft

Die Geschichte der Entflechtung reicht von den nationalrechtlich abgesicherten geschlossenen Versorgungsgebieten bis Ende der 1990er-Jahre über den europarechtlich vorgeschriebenen „verhandelten Netzzugang“ 1998, den „geregelten Netzzugang“ 2005 und die „Anreizregulierung“ 2007. Das deutsche Energiewirtschaftsgesetz ist entsprechend angepasst worden. Diese Vorschriften zielen ebenso auf die großen Verbundunternehmen der Elektrizitätswirtschaft wie auf die kleinen Kommunalunternehmen bzw. Stadtwerke. Die konsequenteste Form der Entflechtung ist natürlich die eigentumsrechtliche. Sie ist mit tief greifenden Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen oder Konzerne verbunden. Die neu entstehenden Unternehmen müssen häufig ihre Betriebswirtschaft, insbesondere das Rechnungswesen völlig umstrukturieren und sich am Markt neu positionieren. Es stellen sich Fragen wie die nach dem richtigen Abspaltungs- bzw. Gründungsmodell in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht – ob Holding, Tochter- oder Mutterunternehmen –, nach der eventuellen Übertragung von Vermögensbestandteilen, nach der Konformität mit dem Gemeindewirtschaftsrecht und so weiter. In einem grundlegenden Urteil hat der Bundesgerichtshof im September 2009 festgehalten, dass beim Auslaufen von Konzessionsverträgen und Wechsel zu einem neuen Stromanbieter der bisherige Eigentümer des Netzes dieses verkaufen muss.<sup>13</sup> Er kann es also nicht behalten und gegen Netzentgelt verpachten. Damit wird sich wahrscheinlich der Wettbewerb auf dem Energiemarkt intensivieren. Aber auch durch die weniger dramatischen Formen der buchhalterischen, operationellen und informationellen Entflechtung sollen in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft Wettbewerb hergestellt oder gefördert und damit Diskriminierungen und überkompensierende Quersubventionierungen vermieden werden.<sup>14</sup> Zur buchhalterischen Entflechtung sind solche Unternehmen verpflichtet, die „zu einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind“ (§ 3 Nr. 38 Energiewirtschaftsgesetz). Das sind nach Gemeinschaftsrecht Unternehmen, die mindestens die Übertragung oder Verteilung und mindestens die Erzeugung oder den Vertrieb wahrnehmen. Die Entflechtung soll so erfolgen, dass Übertragung und Verteilung von rechtlich selbstständigen Unternehmen ausgeführt werden. Eine bloße horizontale Unterteilung der Gewinn- und Verlust-Rechnung genügt also nicht. Leistungsverrechnungen zwischen den Tätigkeiten sind zu berücksichtigen. Auch die Bilanz ist aufzugliedern, um finanzierungsabhängige Posten der Gewinn- und Verlust-Rechnung sachgerecht zuordnen zu können. Die Rechnungslegung und interne Buchführung müssen also stark verändert und für Dritte müssen nachvollziehbare Aufschlüsselungen gefunden werden. Um die Netzentflechtungen zu bewältigen und den Forderungen der Bundesnetzagentur zu entsprechen, wird in größeren Stadtwerken ein neues Regulierungsmanagement aufgebaut. Durch die Schaffung diskriminierungsfreier und transparenter Informationswege entstehen zum Teil neue Beziehungen der Netzbetreiber untereinander und zu Lieferanten, die völlig neuer Vertragsregelwerke bedürfen.

<sup>13</sup> BGH AZ EnZR 14/08 vom 29.9.2009.

<sup>14</sup> Heinz Boldenkötter (Hrsg.), Die Zukunft des Öffentlichen Rechnungswesens. Reformtendenzen und internationale Entwicklungen, Baden-Baden 2007.

## 2. Kooperationen von Stadtwerken

Die Kommunalwirtschaft muss aber nicht nur mit Entflechtung auf die Marktliberalisierung reagieren.<sup>15</sup> Sie kann auch horizontale – natürlich auch vertikale und diagonale – Kooperationen eingehen, wie sie es in der Vergangenheit schon immer getan hat.<sup>16</sup> Viele Gemeindebetriebe sind einfach zu klein, als dass sie im veränderten Marktumfeld auf Dauer bestehen können. Die interkommunale Zusammenarbeit erlebte in den 1990er-Jahren einen erneuten Aufschwung, etwa bei den Verkehrsverbünden, und wird sich in Zukunft verstärken. Auf diese Weise sollen Synergien sowie Skalen- und Scope-Effekte erzielt, Risiken geteilt oder Kunden gebunden werden.<sup>17</sup> Die horizontale Kooperation wird in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit die wichtigste Veränderung der Gesellschaftsstruktur von Stadtwerken sein. Der Europäische Gerichtshof hat insofern auf diese Entwicklung reagiert, als mit den Urteilen Coditel vom November 2008 und Stadtreinigung Hamburg vom Juni 2009 bei der Übertragung von Aufgaben auf interkommunale Kooperationen eine Ausschreibung für nicht notwendig erklärt wird – wenn denn die allgemeinen Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe eingehalten werden.<sup>18</sup> Es spricht einiges dafür, dass die Synergieeffekte denen ähneln werden, die man seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert durch das Zusammenlegen der verschiedenen Versorgungsbereiche in Mehrspartenunternehmen zu erreichen versuchte: Technik-, Verwaltungs-, Investitions-, Finanz-, Management- und Marketing-synergien.<sup>19</sup> Ganze Verwaltungsbereiche – auch der Vertrieb, die Abteilungen Recht, Telekommunikation oder Immobilien – könnten als sogenannte Shared Services ausgelagert werden und mehrere Stadtwerke bedienen. Bei der neuen Form interkommunaler Zusammenarbeit geht es vor allem um die Netze, die Beschaffung und den kaufmännischen Bereich. Letztlich würde damit eine Entwicklung ihren vorläufigen Abschluss finden, die mit dem Zweispartenregiebetrieb im 19. Jahrhundert begann und dann über eigenbetriebliche Stadtwerke, intrakommunale Gesellschaften mbH bzw. Aktiengesellschaften und Holdinggesellschaften führte. In jedem Fall machen diese Entwicklungen erhebliche Restrukturierungsmaßnahmen erforderlich.<sup>20</sup>

## 3. Ausgleichszahlungen und Beihilfen

Zuschüsse widersprechen grundsätzlich dem europäischen Binnenmarktregime und sind deshalb Gegenstand des Wettbewerbs- und Beihilferechts. Die finanziellen Beziehungen der öffentlichen Träger zu ihren Unternehmen und zwischen den Sparten innerhalb der Stadtwerke beschäftigen

- 15 Matthias Funkert, Interkommunale Kooperationen als strategische Gemeindeallianzen zur Sicherung der öffentlichen Daseinsvorsorge, Trier 2008; Bernd Wilmert, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Michael Schöneich (Hrsg.), Stadt-Werke. Festschrift für Gerhard Widder, Frankfurt am Main u.a. 2007, S. 319-336.
- 16 Heinz Schauwecker, Kooperationen und Gemeinschaftsunternehmen, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin u.a. 1984, S. 317-338.
- 17 Lenk/Rottmann, Perspektiven (wie Anm. 9).
- 18 Abl. C.6 vom 10.1.2009, 6.
- 19 Günter E. Braun/Klaus-Otto Jacobi, Die Geschichte des Querverbundes in der Kommunalen Versorgungswirtschaft, Köln 1990.
- 20 Deutscher Städte- und Gemeindebund, Interkommunale Zusammenarbeit, DStGB-Dokumentation 39, Berlin 2004.

die europäische Rechtsetzung und Rechtsprechung seit langem, ohne dass wirklich klare Verhältnisse geschaffen wurden.<sup>21</sup> Generell galt schon in der Vergangenheit, dass Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen, die die tatsächlichen Kosten übersteigen, dem Artikel 87 EG-Vertrag widersprechen.<sup>22</sup> Bisher wurde in Deutschland, wie erwähnt, zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit nur bedingt klar getrennt. Es war üblich, dass solche Dienste, die mit Gewinn angeboten werden konnten, jene Dienste subventionierten, die verlustbringende gemeinwirtschaftliche „Lasten“ tragen mussten. Diese Art der Unterstützung wurde ausdrücklich positiv beurteilt, eröffnete sich doch den kommunalen Unternehmen dadurch die Möglichkeit, sich den verändernden Anforderungen flexibel anzupassen. In diesem Kontext hat sich in jüngster Zeit einiges geändert. Der EuGH erließ 2003 das Altmark Trans-Urteil, in dem er vier Kriterien auflistete, die erfüllt sein müssen, damit Ausgleichszahlungen für gemeinwohlbezogene Leistungen nicht als verbotene Beihilfen im wettbewerbsrechtlichen Sinne gelten.<sup>23</sup> Erstens müssen die begünstigten Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und die Verpflichtungen klar definiert werden. Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Viertens muss das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens ausgewählt werden. Bei der Direktvergabe muss die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse jener Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen zu tragen hat. Wenn alle Altmark-Kriterien erfüllt sind, stellt eine Ausgleichszahlung für defizitäre Dienstleistungen keine verbotene Beihilfe dar. Wenn zumindest ein Kriterium nicht erfüllt ist und gleichzeitig die anderen Kriterien für staatliche Beihilfen vorliegen – Übertragung von staatlichen Mitteln und Zurechnung zum Staat, Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und Wettbewerbsverzerrung, wirtschaftlicher Vorteil sowie Selektivität der Maßnahme –, dann sind Ausgleichszahlungen grundsätzlich verboten.<sup>24</sup>

Dem Altmark Trans-Urteil folgte 2005 die Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, als Ausgleich dafür gewährt werden. Zusammen mit dem „Gemeinschaftsrahmen“ für staatliche Beihilfen (Monti/Kroes-Paket) haben diese Bestimmungen eine gewisse, aber keine endgültige Klärung der bis dahin unübersichtlichen Situation gebracht. Wichtig ist, dass die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen grundsätzlich auch für gemeinnützige Dienstleister gelten. Unternehmen

21 Albert von Mutesius, Europäische Transparenzrichtlinie und öffentliche Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 9 (1986), 42-64.

22 Art. 107 Vertrag über die Arbeitsweise der EU.

23 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 20.11.2007, SEK (2007) 1516 endg., 15.

24 Michael Jürgen Werner, Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilferecht der nationalen Daseinsvorsorge?, in: Zeitschrift für europarechtliche Studien 7 (2004), 83-106; Torsten Wiedemann, Rechtssache Altmark Trans: eine Zwischenbilanz, in: Rainer Lasch, Arne Lemke (Hrsg.), Wege zu einem zukunftsfähigen ÖPNV. Rahmenbedingungen im Spannungsfeld von Markt und Politik, Berlin 2006, 149-181.

der Daseinsvorsorge können also öffentliche Hilfen erhalten. Die schlichte Tatsache, dass ein „Unternehmen“ keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeit, die es ausübt, nichtwirtschaftlicher Natur ist und es damit außerhalb des Wettbewerbsregimes steht.<sup>25</sup> Kommunale Infrastrukturunternehmen sind also unmittelbar betroffen.

Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit werden somit scharf getrennt. Theoretisch mag dieser Ansatz schlüssig sein, praktisch ergeben sich erhebliche Probleme, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Euro und Cent auszudrücken. Sie beginnen mit den Schwierigkeiten, durch Segmentierung des Rechnungswesens bzw. der Rechnungslegung die tatsächlichen Kosten der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse zu ermitteln.<sup>26</sup> Sie führen weiter zu recht speziellen Fragen wie zum Beispiel folgenden: Für welche Kosten kann eine Ausgleichszahlung entrichtet werden, wenn ein Unternehmen die gleiche Infrastruktur benutzt, um sowohl gemeinnützige Dienstleistungen zu erbringen als auch erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen? Was bedeutet angemessene Rendite bei der Berechnung einer rechtmäßigen Ausgleichszahlung? Sollen Steuervorteile, die sich aus der Gemeinnützigkeit einer Organisation ergeben, als Einnahmen qualifiziert werden? Noch ist nicht völlig klar, welche Folgen diese Auslegung des Beihilferechts für öffentliche Unternehmen haben wird. Der Spielraum für Ausgleichszahlungen wird aber in jedem Fall eingeschränkt. Nachträgliche Zahlungen, mit denen ein Verlust kompensiert werden soll, oder nachträgliche Festlegungen von öffentlichen Dienstleistungen sind nur noch in Ausnahmefällen zulässig. Die Flexibilität kommunaler Unternehmen wird damit begrenzt. Das Altmark Trans-Urteil präferiert ohne Zweifel die Vergabe im Ausschreibungsverfahren und die Erfüllung seines vierten Kriteriums dürfte häufig so aufwändig sein, dass die zuständigen Gemeindestellen gleich ausschreiben mit der Folge, dass die Existenz kommunaler Unternehmen aufs Spiel gesetzt wird.<sup>27</sup>

Auch die Querfinanzierung öffentlicher Unternehmen zur Sicherung gemeinwirtschaftlicher Leistungen wird durch die Rechtsprechung im Fall Altmark Trans betroffen.<sup>28</sup> Sie findet sich vor allem beim Querverbund in der kommunalen Wirtschaft. Am häufigsten dienen die in der Energieversorgung erzielten Gewinne zum Ausgleich der im ÖPNV gemachten Verluste. Unter den durch dieses Urteil bestimmten Voraussetzungen erfüllen interne Ausgleichszahlungen zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse nicht den Tatbestand der Beihilfe, wodurch die präventive Kontrolle der Kommission entfällt. In Mehrspartenunternehmen dürfen also mit Gewinnen aus einer Sparte die Verluste aus einer anderen, die solche Dienste erbringt, direkt ausgeglichen werden oder die Gewinnsparte kann sich überproportional an den Allgemeinkosten beteiligen. Dabei soll die Vollkostenrechnung zugrunde gelegt werden. Öffentlichen Unternehmen dürfen sogar ausschließliche bzw. besondere Rechte erteilt werden, soweit dies die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen erfordert. Die Bestätigung der Quersubventionierung durch den EuGH liegt nicht auf der Linie der Kommission, die lange

25 Kommission, Arbeitspapier (wie Anm. 23), 9ff.

26 Kommission, Arbeitspapier (wie Anm. 23), 27ff.

27 Markus Krajewski, Leistungen der Daseinsvorsorge im Gemeinderecht. Freier Wettbewerb oder öffentliche Aufgabe?, in: Alice Wagner/Valentin Wedl (Hrsg.), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht. Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge, Wien 2007, 433-453.

28 Andel Danner, Die Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2006; Dörte Platt, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, München 2005.

Zeit konsequent gegen sie vorgegangen ist. In diesem Zusammenhang ist außerdem zu erwähnen, dass der steuerliche Querverbund, der zwar von den Finanzverwaltungen und Finanzgerichten in der Vergangenheit anerkannt wurde, aber nie unumstritten war, durch das Jahressteuergesetz 2009 endgültig bestätigt worden ist. Auch dies ist für die Umstrukturierung kommunaler Unternehmen von außerordentlicher Bedeutung.<sup>29</sup>

#### 4. Ausschreibungen und Auftragsvergabe

Dem gemeinschaftlichen Binnenmarktregime liegt die in wettbewerbspolitischer Hinsicht konsequente Auffassung zugrunde, dass alle Unternehmen in der Europäischen Union die gleichen Chancen haben sollen, Aufträge von öffentlichen Gebietskörperschaften zu erhalten. Dem dient die im deutschen Wettbewerbsrecht und im europäischen Vergaberecht näher ausgeführte Pflicht, größere Aufträge öffentlich und zwar europaweit auszuschreiben. Dienstleistungskonzessionen unterliegen dagegen nicht dem EU-Vertragsrecht. Allerdings soll nach dem Willen der Kommission dies Ausschreibungspflicht auch auf Dienstleistungskonzessionen angewendet werden.<sup>30</sup> Sinn und Zweck des Ausschreibungswettbewerbs ist es, den kostengünstigsten Anbieter zu finden, um die Belastungen für die Bürger zu minimieren. Allerdings sind gerade die Märkte öffentlicher Dienstleistungen durch Marktversagen gekennzeichnet. Dort, wo es keinen Wettbewerb im Markt, sondern nur um den Markt geben kann – wie bei den Elektrizitätsnetzen oder dem ÖPNV –, ist dies besonders virulent. Angesichts dieser Probleme sollen daher Quasi-Märkte geschaffen werden, indem der Ausschreibungswettbewerb um Aufträge – zum Beispiel bei Bauvorhaben – und Dienstleistungskonzessionen erweitert oder sogar obligatorisch wird.<sup>31</sup> Abgesehen von Projekten mit einem kleinen Auftragsvolumen – hier greift die so genannte De minimis-Regel – gibt es eine Ausnahme von der generellen Ausschreibungspflicht: Wenn eine Kommune erstens ein Unternehmen betraut, das wie eine Verwaltungsabteilung bzw. Dienststelle von ihr beherrscht wird, und zweitens dessen Geschäftstätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft und ihre Bürger erfolgt, kann sie von dieser Pflicht befreit werden. Es erfolgt dann eine Direktvergabe. Man spricht auch vom sogenannten Inhouse-Prinzip.<sup>32</sup> Die beiden Kriterien gehen auf das Teckal-Urteil des EuGH aus dem Jahre 1999 zurück und wurden in der Folgezeit in weiteren Urteilen sehr eng gefasst. Würde das Inhouse-Prinzip einmal gänzlich aufgegeben, müssten nach Vorstellung der Kommission auch alle Dienstleistungen bzw. die entsprechenden Konzessionen – von der Energieversorgung über die Rettungsdienste, Altenheime oder Stadtgärtnereien bis zum ÖPNV – nach einem starren Verfahren ausgeschrieben werden, wenn sie ein bestimmtes finanzielles Volumen überschreiten. Für die Kommunalwirtschaft dürften sich daraus existenzielle

29 Rolf Schauer (Hrsg.), *Der kommunale Querverbund aus der Sicht von Theorie und Praxis*, Berlin 1989; Günter Püttner (Hrsg.), *Der kommunale Querverbund*, Baden-Baden 1995.

30 Cox, Helmut (Hrsg.), *Ausschreibungswettbewerb bei öffentliche Dienstleistungen*, Baden-Baden 2003.

31 Christian, Ude, *Zukunftsfähige Stadtwerke als Eckpfeiler der kommunalen Selbstverwaltung*, in: Michael Schöneich (Hrsg.), *Stadtwerke. Festschrift für Gerhard Widder*, Frankfurt am Main 2007, 15-27.

32 Oliver Panetta, *Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht: eine Untersuchung anhand der neuesten Entwicklungen auf dem Wassermarkt unter besonderer Berücksichtigung der In-house-Rechtsprechung sowie der Altkmarkt-Trans-Rechtsprechung des EuGH*, Frankfurt am Main 2007; Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates), *Ein Plädoyer für die Beibehaltung kommunaler Dienstleistungen in der EU*, Berlin 2004.

Konsequenzen ergeben, weil kommunale Unternehmen, die bei einer Ausschreibung nicht zum Zuge kämen, aufgelöst werden müssten. Sie wären wohl für immer vom Markt verschwunden. Vielleicht regt die Kommission mit ihren rigiden Vorstellungen allerdings unfreiwillig zu einer Rekommunalisierung im Sinne einer Rückkehr zum Eigenbetrieb an, mit dem die Kommune dann wettbewerbskonform ohne Ausschreibung den öffentlichen Dienst selbst erbringen könnte. Immerhin wird allgemein anerkannt, dass die meisten kommunalen Dienste „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“ sind und deshalb grundsätzlich eine Betrauung unter Befreiung von den Wettbewerbsvorschriften in Betracht kommt.

Ein Betrauungsakt ist nach Artikel 86 EG-Vertrag erforderlich, um die gemeinwohlbezogenen Verpflichtungen des Unternehmens zu spezifizieren.<sup>33</sup> Betrauungsakte können Konzessionsverträge und Ausschreibungsunterlagen, ministeriale Programmverträge und Anweisungen, Gesetze und Verordnungen, Leistungsverträge, Rechtsverordnungen und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verordnung und Entscheidung sein. Der Betrauungsakt muss die Art und Dauer des Auftrags im Allgemeinen und die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Besonderen festlegen und die beauftragten Unternehmen bestimmen. Er muss nicht jede Tätigkeit definieren, durch welche diese Dienstleistungen erbracht werden, aber den öffentlichen Auftrag so genau umschreiben, dass eine gesicherte Grundlage für die Ausgleichszahlung geschaffen wird. Auf diese Weise soll nicht nur die Qualität der Dienste gesichert, sondern auch die Transparenz gegenüber Bürgern und Steuerzahlern gesteigert werden.

Mit der „Verordnung 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“, die 2009 in Kraft trat, ist das Vergaberecht weiterentwickelt worden.<sup>34</sup> Es bietet den Gebietskörperschaften, wie bisher, zwei Wege zur Auswahl eines Betreibers öffentlicher Dienste an: das wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren oder die Direktvergabe bzw. verwaltungsinterne Eigenerbringung. Die Direktvergabe an einen internen Betreiber ist weiterhin nur unter eng begrenzten Voraussetzungen gestattet: Direktvergabeentschluss der zuständigen Behörde; Kontrolle der zuständigen örtlichen Behörde über die rechtlich getrennte Einheit, die jener über ihre eigenen Dienststellen entspricht; Erbringung der Dienste durch den internen Betreiber lediglich auf dem Gebiet der zuständigen örtlichen Behörde; Erbringung des überwiegenden Teils der Dienste durch den internen Betreiber; keine Untersagung der Direktvergabe nach nationalem Recht; Veröffentlichung der angestrebten Direktvergabe ein Jahr zuvor im EU-Amtsblatt. Ob die Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, bedarf einer sorgfältigen Prüfung. Der nationale Gesetzgeber ist gefordert, einen effektiven Rechtsschutz für potentielle „externe“ Betreiber zur Überprüfung der Direktvergabe zu schaffen. Der Geltungsbereich der Verordnung bezieht sich natürlich nur auf öffentliche Personenverkehrsdienste, allerdings deutet sich die generelle Richtung für das Inhouse-Prinzip an. Die zunehmend diskutierte „marktorientierte Direktvergabe“ bleibt hier unberücksichtigt.<sup>35</sup>

Kommunen haben also im Hinblick auf ihre eigenen Unternehmen zugespitzt zwei Optionen: Entweder sie folgen den restriktiven EuGH-Kriterien und betreiben kommunale Unternehmen

33 Kommission, Arbeitspapier (wie Anm. 23), 22ff.

34 Amtsblatt der Europäischen Kommission 2007, L 315/1.

35 Mini Elfi Reimnitz, Der neue Wettbewerbliche Dialog: eine Alternative zum Verhandlungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung von Public-private-partnership-Modellen, Frankfurt am Main 2009; Tobias Helmut Schneider, Der Wettbewerbliche Dialog im Spannungsfeld der Grundsätze des Vergaberechts, Berlin 2009.

nach dem engen Dienstprinzip oder sie lagern kommunale Unternehmen aus und überlassen sie dem Wettbewerb. Das Dienstprinzip entspricht eher dem der bürokratischen Anweisung und lässt kaum unternehmerische Handlungsspielräume strategischer Art zu. Diese sind zwar bei ausgelagerten privatrechtlich konstruierten Unternehmen größer, denn die Unternehmen können überregional tätig werden, weil das Lokalisierungsprinzip nicht mehr greift. Allerdings müssen sich diese Unternehmen auf öffentliche Ausschreibungen bewerben und können somit scheitern. Dies ist nicht unrealistisch, da sie aufgrund sozialpolitisch motivierter Auflagen im Ausschreibungsverfahren dem Wettbewerb mit Privaten oftmals nicht gewachsen sind. Der Rückgriff auf den öffentlichen Haushalt zur Deckung von Verlusten ist jedenfalls versperrt.<sup>36</sup> Da bei privatrechtlichen Unternehmensformen zudem die Steuerung durch den öffentlichen Träger schwieriger ist, könnte verstärkt auf die Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts zurückgegriffen werden.

## 5. Weitere betriebliche Folgen aus dem veränderten Ordnungsmodell

Der Druck zu rationalisieren und die Kosten zu senken, weitere Kunden zu werben und neue Geschäftsfelder zu erschließen hat deutlich zugenommen und wirkt sich letztlich auf alle Unternehmensbereiche aus. Hier sollen allerdings nur vier Aspekte erwähnt werden:

1. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass zwar nicht von einer direkten Kommerzialisierung gesprochen werden kann, aber doch von einer verstärkten erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung. Der dadurch bewirkte Druck zur Kostensenkung führt dazu, dass kleinere Mindestkapazitäten vorgehalten und Investitionen gestreckt, die Sanierung alter Anlagen verzögert und die Finanzierungsmöglichkeit eingeschränkt werden. Daraus müssen sich nicht, können sich aber reduzierte oder qualitativ schlechtere Versorgungsleistungen ergeben. Allerdings sehen knapp die Hälfte der kommunalen Versorgungsunternehmen selbst keine Zielunvereinbarkeit zwischen Gemeinwirtschaftlichkeit und Eigenwirtschaftlichkeit bzw. zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb.<sup>37</sup> Andererseits erwartet die Hälfte von ihnen durch die Anreizregulierung einen Qualitäts- und Stabilitätsverlust der Netze. Der sich verstärkende Wettbewerb durch den sich ausweitenden Energiehandel und durch wechselwillige Kunden stellt die Stadtwerke vor neue Herausforderungen hinsichtlich IT-Technik und Know-how der Mitarbeiter, was gerade den kleinen Werken Probleme bereiten kann.
2. So wie sich manche Kommunen tatsächlich nur noch als Gewährleister einer bestimmten Grundversorgung und nicht mehr als Eigenproduzenten einer anspruchsvollen Daseinsvorsorge verstehen, sehen nicht wenige Manager kommunaler Unternehmen in den Bürgern bzw. Nutzern nur noch Kunden. Ihre Normen und Werte orientieren sich an denen der privaten Wirtschaft; ihnen fehlt das gemeinwirtschaftliche Ethos und sie bewerten kurzfristige Finanzziele – sicherlich auch unter dem Druck der finanziellen Not der Gemeinden und deren Kapitalschwäche – höher als längerfristige Sachziele. Das Prinzip des Shareholder Value scheint sich gegenüber dem des Stakeholder Value durchgesetzt zu haben. Allerdings ist ihre Selbstwahrnehmung eine andere; mehr als die Hälfte von ihnen sieht keinen fiskalischen

36 Jörg Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, Baden-Baden 2008.

37 Lenk/Rottmann, Perspektiven (wie Anm. 9).



Druck. Für sie ist das ausreichende Dienstleistungsangebot der entscheidende Parameter unternehmerischen Handelns.<sup>38</sup>

3. Durch das sich rasch verändernde Umfeld (Preis-, Mengen-, Kredit- und Insolvenzunwägbarkeiten) werden Risiken bewusster wahrgenommen. In einem Großteil der Kommunalunternehmen ist ein System des Risikomanagement und damit eine neue Unternehmenseinheit aufgebaut worden, um solche Unwägbarkeiten adäquat erfassen zu können. Fast alle nutzen ein Risikohandbuch, das Risikoprozesse umfassend darstellt.<sup>39</sup>
4. Erwähnt wurde bereits, dass die Rechnungsführung umgestellt werden muss. Eine konsequente Trennrechnung und ein regelmäßiges Benchmarking für einzelne Leistungen sollen Einsparungspotenziale aufzeigen. Im Fall von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen hat das Unternehmen überdies zu belegen, dass die abgerechneten Leistungen mit wettbewerbsfähigem Aufwand erbracht wurden. Eine konsequente Trennrechnung ist insbesondere dann geboten, wenn Zahlungen der öffentlichen Hand für Vorhaltung und Betrieb von Infrastruktur geleistet werden. Auch die Art der Regulierung stellt deutlich höhere Anforderungen an das Rechnungswesen. Die Erfassung und Aufbereitung der geforderten Daten im Rahmen der Berichts- und Dokumentationspflicht dürfte manche kleinen Kommunalunternehmen überfordern bzw. zum Ausbau des Rechnungswesens zwingen.

## V. Fazit

Die Rahmenbedingungen für kommunale Unternehmen ändern sich in Deutschland seit den 1980er-Jahren tiefgreifend. Vieles ist in Bewegung geraten, das jahrzehntelang Bestand hatte. Manches hat sich allerdings auch in der Zeit zuvor schon verändert, sodass in diesem Fall eigentlich von einer Fortsetzung der bisherigen Entwicklung gesprochen werden kann. Während bis vor kurzem als Zukunftsmodell galt, dass private Unternehmen im Wettbewerb öffentliche Dienste bereitstellen und die politischen Gebietskörperschaften diese nur noch gewährleisten, gibt es jetzt schon wieder Anzeichen für eine Renaissance öffentlichen Wirtschaftens. Entsprechende Umfragen zeigen, dass die Mehrheit der Bevölkerung eine Versorgung durch kommunale Unternehmen präferiert, da sie das Gemeinwohl dort besser aufgehoben sieht als bei privaten Unternehmen.<sup>40</sup> Das Thema Rekommunalisierung ist damit aktuell. So wie sich noch kein neues Ordnungsmodell endgültig herausgebildet hat, sind auch die realen Verhältnisse noch nicht endgültig geklärt. In jedem Fall müssen sich die Kommunen entscheiden, ob sie sich wie in der Vergangenheit als Erfüllungsgemeinden im Sinne der „Eigenproduktion“ öffentlicher Dienstleistungen verstehen oder als Gewährleistungsgemeinden im Sinne der Sicherung einer „Fremdproduktion“. Damit treffen sie zugleich eine Entscheidung für oder gegen öffentliche Unternehmen. Sie werden

---

38 Lenk/Rottmann, Perspektiven (wie Anm. 9).

39 Lenk/Rottmann, Perspektiven (wie Anm. 9).

40 Verband kommunaler Unternehmen, Haushaltsumfrage, September 2008; Herbert Müller, Europa kommunal. Präsentation neuer Umfrageergebnisse zur Einstellung der Bevölkerung zur kommunalen Wirtschaft, in: Bundesverband öffentlicher Dienstleistungen (Hrsg.), Renaissance der Kommunalwirtschaft?, Berlin 2009, 5-10; Ludwig Theuvsen, Präferenzen der Bevölkerung für öffentliche Wirtschaft: Wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden, in: Bundesverband öffentlicher Dienstleistungen (Hrsg.), Renaissance der Kommunalwirtschaft?, Berlin 2009, 18-41.

auch zwischen der Direktvergabe und dem Ausschreibungswettbewerb wählen müssen und damit zwischen einem Unternehmen, das mit besonderen Rechten ausgestattet ist, eng durch den öffentlichen Träger geführt wird und dem Lokalitätsgebot unterliegt, und einem Unternehmen, das im Wettbewerb steht, gegenüber dem öffentlichen Eigentümer weitgehend eigenständig agiert und seine Geschäfte räumlich unbegrenzt betreiben kann. Schließlich müssen die Gemeinden auch entscheiden, in welchem Umfang sie interkommunale Kooperationen eingehen. Die veränderten Marktverhältnisse werden die kommunalen Unternehmen zu engerer Zusammenarbeit zwingen. Insgesamt spricht einiges dafür, dass diese Veränderungen das endgültige Ende des traditionellen intrakommunalen Eigenbetriebs bedeutet – ganz sicher ist aber auch das nicht.