

Der Dritte Sektor in der Europäischen Union: Die Daseinsvorsorge aus ökonomischer Sicht

Charles B. Blankart und Björn Gehrman

I. Einleitung: Der Dritte Sektor zwischen Markt und Staat

Traditionell wird in den Gesellschaftswissenschaften zwischen den beiden Sektoren Markt und Staat unterschieden. Seit einiger Zeit wird zunehmend erkannt, dass die beiden Teile der Volkswirtschaft nicht nahtlos aneinander grenzen, sondern dass sich zwischen ihnen ein wenig beachtetes Niemandsland befindet, das weder dem Markt noch dem Staat zugehört. Es wurde mangels näherer Kenntnisse einfach ‚Dritter Sektor‘ genannt. Größere Aufmerksamkeit erhielt der Dritte Sektor erst, als in den neunziger Jahren dessen quantitatives wie qualitatives Profil im Rahmen des ‚Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project‘ im internationalen Vergleich erfasst wurde.

In diesem Zusammenhang entstand eine Reihe von Studien. So wird in den Politik- und Sozialwissenschaften vor allem das Potenzial des Dritten Sektors in Zusammenhang mit der Entwicklung sozialen Kapitals hervorgehoben. Stichworte wie Zivilgesellschaft und bürgerschaftliches Engagement stehen hier im Zentrum der Diskussion (Putnam 1993). In der Ökonomik gibt es einen Vorläufer, Richard Cornuelle, einen Schüler Ludwig von Mises¹, der auf den Dritten, ‚unabhängigen‘ Sektor schon vor 40 Jahren gestoßen ist (Cornuelle 1965).¹ Die umfassende Integration des Dritten Sektors in die ökonomische Theorie erfolgte aber erst später durch Burton Weisbrod (1988), Susan Rose-Ackerman (1996), Edward Glaeser und Andrei Shleifer (2001), Patrick Francois (2003), Edward Glaeser (2003). Die rechtswissenschaftliche Erschließung des Sektors leistete Henry B. Hansmann (1980, 1996).

In diesem Aufsatz soll der Dritte Sektor aus *zwei Perspektiven* betrachtet werden: im folgenden Teil 2 aus der Sicht *nichtprofitorientierter Unternehmen und Organisationen*, d.h. den häufigsten institutionellen Erscheinungen im Dritten Sektor, und im darauf folgenden Teil 3 aus der Sicht der so genannten ‚Daseinsvorsorge‘, d.h. den wichtigsten, insbesondere EU-rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Dritten Sektor konstituieren.

1 “When you push back the curtain that has strangely hidden the independent sector from the public eye, one surprise follows another. You notice dozens of agencies that serve you daily. The sector’s dimensions are fantastic, its raw strength awesome.” (Cornuelle 1965, S. 35)

Nichtprofitorientierte Unternehmen haben in Deutschland eine lange Tradition, die bis ins 19. Jahrhundert zurück reicht (Hermann Schulze-Delitzsch 1808-1883). Ihre theoretische Erfassung setzte aber erst etwa in den 1970er Jahren ein.² Ähnlich steht es mit der *Daseinsvorsorge*. Der Begriff geht auf die 1930er Jahre zurück (vgl. unten Teil 3), geriet in Vergessenheit und wurde dann von der EU-Kommission als Pendant zum französischen *service public* wieder aufgenommen. Im EG-Vertrag ist von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art.86) die Rede. Im Zentrum der Debatte stehen dort Probleme der Liberalisierung und Privatisierung. Es geht um die Frage, ob im Sinne der älteren deutschen Tradition die Vorsorge für das materielle Überleben des Menschen, das Dasein, vom Staat durch öffentliche Monopole gesichert werden soll, oder ob dies im Sinne der EU-Wettbewerbsverfassung ebenso gut im Wettbewerb des Marktes mit einem Minimum staatlicher Kontrolle geschehen kann. Im Vergleich zur *Daseinsvorsorge* umfasst der Dritte Sektor einen weiteren Bereich von Dienstleistungen aller Art. Auch wettbewerbliche Dienstleistungen im Finanz- und Verkehrsbereich, Tourismus bis zu den freien Berufen gehören dazu. Von Interesse sind vor allem jene Bereiche, in denen sich unter dem Dach des Dritten Sektors die nichtprofitorientierten Unternehmen und die *Daseinsvorsorge* überlappen. Hier lassen sich die Charakteristika und Leistungen unter den beiden Betrachtungsweisen einander gegenüber stellen, vergleichen und zu allseits vorteilhaften Reformen entwickeln.

In *Teil 4* werden zwei Lösungswege aufgezeigt, das Angebot von Dienstleistungen im Dritten Sektor zu organisieren: Einer setzt bei den *Nichtprofitunternehmen* an – es wird die Wasserwirtschaft analysiert – ein anderer bei den Vorgaben der EU zur Ordnung der *Daseinsvorsorge*. Schließlich werden in *Teil 5* die politisch-ökonomischen Chancen diskutiert, den Dritten Sektor, insbesondere die *Daseinsvorsorge*, näher an den Wettbewerb heranzuführen. Fazit und Ausblick schließen die Untersuchung in *Teil 6* ab.

II. *Der Dritte Sektor und die nicht profitorientierten Unternehmen*

II.1. Einige Begriffe

In der *Literatur* werden fünf Kriterien genannt, die eine Organisation als zugehörig zum Dritten Sektor ausweisen. Sie muss (a) formell strukturiert, (b) organisatorisch unabhängig vom Staat, (c) nicht profitorientiert, und (d) selbstverwaltet sein sowie (e) teilweise von ehrenamtlichem Engagement getragen werden (Salamon und Anheier 1996, S. 125 ff.). Das wichtigste dieser Merkmale ist die Nicht-Profitorientierung. *Nicht profitorientierte Unternehmen und Organisationen* (NPO) dürfen Profite weder an die Eigentümer noch an die Manager ausschütten. Dieses Ausschüttungsverbot („non-distribution constraint“, Hansmann 1980, S. 838f.) soll bewirken,

2 vgl. Blankart (1980).

dass die Einnahmen zur weiteren produktiven Verwendung in der Organisation verbleiben.

Hinsichtlich der Finanzierung lassen sich ‚Spendengestützte‘ NPOs und ‚kommerzielle‘ NPOs, hinsichtlich der Führung *NPOs auf Gegenseitigkeit* (‚mutuals‘) und *unternehmerische NPOs* unterscheiden (vgl. Abbildung 1). Dementsprechend gibt es vier Merkmalskombinationen: (1) und (2) sind spendengestützte NPOs, die auf Mitgliedschaft in einem „Club“ beruhen, wobei es sich z.B. um einen wohltätigen Rotary-Club oder um einen kommerziellen Industrieverband handeln kann.

(3) *Kollektive-NPO* (‚collective‘, Weisbrod 1988) stellen ihre Dienste einer breiten Allgemeinheit zur Verfügung. Sie finanzieren sich durch Spenden, öffentliche Zuschüsse und z.T. durch Gebühren. Ein Beispiel für diese Organisationsform sind Umweltschutzverbände. (4) *Vertrauens-NPO* (‚trust‘) bieten Vertrauensgüter an, deren Qualität von den Kunden nur schwer beurteilt werden kann. Beispiele dafür sind medizinische Dienste wie Pflegeeinrichtungen etc. NPOs vom Typ eines ‚verschleierte[n] Unternehmens‘ schließlich sind reguläre Unternehmen, die allerdings versuchen, von den verschiedenen rechtlichen Vergünstigungen für NPOs zu profitieren (Weisbrod 1988, S. 9ff.).

Abbildung 1: Klassifikation der nicht profitorientierten Organisationen

Kontrolle / Finanzierung	auf Gegenseitigkeit (‚mutual‘)	Unternehmerisch (‚entrepreneurial‘)
Spendengestützt (‚donative‘)	(1) wohltätige Clubs (z.B. Rotary)	(3) Kollektiv-NPOs (z.B. NABU)
Kommerziell (‚commercial‘)	(2) kommerzielle Clubs (z.B. ADAC)	(4) Vertrauens-NPOs (z.B. Krankenhäuser, Alteneime) & Verschleierte Unternehmen (z.B. Lidl)

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Hansmann 1980 und Weisbrod 1988

In *Deutschland* manifestiert sich der Dritte Sektor in den Rechtsformen der Stiftungen, Vereine und Genossenschaften (Betzelt 2001). Das aus juristischer Sicht verbindende und gegenüber dem privaten Sektor wichtigste Abgrenzungsmerkmal dieser Rechtsformen ist (in Übereinstimmung mit der zuvor betrachteten internationalen Literatur) das Ausschüttungsverbot. Manager und Gesellschafter einer NPO dürfen nicht frei über die erwirtschafteten Überschüsse (‚residual claims‘) verfügen. NPOs werden daher als gemeinnützig bezeichnet. Insofern sie als Stiftungen, Vereine usw. gemeinnützige Anliegen ausdrücklich verfolgen, profitieren sie von steuerlichen Sonderregelungen. Sie können von Ertrags-, Verkehrs- und/oder Substanzsteuern befreit werden. Zudem erhalten Sie in der Regel öffentliche Zuschüsse und

können von den Spendern gewährten Steuervergünstigungen profitieren (Boetticher 2003, S. 39ff.).

Im Gegensatz zu gewinnorientierten Unternehmen ist es NPOs in Deutschland jedoch untersagt, sich über den Kapitalmarkt zu finanzieren. Sie können somit keine Unternehmensanteile an Dritte verkaufen. Somit bleibt nur die *Kreditfinanzierung*, die allerdings aufgrund oft fehlender Sicherheiten besonders strengen Auflagen unterliegt (Hansmann 1980, S. 877). Diese Eigenschaften haben besondere Implikationen für das Management von NPOs. Die durch den Kapitalmarktausschluss eingeschränkten Finanzierungsmöglichkeiten müssen durch Gebühreneinnahmen, Freiwilligenarbeit, private Spenden und öffentliche Gelder ausgeglichen werden. Komparativen Vorteilen wie Steuervergünstigungen, Subventionen und dem Zugang zu freiwilligen Arbeitskräften auf der einen Seite stehen somit komparative Nachteile wie geringer Kredit- und fehlender Kapitalmarktzugang sowie die aus dem Ausschüttungsverbot resultierenden Anreizprobleme auf der anderen Seite gegenüber (James und Rose-Ackerman 1986, 58 f.).

Tabelle 1: Die drei Sektoren im Vergleich

	Privatsektor	Dritter Sektor	Öffentlicher Sektor
Rechtsform	GmbH, AG, KG, OHG, etc.	Stiftung, Verein, Genossenschaft	Öffentliches Unternehmen
Charakteristikum	Profitgebot	Ausschüttungsverbot	Gleichberechtigungsgesetz
Finanzierungsquellen	Verkaufseinnahmen, Kredit- und Kapitalmarkt	Öffentliche Zuschüsse, Gebühren, Spenden	Gebühren, Öffentliche Gelder
Koordinationsmechanismus	Wettbewerb	Kooperation	Hierarchie

Quelle: Eigene Darstellung

Im Dritten Sektor wird eine Vielzahl von Dienstleistungen, insbesondere im Gesundheitswesen, nicht nur von NPOs, sondern auch von *öffentlichen Unternehmen* in öffentlich-rechtlicher Form angeboten. Auch sie unterliegen dem Ausschüttungsverbot und haben keinen Kapitalmarktzugang. Öffentliche Unternehmen sind allerdings zusätzlich an das Prinzip gleichberechtigten Zugangs gebunden, d.h. sie müssen je-

dermann ein Dienstleistungsangebot zu erschwinglichen Preisen gewähren³. Auf der anderen Seite verfügen öffentliche Unternehmen über einen direkteren Zugang zur Steuer- und Regulierungspolitik des Staates und können so – erfahrungsgemäß besser als NPOs – auf öffentliche Gebühren und Subventionen Einfluss nehmen.

Tabelle 2: Der Dritte Sektor in Deutschland (Zahlen von 1995)

Gesamtausgaben in Mrd. €	70,25				
Anteil am BIP in %	4,0				
Beschäftigte in Tausend	1.480				
Anteil an der Gesamtbeschäftigung in %	3,6				
	Interne Struktur	Finanzierungsstruktur (in %)			Gesamt (in Mio. €)
	Anteile am Gesamtvolumen (in %)	Öffentliche Gelder	Spenden, freiwilliges Engagement	Gebühren	
Bildung	9	75	2	23	6.271
Gesundheitswesen	35	94	0	6	24.293
Soziale Dienste	26	65	5	30	18.349
Kultur und Freizeit	9	20	13	66	6.247
Wirtschafts- und Berufsvverbände	5	2	1	97	3.560
Int. Aktivitäten	1	51	41	8	427
Natur- und Umweltschutz	1	22	16	62	526
Entwicklung und Wohnungswirtschaft	5	57	0	43	3.853
Philanthropie	7	10	3	86	4.582
Religion	2	95	0	5	1.106
Zivilgesellschaft	1	58	7	36	1.039

Quelle: Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project (Stand 2005)

Das Profil öffentlicher Unternehmen ist somit ebenfalls deutlich von dem der NPOs zu differenzieren: während die Vorteile öffentlicher Unternehmen in der staatlichen Trägerschaft und der damit verbundenen Steuer- und Regulierungshoheiten liegen, beziehen sich die Nachteile dagegen auf das Gleichheitsgebot, das die Mög-

3 Die Bindung öffentlicher Unternehmen an das gemeine Wohl kommt durch das Kriterium des ‚öffentlichen Zwecks‘ als erstes Tatbestandsmerkmal der sogenannten ‚Schrankentrias‘ zum Ausdruck. Bei der Schrankentrias handelt es sich um auf Ebene der Länder erlassene Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, die weitgehend auf den Regelungen der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 beruhen. Siehe dazu z.B. Art. 87 Abs. 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern.

lichkeiten, ein differenziertes, heterogenes Dienstleistungsangebot bereitzustellen, einschränkt.

Ein Blick in die Statistik zeigt, dass der Dritte Sektor in Deutschland bisher wesentlich von den Bereichen Gesundheitswesen (35%) und soziale Dienste (26%) getragen wird. NPOs im Bereich Bildung und Kultur machen zusammen weitere 18% des gesamten Umsatzes des Dritten Sektors aus. Im Jahr 1995 betrug der Anteil des Dritten Sektors an der gesamten Wertschöpfung in Deutschland mit Gesamtausgaben in Höhe von 70,25 Mrd. € gerade einmal 4%. Etwa 1,5 Mio. Arbeitnehmer sind im Dritten Sektor beschäftigt, was einem Anteil an der Gesamtbeschäftigung von 3,6% entspricht. Hinsichtlich der Finanzierung zeigt sich, dass gerade in den so wichtigen Bereichen wie Gesundheit und soziale Dienste 94% bzw. 65% der Finanzierung aus öffentlichen Mitteln stammt. Der Anteil von Spenden und freiwilligem Engagement ist dementsprechend gering (0% bzw. 5%).⁴ Diese Zahlen zeigen, dass der Dritte Sektor in Deutschland in erheblichem Umfang vom Staat getragen wird und damit nur einen geringen finanziellen Unabhängigkeitsgrad erreicht.

II.2. Eine positive Theorie des Dritten Sektors

Wodurch wird die Entstehung von Unternehmen des Dritten Sektors begünstigt? Im Lehrbuchfall gibt es für solche Unternehmen keinen Platz. Jede Leistung, für die die Bürger die Kosten zu tragen bereit sind, wird entweder vom Markt erzeugt oder, wo der Markt versagt, durch den stets in Wartestellung stehenden Staat erbracht. Diese naive Theorie ist natürlich falsch und schon vielfach kritisiert worden. Meist wird vorgebracht, dass sich der Staat in viel zu viele private Belange, nicht nur jene des Marktversagen, einmischet. Doch es kann ja auch sein, dass er durch seine Aktivität das Marktversagen gar nicht beseitigt oder dass Marktversagenstatbestände seiner Aufmerksamkeit entgehen, weil sich keine hinreichende Mehrheit hinter sie stellt. In diesem Fall besteht entsteht eine Lücke, und dann ist, wie Burton Weisbrod (1988) darlegt, ein Fall gegeben, in dem Unternehmen des Dritten Sektors, insbesondere NPOs, einspringen können.

Dies lässt sich an dem für NPOs typischen Fall des Gesundheits- und Sozialwesens illustrieren. Die Leistung ist von Außenstehenden oft nur schwer und daher unzureichend kontrollierbar. Sie hat Vertrauensgut-Charakter. Ein Qualitätsvergleich ist schwer möglich. Dies wird einen Privatanbieter dazu bewegen, zu überhöhten Preisen anzubieten bzw. weniger zu leisten als vertraglich vereinbart, um auf diese Weise mehr Profite zu erzielen. NPOs können durch das Ausschüttungsverbot – wie Glaeser und Shleifer (2001) meinen – solch opportunistischem Verhalten entgegen wirken. Das Ausschüttungsverbot kann daher als Institution angesehen werden, die Vertrauenswürdigkeit generiert, Qualität signalisiert und damit manche der mit Ver-

4 Die Zahlen im Gesundheitsbereich setzen sich aus den Beiträgen der gesetzlichen Krankenkassen sowie der öffentlichen Investitionsförderung für Krankenhäuser zusammen.

trauensgütern verbundenen Probleme überwindet (Glaeser und Shleifer 2001, S. 105ff.). Dass das Ausschüttungsverbot auch zu nachlassender Kostendisziplin führen kann, bleibt bei den Autoren etwas im Hintergrund.

Freilich könnte auch ein öffentliches Unternehmen, das auf Gewinn nicht angewiesen ist, auf dem Gebiet der Vertrauensgüter tätig werden. Doch öffentliche Unternehmen sind hier vielfach benachteiligt. Wegen des Gleichbehandlungsgebots der Kunden können sie ihr Leistungsangebot oft nicht ausreichend differenzieren. Gerade in Bereichen mit heterogenen Kundenpräferenzen wie Gesundheit, soziale Dienste, Bildung und Kultur kann der Staat mit einem homogenen Angebot die Vorlieben der Nachfrager nur unzureichend erfüllen. Da NPOs dem Zwang zur Gleichbehandlung oft in verringertem Ausmaß unterliegen, sind sie in der Lage, ein ausreichend heterogenes Leistungsprogramm anzubieten um so bestehende Marktlücken auszufüllen. Im Ergebnis sollten wir also NPOs vor allem in Bereichen finden, in denen Individuen mit heterogenen Präferenzstrukturen Vertrauensgüter nachfragen. (James und Rose-Ackerman 1986, S. 27f.).

Nicht unproblematisch ist die Finanzierung. NPOs haben keinen Zugang zum Kapitalmarkt. Dieser Nachteil wird in Deutschland größtenteils durch öffentliche Zuschüsse in Form von Steuervergünstigungen, bei NPOs mit Gemeinnützigkeitsstatus auch durch Subventionen wettgemacht. Die damit verbundene finanzielle Bevorzugung gegenüber gewinnorientierten Unternehmen wird daher auch als wesentlicher Grund für den Erfolg des Dritten Sektors angesehen (Rose-Ackerman 1996, S. 717). Eine zweite Quelle marktunabhängiger Finanzierung stellen Geldspenden und Arbeitsleistungen von Personen mit einer besonderen Motivation dar. Ehrenamtliches Engagement und Spenden sind ebenfalls geeignet, die Nachteile der NPOs bei der marktabhängigen Finanzierung auszugleichen (Cornuelle 1965; James 1987; Rose-Ackerman 1996). Die Motivation speist sich dabei aus Quellen wie Gefühlen persönlicher Verpflichtung, Sympathie für ein bestimmtes Projekt, einer bestimmten Moralvorstellung oder auch durch vordergründig eigennützige Motive wie dem Gewinn von sozialem Prestige oder dem Zugang zu elitären Zirkeln (Rose-Ackerman 1996, S. 714). Zudem kann der Zugewinn durch den während des Akts des Spendens entstehenden ‚Prozessnutzen‘ (Frey, Benz und Stutzer 2004) einen weiteren wichtigen Motivationsgrund darstellen. In Konkurrenz zur privaten Spendetätigkeit stehen die öffentlichen Zuschüsse. Wenn ein NPO in erheblicher Weise aus öffentlichen Mitteln subventioniert wird, so nimmt häufig die private Spendetätigkeit ab. Es findet ein ‚Crowding out‘-Effekt statt. Demnach ist in Sektoren mit besonders hohem Subventionsanteil ein nur geringes Spendenaufkommen zu erwarten (Glaeser und Shleifer 2001, S. 108ff.).

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass Marktversagen Kräfte auslöst, die die bestehende Ineffizienz durch NPOs zu überwinden suchen. Ob sie hinreichend stark sind, hängt von weiteren institutionellen Gegebenheiten wie etwa der Differenzierungsmöglichkeit und der Möglichkeit, Spenden zu mobilisieren, ab.

II.3. Der Dritte Sektor im europäischen Recht

Obwohl den Organisationen des Dritten Sektors ein Potenzial hinsichtlich der Lösung gesellschaftlicher Probleme bescheinigt wird (Hayek 1979, S. 50f.; Richter und Furubotn 2003, S. 523f.; Salamon 1994, S. 115ff.), sind diese in der Europäischen Union bisher nur zögerlich in das politische Geschehen einbezogen worden (Kendall und Anheier 1999, S. 283f.). Auch fehlte es ihnen an einheitlichen rechtlichen Strukturen (Salamon 1994, S. 110f.; für Deutschland vgl. Betzelt 2001; Isensee 2003, S. 105 f.).

Auf europäischer Ebene ist zunächst zwischen Primär- und Sekundärrecht zu unterscheiden. Im Primärrecht bleibt der Dritte Sektor unberücksichtigt; es lassen sich keine vertraglichen Vorschriften über die Stellung von NPOs im europäischen Binnenmarkt finden (Igl 2003, S. 30). Lediglich im Entwurf zu einem Europäischen Verfassungsvertrag (VV) findet sich in Art. I-47 ein Hinweis auf den Dritten Sektor. Dort heißt es, dass die Zivilgesellschaft in einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit der Union eingebunden und konsultiert werden soll. Zudem wird die Möglichkeit eines europaweiten Bürgerbegehrens eingerichtet.

Anders ist die Lage im europäischen Sekundärrecht. Im Jahr 1997 hat sich die Kommission in ihrer Mitteilung zur „Förderung der Rolle gemeinnütziger Vereine und Stiftungen in Europa“ erstmals mit den Angelegenheiten der NPOs mit Gemeinnützigkeitsstatus auseinandergesetzt (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1997). Die Kommission betont darin die wichtige Rolle des Dritten Sektors und regt eine verstärkte Integration gemeinnütziger NPOs in den europäischen politischen Dialog an. Zudem untersucht sie die finanzielle und steuerliche Situation der NPOs in den Mitgliedstaaten. Dabei kommt sie zu dem Schluss, die steuerlichen Vergünstigungen im Verhältnis zu Unternehmen auf den Prüfstand zu stellen: „Jede einzelne steuerrechtliche Behandlung muss im Hinblick auf die für den Sektor spezifischen Einschränkungen und seine interne Organisationsmethode gerechtfertigt sein, durch die er sich von den traditionellen wirtschaftlichen Akteuren unterscheidet.“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1997, S. 13). Die französische Version der Mitteilung enthält sogar folgenden Zusatz: „Alle geltenden Vorschriften des Wettbewerbsrechts sind unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sektors anzuwenden.“ (Isensee 2003, S. 95) Diese Forderung birgt erhebliche Implikationen vor dem Hintergrund der Wettbewerbsneutralität steuerlicher Sonderregelungen, denn staatlich gewährte Steuervorteile fallen in der Regel unter das in Art. 87 EGV festgeschriebene Beihilfeverbot. Erfüllt eine solche Bevorzugung die Tatbestandskriterien einer (a) unmittelbaren oder mittelbaren Finanzierung aus Mitteln des Staates, einer (b) tatsächlich begünstigenden Wirkung, einer (c) Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige und (d) des Fehlens einer marktgerechten Gegenleistung, wird sie als Beihilfe klassifiziert und verboten. Während staatliche Subventionen bzw. Steuererlässe den Beihilfetatbestand unstrittig erfüllen (Isensee

2003), ist die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden Privater hingegen schwieriger zu beurteilen.⁵ Da das Spendenprivileg mittelbar den NPOs zu Gute kommt, wird der Beihilfetatbestand von mancher Seite bejaht (Benicke 1996, S. 169; Luthé 2000, S. 588); dagegen spricht jedoch die Tatsache, dass der Staat keinen Einfluss auf die Höhe einer Spende hat und dass es sich bei der Spendeneinwerbung lediglich um einen außermärklichen Wettbewerb handele (Kirchhof 2003, S. 4f.; Isensee 2003, S. 116).

Neben der Kommission hat sich auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit dem Dritten Sektor (wenn auch nur indirekt) beschäftigt. Für das gemeinschaftsrechtliche Verständnis von NPOs ist vor allem ihre wettbewerbsrechtliche Klassifikation von Relevanz. In den Fällen Poucet und Pistre von 1991 hat der EuGH einen wirtschaftlich-funktionalen Unternehmensbegriff festgelegt: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ (Rs. C-159/91 und Rs. C-160/91, Slg. I 1993, S. 637). Dieses Urteil impliziert eine gleichwertige Behandlung von Organisationen mit unterschiedlichem Rechtsstatus, da sie allein auf die Tätigkeit am Wirtschaftsleben abstellt. Solange es sich also um marktgängige Dienstleistungen handelt, ist auch bei Fehlen eines Gewinnzwecks die Teilnahme am Wirtschaftsleben gegeben. Daraus lässt sich ableiten, dass auch die dem Dritten Sektor zugehörigen Organisationen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts gehören, „soweit nicht die den Mitgliedstaaten verbliebene sozialpolitische Kompetenz eine Barriere dadurch setzt, dass sie auf Grund spezifischer Zwänge in der Daseinsvorsorge durch mitgliedstaatliches Recht den Grundsatz der Solidarität konkretisiert“ (Ipsen 2001, S. 571).⁶

III. *Der Dritte Sektor und die Daseinsvorsorge*

III.1. Begriffliche Grundlagen

Ein großer Teil der vom Dritten Sektor erbrachten Dienstleistungen kann dem Bereich der *Daseinsvorsorge* zugerechnet werden. Der Begriff der Daseinsvorsorge geht auf den Staatsrechtler Ernst Forsthoff (1938) zurück. Der Autor weist damit auf Dienstleistungen hin, auf welche der in die „modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“ (Forsthoff 1938, S. 7). Zu diesen Leistungen sind die „Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität“ sowie „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, die Post, Telephonie und Telegra-

5 Unstrittig ist auch, dass Privilegien gemeinnütziger Körperschaften im Umsatz-, Grund- und Erbschaftssteuerrecht als Beihilfen zu behandeln sind (Isensee 2003, S. 118).

6 Ipsen spricht in diesem Zusammenhang auch von der gemeinschaftsrechtlichen ‚Entprivilegierung‘ gemeinnütziger Organisationen (Ipsen 2001, S. 570).

phie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“ zu zählen (Forsthoff 1938, S. 7). Verantwortlich für die Bereitstellung der Dienste sollen die Leistungsverwaltung, vor allem aber die Kommunen mit ihren öffentlichen Unternehmen sein; private Unternehmen sind, so lange sie durch gesetzliche Grundlage, Vertrag oder Konzession mit der Leistungserbringung betraut worden sind, ebenso zulässig. Bei der Daseinsvorsorge erhält der Staat somit eine zweifache Rolle: einerseits fungiert er als Träger von öffentlichen Unternehmen und wird so zum Wirtschaftssubjekt, andererseits tritt er als hoheitliche Regulierungsinstanz im Verhältnis zu privatwirtschaftlichen Leistungserbringern auf – eine wettbewerbspolitisch umstrittene Verbindung.⁷

In der ökonomischen Theorie kann die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge durch den öffentlichen Sektor mit Marktversagen begründet werden. Der für den Bereich der Daseinsvorsorge relevanteste Tatbestand von Marktversagen sind natürliche Monopole. Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn aufgrund der Produktionstechnologie die Marktnachfrage von einem Unternehmen kostengünstiger befriedigt werden kann als von mehreren Unternehmen („Subadditivität“ der Produktionsfunktion). Wenn diese notwendige Bedingung durch das hinreichende Kriterium der Irreversibilität der Investition („sunk costs“) ergänzt wird, ist eine staatliche Intervention begründbar, denn je höher die Irreversibilität einer Investition ist, desto geringer ist die Möglichkeit zur Etablierung eines quasi-Wettbewerbs durch potenziell in den Markt eintretende Konkurrenten.

In Abbildung 2 wird versucht, den Zusammenhang zwischen Daseinsvorsorge und Drittem Sektor zu systematisieren. Bei einer empirischen Betrachtung der Bereiche Daseinsvorsorge und Dritter Sektor fällt auf, dass besonders in den vom öffentlichen Sektor bedienten Branchen neben öffentlichen Unternehmen oft parallel NPOs tätig sind (Feld 4 in Abbildung 2). So werden z.B. Soziale- und Gesundheitsdienste sowohl von öffentlichen Trägern als auch von NPOs geleistet. Dies wird im Pflegesektor besonders deutlich, wo 49% des Branchenumsatzes von NPOs erwirtschaftet werden (Wissenschaftliches Institut der AOK 1998). Zudem werden auch in den Bereichen Bildung sowie Kultur und Freizeit Dienstleistungen von öffentlichem und Drittem Sektor parallel angeboten. Es gibt allerdings zahlreiche Leistungen der Daseinsvorsorge, wie z.B. die Telekommunikation, ÖPNV, Post oder Müllentsorgung, wo Organisationen des Dritten Sektors keine Rolle spielen (Feld 2 in Abbildung 2). Das Gegenteil gilt in Fällen wie Natur- und Umweltschutz oder religiöse Aktivitäten. Hier stellen NPOs Dienstleistungen bereit, die nicht in den Bereich der Daseinsvorsorge fallen (Feld 3 in Abbildung 2). Zudem gibt es natürlich Leistungen

7 Trotz der Einprägsamkeit des Ausdrucks konnte sich der Begriff der Daseinsvorsorge nicht als dogmatischer „Rechtsbegriff, dem die normative Bedeutung zukäme, die von ihm erfasste Tätigkeit insgesamt dem Bereich der Verwaltung zuzuweisen“ (Forsthoff 1938, S. 88), durchsetzen. Vielmehr hat sich der Terminus in der heutigen Debatte als Schlagwort zur Kennzeichnung der Summe der Dienstleistungen, die von öffentlichen Unternehmen erbracht werden, durchgesetzt.

wie die Produktion von Konsumgütern, die weder in den Bereich der Daseinsvorsorge fallen noch von NPOs erbracht werden (Feld 1 in Abbildung 2).

Für die weitere Analyse sind vor allem die in Feld 4 aufgeführten Dienstleistungen relevant, da sie den Schnittbereich von Daseinsvorsorge und Drittem Sektor darstellen, der wie wir sehen werden, in der Literatur bisher weitgehend unberücksichtigt geblieben ist.

Abbildung 2: Dienstleistungen, Daseinsvorsorge und Dritter Sektor

Daseinsvorsorge Dritter Sektor	Dienstleistungen außerhalb der Daseinsvorsorge	Leistungen der Daseinsvorsorge
Dienstleistungen außerhalb des Dritten Sektors	(1) Konsumgüter (Lebensmittel, Kleidung, etc.)	(2) Telekommunikation ÖPNV Post Müllentsorgung Wasser und Abwasser Energie Rundfunk und Fernsehen
Leistungen des Dritten Sektors	(3) Philanthropie Int. Aktivitäten Natur- und Umweltschutz Religion	(4) Gesundheitsdienste Soziale Dienste Bildung Kultur und Freizeit

Quelle: Eigene Darstellung

III.2. Daseinsvorsorge im Europäischen Recht

Im EG-Recht ist die Daseinsvorsorge in letzter Zeit, vor allem in Verbindung mit Schlagwörtern wie Deregulierung oder Liberalisierung, immer stärker in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. In der europäischen Debatte wird der Begriff Daseinsvorsorge allerdings durch die Konstruktion ‚Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse‘ ersetzt. Das dahinter stehende Konzept hat in Gestalt der Artikel 16 und 86 Absatz 2 Eingang in den Vertrag gefunden. Art. 16 EGV gehört zu den Grundsätzen der Europäischen Gemeinschaft und besagt, dass

„unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen“ die „Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“ Sorge dafür tragen, „dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Art. 16 EGV wurde 1996 als Ergebnis der Verhandlungen von Amsterdam nachträglich in das europäische Vertragswerk aufgenommen. Die Vorschrift hat zum Ziel, die Position der gemeinwohlorientierten Unternehmen der Daseinsvorsorge gegenüber der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung der EG zu stärken. Auf-

grund seiner Stellung als Grundsatz ist Art. 16 EGV für die Anwendung und Auslegung des Vertrags relevant. Da er jedoch nur „*unbeschadet*“ der Art. 73, 86 und 87 EGV⁸ zur Geltung kommt, gehen weder Leistungsansprüche noch Abwehrrechte für Unternehmen der Daseinsvorsorge aus ihm hervor. Somit fungiert Art. 16 EGV lediglich als Schutznorm im Sinne einer „Funktionsgarantie“ (Pernice und Wernicke 2003, S. 10) der gemeinwohlorientierten Wirtschaftsformen (Hatje 2000, S. 365ff.).⁹

Der in den Verhandlungen zu den römischen Verträgen kurz vor Schluss eingebrachte Art. 86 EGV stellt einen Kompromiss zwischen den Mitgliedstaaten mit vorwiegend privat organisierter Wirtschaft und denen mit einem stark ausgeprägten öffentlichen Sektor dar. Aus ihm geht der Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen¹⁰ und privaten Unternehmen im Wettbewerb hervor (Art. 86 Abs. 1 EGV). Die Brisanz des Art. 86 ergibt sich aber durch die Legalausnahme in Absatz 2, gemäß der

„Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben“ Subjekt der „Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere der Wettbewerbsregeln“ sind, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Zudem darf „die Entwicklung des Handelsverkehrs [...] nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“.

In diesem Absatz spiegelt sich die Intention wider, den Einsatz von Unternehmen der Daseinsvorsorge als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik mit den Interessen der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Marktes in Einklang zu bringen (Immenga und Mestmäcker 1997, S. 1570). Diese Ausnahme macht Art. 86 EGV zur „zentralen Konfliktbewältigungsvorschrift“ (Hochbaum und Klotz 2003, S. 979) zwischen Wettbewerbsbindung mitgliedstaatlicher unternehmerischer Tätigkeit auf der einen Seite und wirtschaftspolitischer Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten mittels Unternehmen der Daseinsvorsorge auf der anderen Seite. Sie dient in diesem Sinne auf der einen Seite als Liberalisierungs- bzw. Deregulierungsschranke (Basedow 1997, S. 130 f.), die den Mitgliedstaaten ein Mindestmaß an ordnungspolitischem Einfluss sichern soll, auf der anderen Seite aber begründet sie „einen nicht zu unterschätzenden Rechtfertigungszwang zu Lasten der Mitgliedstaaten“ (Seidel 1998, S. 295).¹¹

8 Diese dienen zur Regelung von staatlichen Beihilfen (Art. 73, 87 EGV) und öffentlichen und monopolartigen Unternehmen (Art. 86 EGV).

9 Eine ähnliche Funktion hat Art. 36 der EU-Grundrechtecharta.

10 Unter öffentlichen Unternehmen versteht man diejenigen Organisationen, auf deren Unternehmensführung und Entscheidung der Staat unmittelbar oder mittelbar Einfluss ausüben kann oder die er mit besonderen oder ausschließlichen Rechten in eine Sonderstellung bringen kann.

11 Auch im europäischen Sekundärrecht ist die Daseinsvorsorge zunehmend Ziel legislativer Änderungen. So sind seit den 80er Jahren mit der Einführung der Transparenzrichtlinie und den Richtlinien zur Liberalisierung des Telekommunikations- sowie Energiemarktes wichtige Schritte zu einer Marktöffnung bei Leistungen der Daseinsvorsorge gegangen worden.

III.3. Neuere Entwicklungen

In den letzten zehn Jahren ist das Thema Daseinsvorsorge immer stärker in den Mittelpunkt des wirtschaftspolitischen Programms der Europäischen Kommission gerückt. 1996 veröffentlichte sie eine Mitteilung zu ‚Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa‘, in der sie zum ersten Mal ihre Vorstellungen von der Integration der Daseinsvorsorge in das komplexe System europäischer Politikbereiche präsentierte.¹² Zunächst stellt die Kommission fest, dass unter Leistungen der Daseinsvorsorge „marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1996, S. 3), zu verstehen sind. Grundtenor der Mitteilung ist das Bestreben nach stärkerer Einflussnahme auf Leistungen der Daseinsvorsorge im Sinne weiterer Marktöffnung und engerer Koordinierung auf europäischer Ebene. In einer weiteren Mitteilung zu ‚Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa‘ im September 2000 relativierte die Kommission ihre bereits geäußerte Auffassung indem sie betonte, dass gemeinwohlorientierte Dienste vor allem in der Verantwortung der Mitgliedstaaten lägen und sie lediglich „offenkundige Fehler“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2000a, S. 3) korrigieren werde. Zudem formulierte sie drei grundlegende Prinzipien zur Gewährleistung von Rechtssicherheit bei der Anwendung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln (insbesondere des Beihilferechts) auf den Bereich der Daseinsvorsorge: Die Grundsätze *Neutralität*, *Gestaltungsfreiheit* und *Verhältnismäßigkeit* legen die Anwendungskriterien sowie die Reichweite des EG-Wirtschaftsrechts fest und verschaffen Mitgliedstaaten und Unternehmen somit eine größere Planungssicherheit. In einem Bericht an den Europäischen Rat in Laeken legte die Kommission Ende 2001 ihre Vorstellungen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge vor. Danach seien staatliche Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen nur bei bestimmten legitimen Handlungen zulässig und auch nur, solange sie das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens nicht stören (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2001a, S. 5, Rdnr. 8).

Mit der Veröffentlichung des ‚Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse‘ im Mai 2003 löste die Kommission eine Debatte zur Zukunft der Leistungen der Daseinsvorsorge aus. Antworten auf die im Grünbuch gestellten Fragen wurden im Mitte Mai 2004 veröffentlichten ‚Weissbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse‘ gegeben. Darin legt die Kommission die einzelnen Bestandteile ihrer Strategie zur Daseinsvorsorge vor. Diese umfasst als oberstes Prinzip die Förderung des Wettbewerbs in der Daseinsvorsorge innerhalb der durch Art. 86 Abs. 2 gesteckten Grenzen. Weitere Leitprinzipien sind a) die Intensivierung der

¹² Da im Bereich der Daseinsvorsorge eine Vielzahl unterschiedlicher europäischer Politikbereiche aufeinandertreffen, liegt die Zuständigkeit innerhalb der Kommission nicht bei einer der betroffenen Generaldirektionen, sondern ist im Generalsekretariat direkt beim Kommissionspräsidenten angesiedelt.

sektorspezifischen Regulierung, b) die Verstärkung von Monitoring und Evaluierung, c) die Verbesserung von Transparenz und Rechtssicherheit sowie d) die Gewährleistung von universellem Zugang und hohem Qualitäts-, Versorgungssicherheits- und Schutzniveau (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2004, S. 7-13). Als neues Politikelement stellt die Kommission ein einheitliches Rahmeninstrument in Aussicht, vertagt konkrete Maßnahmen diesbezüglich aber auf einen unbestimmten Zeitpunkt nach Ratifikation des Verfassungsvertrags.

Im Juli und August dieses Jahres hat die Kommission die Beihilfekontrolle allerdings gelockert. Demnach müssen Beihilfen für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von unter 100 Millionen Euro nicht mehr angemeldet werden, wenn sie 30 Millionen Euro nicht überschreiten. Zudem soll in Bereichen der lokalen Daseinsvorsorge (Krankenhäuser, sozialer Wohnungsbau, bestimmte Verkehrsdienstleistungen) keine Beihilfekontrolle mehr stattfinden (Deutscher Städte- und Gemeindebund 2005).

Parallel zu den Initiativen der Kommission trat auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) als Akteur auf dem Feld der Daseinsvorsorge in Erscheinung. Hier stand vor allem die beihilferechtliche Behandlung von Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen im Mittelpunkt des Interesses. Im Jahr 2001 verkündete der EuGH sein Urteil im Fall ‚Ferring‘. Er entschied dahingehend, dass, solange eine Ausgleichszahlung die aus dem Dienstleistungsauftrag entstehenden zusätzlichen Kosten nicht übersteigt, tatbestandsmäßig nicht von einer Beihilfe auszugehen ist.¹³ Das Ferring-Urteil zog beträchtliche Konsequenzen nach sich: Der bisher bestehende starke „beihilferechtliche Kontrollstrahl“ (Bartosch 2002, S. 175) der Kommission wurde erheblich geschwächt.¹⁴ Im Jahr 2003 fällte der EuGH seine Entscheidung in der Rechtssache ‚Altmark Trans‘. In seinem Rechtsspruch bestätigt der EuGH die im Fall Ferring getroffene Entscheidung, schränkt diese aber durch die Vorschaltung von vier materiellen Bedingungen ein, um so ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten (Kühling und Wachinger 2003, S. 1203). Als so genannte „Altmark Trans-Kriterien“ werden (1.) die Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlicher Pflicht, (2.) die Vorherigkeit und Transparenz des Kalkulationsmaßstabs, (3.) der Ausgleich in maximal der Höhe der Nettomehrkosten der Leistungserstellung und (4.) die marktnahe Ermittlung des Zuschusses („private investor test“) angeführt (Kämmerer 2004, S. 32). Der Betrauungsgrundsatz besagt, dass ein Unternehmen per Rechtsakt oder Einzelschrift mit einer gemeinwirtschaftlichen Pflicht belegt worden sein muss. Zudem muss der Kalkulationsmaßstab des Zuschusses bereits vor der Vergabe objektiv und transparent dargelegt werden (Vorherigkeits- und Transparenzgebot). Weiterhin darf der Ausgleich die Nettomehrkosten der Leistungserstel-

13 Ausgleichszahlungen in Höhe der Grenzkosten des bezuschussten Unternehmens sind somit zulässig. Damit wird die rechtfertigende Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV überflüssig, da sie bereits in die Tatbestandsprüfung vorgezogen worden ist.

14 Mitgliedstaaten müssen demnach eine Beihilfe nicht bei der Kommission anmelden, wenn sie der Ansicht sind, dass auf Grund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung erbrachte Gegenleistungen das Merkmal des einseitigen Vorteils entfallen lassen, d.h. keine Beihilfe vorliegt.

lung nicht übersteigen (Kostendeckungskontrolle). Schließlich ist die Höhe des erforderlichen Zuschusses so marktnah wie möglich zu ermitteln, in dem man Vergleichswerte eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zur Berechnung heranzieht (Verfahrensadäquanz). Sind alle vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt, muss die Ausgleichszahlung nicht bei der Kommission als Beihilfe deklariert werden (vgl. Abbildung 3).

Abbildung 3: Prüfverfahren bei der Beihilfenkontrolle von Ausgleichszahlungen

Prüfverfahren	Tatbestandslösung	
Schritt 1	„Altmark Trans“-Kriterien erfüllt?	
	Ja	Nein
		→ Beihilfe gemäß Art. 87 I EGV
Schritt 2	Ausnahme gemäß Art. 87 II oder III EGV?	
	Ja	Nein
	→ Ausgleichszahlung genehmigt	→ Ausgleichszahlung untersagt

Quelle: Eigene Darstellung

III.4. Einige Schlussfolgerungen aus dem EG-Beihilferecht

Wie die EG-rechtlichen Betrachtungen aus Teil 2 gezeigt haben, sind gemeinnützige NPOs von der EG-Beihilfeordnung nicht ausgenommen. Finanzwirksame Privilegien, die ihnen zugute kommen, wirken sich als Begünstigungen aus und stellen daher in der Regel rechtswidrige Beihilfen nach Art. 87 EGV dar. Ebenso sind Vergünstigungen, die nicht die Altmark Trans-Kriterien erfüllen, europarechtswidrig. Die Legalausnahme des Art. 86 II EGV ist demnach für gemeinnützige NPOs nicht anwendbar, da diese gerade nicht mit einer spezifischen Leistungserstellung betraut worden sind: „Kirchliche Krankenhäuser und mäzenatische Stiftungen handeln aus eigenem (Grund-)recht, das sich nicht aus der Staatsgewalt ableitet. Sie folgen privatautonomem Impuls, nicht einem gesetzlichen oder behördlichen Beleihungsakt.“ (Isensee 2003, S. 120)

Das EG-Recht schränkt mit den Vorschriften der Art. 86 und 87 EGV die Handlungsfreiheit von Gebietskörperschaften gegenüber ihren öffentlichen Unternehmen empfindlich ein¹⁵. In Märkten, in denen kommerzielle Dienstleister mit NPOs und/oder öffentlichen Unternehmen konkurrieren, wird die Wettbewerbsneutralität über das Beihilferecht sichergestellt. Eine Bestandsgarantie für NPOs und öffentliche Unternehmen soll es demnach nicht geben. Sie wäre beihilferechtlich zu beanstanden. Einzig NPOs ohne Gemeinnützigkeitsstatus, in der Regel Genossenschaften, sind vor dem Zugriff des Beihilferechts sicher, da sie nicht von steuerlichen

15 Allerdings kann eine Kommune das EG-Recht umgehen, indem sie ein öffentliches Unternehmen offiziell mit einer Aufgabe betraut.

Vergünstigungen profitieren. Aufgrund ihrer komparativen Vorteile in Märkten für Vertrauensgüter mit heterogenen Verbraucherpräferenzen bieten sie eine interessante Alternative zu den einschlägigen Alternativen des profitorientierten bzw. öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge. Dies soll im Folgenden anhand einer Fallstudie gezeigt werden.

IV. Zwei Lösungswege zur Regelung von Problemen des Dritten Sektors

IV.1. Fallstudie: Wasserversorgung

Während die Wasserversorgung in Deutschland traditionell zu den öffentlichen Dienstleistungen gerechnet wird, sind in Frankreich und besonders in England private und gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit der Wasserversorgung betraut (Scheele 2000, S. 13ff.).

IV.1.a) Wasserversorgung im öffentlichen Sektor

Die Struktur im deutschen Wassermarkt verdeutlicht die Dominanz des öffentlichen Sektors: Rund 6.600 öffentliche, meist kommunale Unternehmen teilen den Markt unter sich auf. Trotz einer langsam ansteigenden Anzahl privatrechtlicher Gesellschaften kommt der private Sektor nicht über einen Anteil von 1,6% an der gesamten Anzahl von Wassergesellschaften hinaus (Scheele 2000, S. 5). Die Nachteile einer Trinkwasserversorgung durch öffentliche Monopolisten liegen auf der Hand: der durch den natürlichen Monopolcharakter des Leitungsnetzes ausgelöste Mangel an Wettbewerb auf dem Markt für Trinkwasser führt zu erhöhten Preisen und einer geringeren Angebotsmenge. Im natürlichen Monopol wird somit die Konsumentenrente zu Gunsten der Produzentenrente verringert. Das führt zu einem Wohlfahrtsverlust, wenn auch nicht zwingend zu einem Unternehmensverlust, solange die Kostensteigerung durch unternehmerische Ineffizienz nicht größer ist als die Monopolrente. In der kommunalen Realität führt diese Ineffizienz allerdings dazu, dass die Wasserversorgung reguliert werden muss, weil sich nur so „erschwingliche Preise“ und Versorgungssicherheit gewährleisten lassen. Unter bestehender kosteneffizienter Produktion kommt es zu Defiziten, die durch Zuschüsse aus dem öffentlichen Haushalt gedeckt werden.

IV.1.b) Wasserversorgung im privaten Sektor

Um den geschilderten Problemen zu entgehen, wurde versucht, den privaten Sektor verstärkt in die Leistungserbringung einzubinden. In Großbritannien wurde die Wasserversorgung bereits 1989 privatisiert. In einem Verfahren des „Wettbewerbs um

den Markt' (Demsetz 1968, S. 55-65) werden im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen auf 25 Jahre begrenzte Konzessionen zum Betrieb an privatrechtliche, profitorientierte Gesellschaften vergeben. Der Preissetzungsspielraum dieser privaten Monopole wird sodann über Preisregulierung eingeschränkt. Hierzu stehen verschiedene Verfahren zur Verfügung.

Nach der ‚*RPI+K-Formel*‘¹⁶ darf das Unternehmen den Preis des Warenkorbs seiner Dienstleistungen während der kommenden Regulierungsperiode pro Jahr um nicht mehr als den Konsumentenpreisindex RPI abzüglich eines Prozentsatzes K für die branchendurchschnittliche Produktivitätssteigerung anheben. Wer mit seinen Kostensteigerungen darunter liegt, erzielt einen Zusatzgewinn, wer darüber liegt, erleidet einen Verlust. Der feste Preiszuschlag ist wie ein Marktpreis zu verstehen, den der Mengenanpasser akzeptieren muss, um im Geschäft zu bleiben, bzw. den hier das regulierte Unternehmen befolgen muss, um die gesetzlichen Auflagen zu erfüllen.

Bei der *Maßstabsregulierung* wird nicht von den Preisen, sondern von den Kosten ausgegangen. Jeder Anbieter erhält nur die allmählich bis auf die Mindestkosten sinkenden branchendurchschnittlichen Kosten ersetzt. Unternehmen, die in ihren Kosten darüber liegen, erleiden Verluste, solche, die darunter liegen, erzielen Gewinne. Dieser Durchschnitt gibt allen Beteiligten Anreize, ihre Kosten zu senken, weil sie so geringere Verluste erleiden bzw. höhere Gewinne erzielen. Wenn nach Ablauf der Regulierungsperiode von z.B. fünf Jahren die branchendurchschnittlichen Kosten gesunken und als neue maßstabsrelevante Kosten festgesetzt sind, so erneuert sich der Kostensenkungsprozess, bis dereinst alle Rationalisierungsvorteile ausgeschöpft sind (Shleifer 1985). Unternehmensindividuelle Härten werden in Übergangsprozessen angeglichen, d.h. einem sehr ineffizienten Unternehmen wird vorübergehend ein etwas höherer Preis als der branchendurchschnittliche Kostenpreis zugestanden mit der Auflage, dass der neue Branchendurchschnitt während der Regulierungsperiode zu x Prozent erreicht wird. Hierfür kann das Instrument der Benchmarking Analyse angewandt werden (Frontier Economics 2003).

Durch diese Politik der Maßstabskonkurrenz wird die Daseinsvorsorge einer Gebietskörperschaft privat getragen, nämlich über die von den Nutzern bezahlten Preise (Levine und Seewald 2000, S. 279). Der Staat spart sich große Investitionssummen und in der Regel auch Staatsschulden. Zudem wird eine Verbesserung der Infrastruktur erreicht werden, das Know-How privater Investoren genutzt und die Industrie gefördert.

In Großbritannien hat dieses System innerhalb der ersten zehn Jahre seit seiner Einführung zunächst zwar zu einer Verdopplung der Verbraucherpreise und erheblichen Profiten der privaten Wasserversorger geführt. Das war indessen wegen des veralteten und erneuerungsbedürftigen Kapitalstocks auch notwendig. Denn in einzelnen Regionen ereigneten sich gravierende Fälle von Unterversorgungen, so z.B.

16 Diese Methode der Preisregulierung beinhaltet die Festsetzung einer Preisobergrenze für die Preisentwicklung, um Anreize zur Kostensenkung zu geben.

in Yorkshire im Sommer 1995, wo in Folge maroder Wasserleitungen nicht genügend Wasser an die Haushalte geliefert werden konnte und der Wassermangel durch mobile Wassertanker ausgeglichen werden musste (Birchall 2002, S. 184ff.).

IV.1.c) Wasserversorgung im Dritten Sektor

Eine andere Erfahrung stammt aus dem britischen *Wales*. Die Einwohner der Region wollten in Zusammenarbeit mit Geschäftsleuten dem Dilemma zwischen überhöhten Wasserpreisen und geringer Versorgungssicherheit durch Gründung einer Art Genossenschaft entgegen. Sie bildeten im Jahr 2000 eine ‚company limited by guarantee‘ (nicht profitorientierte Gesellschaft) für Wasserversorgung und Abwasserentsorgung mit dem Namen ‚*Glas Cymru*‘ (Welsh Water), die alle Anteile an der bisher profitorientiert geführten und in amerikanischer Hand befindlichen walisischen Wassergesellschaft ‚*Dwr Cymru*‘ übernahm. Finanziert wurde die Übernahme größtenteils durch Fremdkapital in Form von Anleihen. Durch den Wegfall von Dividendenzahlungen und die günstigere Finanzierungsform sollte eine signifikante Senkung der Verbraucherpreise erreicht werden. Die britische Wasserregulierungsbehörde ‚OFWAT‘ genehmigte die Übernahme nach einem strukturierten Dialog mit den Verbrauchern und reguliert ‚*Glas Cymru*‘ über die ‚RPI+K-Formel‘. *Glas Cymru* ist hingegen verantwortlich für die Erfüllung der Auflagen hinsichtlich Versorgungssicherheit und Umweltschutz, wird dabei aber weiterhin von OFWAT beaufsichtigt. 80% der von *Glas Cymru* bereitzustellenden Leistungen werden vertraglich an externe Dienstleister abgegeben. Geführt wird die Gesellschaft von einem Aufsichtsrat, der sich zu einer Mehrheit aus gewählten Stakeholdern ohne Führungsverantwortung und ohne finanzielle Anteile an *Glas Cymru* zusammensetzt. Sie hat somit keine Eigentümer im klassischen Sinne, an die Überschüsse ausgezahlt werden können. Die Führungskräfte von *Glas Cymru* werden unter Marktniveau bezahlt und erhalten erfolgsabhängig noch einmal bis zu 80% des Festgehalts als Bonus. Gezahlte Jahresgehälter unterliegen einer Veröffentlichungspflicht. Diese Konstruktion enthält letztlich geringe Anreize zu ‚moral hazard‘, d.h. hinsichtlich der Regulierungsbehörde höhere Kosten zu berichten bzw. aus Kostengründen die Qualität zu senken. Demgegenüber sind die durch das Ausschüttungsverbot eingeschränkten Anreize für organisatorische Effizienz geringer als in der rein profitorientierten Gesellschaftsform (OFWAT 2000; Birchall 2002; Bennett, Iossa und Legrenzi 2003). Die Praxis zeigt dabei, dass die Anzahl der Verbraucherbeschwerden beträchtlich gesunken, die Qualität der Leistungen seit dem Organisationsformwechsel demzufolge deutlich gestiegen ist (Water Voice 2004), währenddessen sich die relative organisatorische Effizienz gemessen am Branchendurchschnitt auf einem gleich bleibend niedrigen, unterdurchschnittlichen Niveau bewegt (OFWAT 2001; OFWAT 2004).

Im Unterschied zum geschilderten Fall einer kommerziellen NPO besteht eine weitere Alternative der Wasserversorgung im Dritten Sektor in der rechtlichen Konstruktion einer spendengestützten, auf Gegenseitigkeit beruhenden NPO (vgl. Abbildung 1).¹⁷ Seit dem Jahr 1925 wird im Ortsteil *Schmitzhöhe der Gemeinde Lindlar* (ca. 20.000 Einwohner) im Bergischen Land die lokale Wasserversorgung von einer Genossenschaft geleistet.¹⁸ Diese finanziert sich hauptsächlich aus Kapitaleinlagen der Verbraucher und den anfallenden Wassergebühren. Jedes Mitglied der Genossenschaft zahlt bei Eintritt eine einmalige Kapitalanlage von 100 €, die er bei Austritt erstattet bekommt. Um an das Netz der Genossenschaft angeschlossen zu werden, ist eine Mitgliedschaft allerdings keine Pflicht. Dies birgt allerdings die Gefahr von Trittbrettfahrerverhalten seitens der Verbraucher. Geführt wird die Wasserversorgungsgenossenschaft in ehrenamtlicher Tätigkeit von gewählten Mitgliedern. Die Qualität des Wassers wird dabei von der kommunalen Trinkwasserbehörde kontrolliert. In der Praxis zeigt sich, dass die Versorgung mit Trinkwasser durch die Genossenschaft preisgünstiger erfolgt als in den benachbarten, von öffentlichen Unternehmen belieferten Gemeinden (Wasserversorgungsgenossenschaft Schmitzhöhe 2005).

Die angeführten Fallbeispiele belegen die Relevanz des Konzepts vom Dritten Sektor als intermediären Bereich zwischen Markt und Staat. Die Festlegung auf eine Nullgewinnbeschränkung scheint die Position der Stakeholder, also hauptsächlich der Endverbraucher, zu stärken. Interessanterweise erwies sich die Beschränkung auf Fremd- statt Eigenkapital nicht als Nachteil.

IV.2. Zur praktischen Regelung der Daseinsvorsorge nach den Kriterien der EU

Wie oben in Teil 3 dargelegt hat die Europäische Kommission eine Reihe von Kriterien zur Bestimmung des geeigneten ordnungspolitischen Rahmens für Unternehmen der Daseinsvorsorge entwickelt (siehe Feld 2 und 4 in Abbildung 2). In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, wie sich durch systematisches Abfragen der von der Kommission entwickelten Kriterien im Prinzip für jedes Unternehmen der Daseinsvorsorge der jeweils passende Ordnungsrahmen finden lässt. Wie im Konkreten vorzugehen ist, sei anhand der folgenden Kriterien dargestellt.

1. *Gestaltungsfreiheit*: Die Kommission anerkennt, dass eine Diskrepanz bestehen könne zwischen dem Angebot, das aus dem wettbewerblichen Markt erwartet werden kann und dem, was der Mitgliedstaat aus der Sicht der Daseinsvorsorge als erforderlich hält. Gestaltungsfreiheit bedeutet, dass die Mitgliedstaaten in

17 Diese Organisationsform ähnelt in starker Weise der eines Clubs, wie sie Buchanan definiert hat. Vgl. dazu Buchanan (1965).

18 Ähnliche Konstruktionen finden sich z.B. im schleswig-holsteinischen Groß-Niendorf sowie bei der Energie- und Wasserversorgungsgenossenschaft Vagen in Bayern und zahlreichen Ortschaften in der Schweiz.

eigener Abwägung entscheiden können, wie weit das Angebot über das Marktangebot hinaus ausgedehnt werden soll. Ein Marktversagenstest wird nicht gefordert. Nur offenkundige Widersprüche zu den Intentionen des Gemeinschaftsrechts (d.h. Fehler) sollen seitens der EU unterbunden werden (vgl. oben 3.3).

2. Nur *wirtschaftliche Tätigkeiten* sollen einer näheren Kontrolle der Kommission unterliegen. Frei sollten die Mitgliedstaaten und ihre Gebietskörperschaften hinsichtlich „nicht wirtschaftlicher“ Aktivitäten, etwa der Organisation ihres Regierungsapparats sein oder dort wo der innergemeinschaftliche Handel nicht berührt wird.
3. Neutralität bestehe nach Art. 295 EGV bezüglich öffentlichen und privaten Unternehmen. Beide könnten der Daseinsvorsorge dienen, müssten sich aber den gleichen Wettbewerbsregeln unterwerfen.
4. Neben diesen drei Freiheiten nennt die Kommission eine zentrale Auflage: das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit*: Wenn etwa nach dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit (1.) von der Marktlösung abgewichen wird, so müsse das nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Die ergriffenen interventionistischen Maßnahmen dürften nicht über das zur Erfüllung des Auftrags notwendige Maß eingegriffen werden.

Die vier Regeln sollen in der Praxis so miteinander verbunden werden, dass für ein konkretes Marktversagen – maßgeschneidert – der jeweils minimale staatliche Eingriff erfolgt. Man kann sagen: Die Regeln der Kommission haben das Ziel, die Lösung mit der geringsten Abweichung von der reinen Marktlösung aufzudecken.

Im folgenden soll an fünf Modellen gezeigt werden, wie ein geringfügiges Marktversagen nur beschränktes Eingreifen des Staates erfordert, wie aber dann intensivere Marktversagen immer weitergehende staatliche Eingriffe erfordern. Wie beim Subsidiaritätsprinzip soll auch beim hier anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsprinzip (4.) in jedem zu beurteilenden Fall „von unten nach oben“ abgefragt werden. Die stärkere Maßnahme ist erst in Erwägung zu ziehen, wenn zuvor der schwächere Eingriff sich als unzureichend erwiesen hat.

IV.2.a) Das Versorgermodell ohne Regulierung

Wo der Markt keine hinreichende Daseinsvorsorge bietet, lässt sich als besonders marktnahe Alternative das so genannte Versorgermodell prüfen. Bei diesem Verfahren wird die zu erbringende Aufgabe in einem Bieterverfahren einem einzigen Versorger übertragen. Dies liegt nahe, wenn wegen zunehmender Skalenerträge nur ein einziger Produzent in Frage kommt. In einem Stadtteil seien die Verhältnisse so, dass die Müllabfuhr¹⁹ zunehmende Skalenerträge (fallende Stückkosten) in der Dichte, so genannte Subadditivität aufweist, so dass der Wettbewerb kein befriedigendes Ergebnis hervorbringt. Die Möglichkeit, dass jeder sich seine eigene Müllab-

19 Betrachtet wird nur die reine Abfuhr ohne Mülldeponie.

fuhr beschafft, sei unter den hier gegebenen Verhältnissen nicht sinnvoll zu organisieren. Die Frage lautet: Wenn Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern und Nachfragern (Wettbewerb *im* Markt) nicht möglich ist, was ist dann die dem reinen Markt am nächsten liegende Alternative? Was ist der marktnächste staatliche Eingriff? Dies könnte der Wettbewerb *um* den Markt sein. Die Leistung wird ausgeschrieben und an den kostengünstigsten Bieter vergeben. Der Anbieter ist Monopolist auf Zeit, aber er hat sein Monopol erhalten, weil er die günstigsten Bedingungen nannte, und nur für diese Zeit besitzt er das Monopol. Dieser Wettbewerb ist transparent, neutral und nichtdiskriminierend zwischen öffentlichen und privaten sowie heimischen und mitgliedstaatlichen Unternehmen organisiert – alles Kriterien der Verhältnismäßigkeit. Auch die Gefahr von Beihilfeverstößen wird minimiert, weil unter Berücksichtigung der genannten Altmarkt Trans-Kriterien im Vergabewettbewerb derjenige Anbieter obsiegt, der die Leistung der Daseinsvorsorge zu den geringsten Nettomehrkosten zu erbringen in der Lage ist. Die Qualität der Leistung wird an den Klagen der Haushalte gemessen; sie bildet Teil des Vertrags und wird entsprechend abgegolten (als praktische, sehr anschauliche Studie zum Beispiel der Müllabfuhr vgl. Pommerehne 1976, S. 272ff.).

Nach Ablauf der Vertragsdauer wird die Leistung erneut ausgeschrieben und an jenes Unternehmen vergeben, das die Müllabfuhr dann mit seinen Produktionsfaktoren am preisgünstigsten zu erbringen verspricht. Auch diese Maßnahmen sind im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Unverhältnismäßig dürfte demgegenüber der Versuch sein, ausschließlich einen staatlichen Regiebetrieb mit der Aufgabe der Müllabfuhr zu betrauen.

Auch für NPOs gibt es wenige Einsatzmöglichkeiten, da die Qualität der Leistung (im Fall der Müllabfuhr etwa regelmäßige, vollständige und saubere Abfuhr, Berücksichtigung der Mülltrennung) für den Endverbraucher gut zu beurteilen ist. Zudem ist nicht vorauszusetzen, dass bei den Verbrauchern besonders große Unterschiede im Leistungsbedarf bestehen.

Ein Ausschreibungswettbewerb ist in diesem Fall möglich, weil die Leistung der Müllabfuhr mit mobilem Kapital erbracht wird, das sich nach Ende des Vertrags in einem anderen Bieterverfahren einsetzen oder notfalls auf dem Gebrauchtanlagenmarkt verkaufen lässt. Der Anbieter bleibt also nach Vertragsende nicht auf seinen Produktionsmitteln sitzen. Im Weiteren lässt sich die Qualität relativ leicht messen und in den Vertrag einbauen. Schließlich spielen verteilungspolitische Rücksichten keine große Rolle. Müllabfuhr lässt sich in der Regel auch bei Kostendeckung zu „erschwinglichen Preisen“ erbringen.

IV.2.b) Das Universaldienstmodell

Eine etwas stärkere Abweichung vom reinen Marktmodell ist erforderlich, wenn nicht nur ein natürliches Monopol vorliegt, sondern von der Daseinsvorsorge auch verlangt wird, dass eine flächendeckende Versorgung zu „erschwinglichen Preisen“

erbracht wird. Im Vordergrund stehen also verteilungspolitische Ziele. Wiederum wird eine Ausschreibung veranstaltet. Kommen die politisch gesetzten „erschwinglichen“ Preise unter die Kosten zu liegen, so wird der Zuschlag an jenes Unternehmen erteilt, das die Leistung zur geringsten Subvention zu erbringen bereit ist. Dieses Modell wurde in Verbindung mit einem Universaldienstfonds erstmals von Blankart und Knieps (1987, S. 149ff.) vorgeschlagen, geht aber auch aus den Arbeiten der Europäischen Kommission in den neunziger Jahren für die Telekommunikation hervor und ist dann auch in das deutsche Telekommunikationsgesetz aufgenommen worden. Es stellt aber auch ein beliebtes Verfahren für die Bereitstellung von Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) dar. Beispielsweise lassen sich Busverbindungen in abgelegene Gebiete auf diese Weise aufrechterhalten.

Auch hinter dem Universaldienstmodell steht das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Es soll eine marktnahe Lösung gesucht werden. Der Universaldienst sollte nicht zum politischen Vehikel verwendet werden dürfen, um ein umfassendes Monopol z.B. des gesamten Telekommunikationssektors oder des gesamten öffentlichen Personennahverkehrs einer Region zu rechtfertigen. Er sollte auch nicht als Argument dienen, dem etablierten Anbieter ein Recht auf eine permanente Subvention zuzusprechen, weil dieser bei Wettbewerb die Kosten der flächendeckenden Versorgung aus eigener Kraft angeblich nicht mehr tragen könne. Der etablierte Anbieter muss sich zuerst äußern, dass er den Universaldienst aus eigener Kraft nicht mehr zu erbringen in der Lage ist. Dann wird eine Ausschreibung veranstaltet, und erst aus dieser ergibt sich, welcher Anbieter die geringste Subvention benötigt, um den Dienst bereitzustellen. Er kann nicht einfach behaupten, einen Betrag X zur Weiterführung des Betriebs zu benötigen. Eine solche Behauptung wird durch die Ausschreibung dem Mindestkostentest unterworfen.

IV.2.c) Das Betreibermodell

Bei manchen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge lässt sich eine Ausschreibung nach dem Muster des Versorgermodells nicht ohne weiteres durchführen, weil deren Produktion auf festen, nicht rückholbaren Anlagen beruht. Beispiele sind See- und Binnenhäfen, Kanäle, Schleusen, Trink- und Abwasserversorgungsnetze sowie viele kommunale Dienstleistungen wie Bibliotheken, Schwimmbäder und andere Sportanlagen. Typischerweise handelt es sich um natürliche Monopole mit zunehmenden Skalenerträgen (abnehmenden Durchschnittskosten). Darüber hinaus zeichnen sich die Anlagen durch vergleichsweise stationäre, langlebige Technologien aus. Im Falle einer Ausschreibung mit kurzfristigem Vertrag wird eine Unternehmung nicht bereit sein, die notwendigen Investitionen zu erbringen. Wird stattdessen ein langfristiger Vertrag gewählt, so wird es schwer sein, den Vertragsnehmer über die ganze Vertragsdauer wirksam zu kontrollieren.

In diesem Fall ist ein stärkeres staatliches Engagement unvermeidlich und daher auch verhältnismäßig. Die vergleichsweise stationäre Technologie bei den genannten Anlagen mag es erlauben, Erstellung und Betrieb voneinander zu trennen. Der Staat übernimmt Bau und Finanzierung der Anlage. Den Betrieb vergibt er durch eine Ausschreibung an den Anbieter, der den Nutzern die günstigsten Bedingungen bietet. Dabei gelten wiederum die Regeln der Transparenz und der Nichtdiskriminierung gegenüber öffentlichen und privaten sowie heimischen und mitgliedstaatlichen Anbietern.

Das Betreibermodell lässt sich auch mit Verträgen vom Typ des Universaldienstmodells kombinieren. Gesucht ist dann der Anbieter, der die Anlage bei gegebenen Nutzerpreisen zur geringstmöglichen Subvention betreibt. Im Falle einer öffentlich bereitgestellten, ohne direktes Entgelt nutzbaren Anlage, z.B. einem Park, kann der Nutzerpreis auch null sein. Dies zeigt, dass sich auch Fälle von öffentlichen Gütern im Rahmen der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags lösen lassen.

IV.2.d) Das Versorgermodell mit Regulierung

In manchen Fällen werden sich aber Investition und Betrieb nicht trennen lassen. Im Falle einer Maut-Autobahn bietet es sich zwar an, dass der Staat die Autobahn baut, den Betrieb des Mautsystems aber an eine private Unternehmung (wettbewerblich) vergibt. Somit wäre das Betreibermodell (Fall 3) anzuwenden, und so ist es in Deutschland mit den bestehenden Autobahnen ja auch gekommen. Im Falle einer neuen Autobahn könnte sich der Staat aber doch für das Versorgermodell entscheiden. Denn oft fehlt ihm schlicht das Geld für die Investition. Der Bau ist zu kostspielig. Es bleibt gar keine andere Wahl. Allerdings muss er sich dann vorbehalten, den Markt zu regulieren. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip fordert einen vergleichsweise stärkeren Staatseingriff.

Aber auch technische Gründe können für das Versorgermodell sprechen, nämlich dort, wo die Leistung einem raschen dynamischen Wandel unterliegt und daher eine gesamtheitliche unternehmerische Leistung erfordert. Ein Breitbandnetz kann schwerlich vom Staat aufgebaut und einem privaten Kontraktnehmer zum Betrieb überlassen werden. Die Dynamik des technischen Fortschritts erfordert vielmehr eine stete Abstimmung zwischen Investitions- Produkt- und Preispolitik, was am besten unter einem Dach erfolgt. Ähnliches gilt für Strom und Gas im Ortsnetz.

In solchen Fällen des Versorgermodells muss von einer entsprechend langen Vertragsdauer ausgegangen werden. Nur dann wird der Vertragsnehmer bereit sein, die notwendigen Investitionen vorzunehmen. Die so entstehenden versunkenen Kosten können beiden Kontrahenten Anreize geben, sich strategisch zu verhalten. Jede der beiden Seiten sucht den Vertrag zu ihren Gunsten auszulegen. Das Ergebnis ist unbefriedigend für beide Seiten. Um solchen Möglichkeiten von Anfang an einen Riegel vorzuschieben, bietet sich eine staatliche Regulierung des Vertrags an, d.h. ein hoheitliches Verfahren, nach dem Streitfälle verbindlich geschlichtet werden.

Die Präsenz versunkener Kosten in Verbindung mit Größenvorteilen erfordert also einen ziemlich intensiven Staatseingriff. Dennoch sollte das Verhältnismäßigkeitsziel nicht aufgegeben werden. Der Staat sollte die Regulierung möglichst eng definieren und sie zum anderen beständig revidieren. D.H. er beschränkt sie auf jenen Bereich, in dem zunehmende Skalenerträge und feste, nicht rückholbare Investitionen zusammen auftreten. Nur dort lässt sich von „essential facilities“ (monopolistischen Flaschenhälsen) sprechen, die dem Wettbewerb nicht zugänglich sind. Bis vor etwa zehn Jahren wurde es als notwendig und verhältnismäßig erachtet, das Telekommunikationsnetz als Ganzes – end-to-end – zu regulieren. Dann wurden immer mehr Teile von der Regulierung gelöst: erst die Endgeräte, dann die Standleitungen und die Dienste, dann die Fernleitungsnetze und nunmehr schon fast das ganze Ortsnetz. Es entsteht ein Regulierungsniveau, das vor dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Bestand haben kann.

IV.2.e) Das Qualitätssicherungsmodell

In den bisherigen Modellen wurden Abweichungen vom Wettbewerb des Binnenmarktes durch zunehmende Skalenerträge, irreversible Investitionen und verteilungspolitische Ziele gerechtfertigt. Jetzt soll die Qualitätssicherung als zusätzlicher Grund betrachtet werden. Es ist wiederum zu unterscheiden zwischen dem Wettbewerb im Markt und dem Wettbewerb um den Markt.

Im Wesentlichen gilt die Regel, dass der Markt die von den Kunden gewünschte Qualität selbst hervorbringt. Die Kunden meiden qualitativ unbefriedigende Produkte, indem sie diese entweder vor dem Kauf prüfen („Inspektionsgüter“) oder indem sie sie nach Erfahrungen aus dem erstmaligen Kauf nicht erneut erwerben („Erfahrungsgüter“). Die Kunden lernen, wie P. Nelson gezeigt hat, aus Inspektion und Erfahrung (Nelson 1970, S. 311ff.). Bis dahin scheint also keine besondere Regulierung erforderlich.

Die dritte Güterkategorie, die Vertrauensgüter, sind jedoch in ihrer Qualität so schwer zu beurteilen, dass sie den Kunden weder eine Prüfung der Güter vor dem Kauf noch Lernen aus Erfahrung erlauben, da sie, wie dies häufig bei z.B. Rechtsberatung, medizinischer Behandlung oder im Bildungssektor der Fall ist, die Qualität der Leistung auch ex post nicht beurteilen können.²⁰ In einem Markt für solche Vertrauensgüter enthalten die Preise keine Information über die Qualität des Gutes.

20 Beispielsweise bleibt es bei multiplen Krankheitsursachen einem Patienten oft verborgen, warum sie oder er geheilt wurde oder krank geblieben ist. Der Beitrag des Arztes, sein eigener Beitrag und der Beitrag äußerer Umstände lassen sich nicht separat messen. Vor ähnlichen Problemen sieht sich der Kunde eines Rechtsanwalts. Er vermag nicht immer zu durchschauen, was der Grund seines Erfolgs vor Gericht war: das Gesetz, der Richter, die Schwäche der Gegenpartei oder die Fähigkeit seines eigenen Anwalts. Schließlich ist bei Schulen nicht immer klar, worin der Erfolg liegt: in der Intelligenz der Schüler oder in der Fähigkeit der Lehrer. Der Kunde kann auch im Nachhinein nicht feststellen, worauf er sich eingelassen hat.

Verkauft werden anfänglich neben den Produkten guter Qualität auch diejenigen schlechter Qualität, die die Besitzer gerne loswerden möchten. Da sich die Produkte anhand ihrer äußeren Merkmale nicht in gute und schlechte Qualität differenzieren lassen, werden die qualitativ hochwertigeren und daher teureren Produkte nicht gekauft. Sie werden allmählich vom Markt zurückgezogen. Gehandelt werden schließlich nur noch minderwertige Produkte, die niemand will. Die Kunden kaufen, was preisgünstig ist, weil sie nicht davon ausgehen können, dass die teureren Produkte eine höhere Qualität aufweisen. Schlechte Qualität verdrängt die gute, bis der Markt gänzlich austrocknet, weil niemand mehr Vertrauen in die angebotenen Güter hat.²¹

Was ist aus der Sicht des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu tun? Zunächst einmal gilt es, die Selbstheilungskräfte des Marktes wirken zu lassen, die vertrauensbildende Institutionen wie Markennamen entstehen lassen und so zum Abbau des Informationsdefizits der Kunden beitragen. Helfen können aber auch NPOs des dritten Sektors, die unter dem Ausschüttungsverbot vermehrt Qualitätsziele verfolgen.

V. *Die politische Ökonomie des Dritten Sektors in der EU*

Entscheidend ist letztlich die Frage, in welchem Maße die vorgestellten Modelle des Dritten Sektors – nicht-profitorientierten Unternehmen und Daseinsvorsorge – politisch durchgesetzt werden können. Hierzu ist der Blick auf die EU zu richten, in deren Institutionen diese zur Wettbewerbspolitik gehörenden Fragen des Dritten Sektors entschieden werden.

Hinsichtlich der nicht-profitorientierten Unternehmen, ist eine polit-ökonomische Analyse freilich nur eingeschränkt zu leisten. Denn bislang haben sie bei der wirtschaftspolitischen Gestaltung auf europäischer Ebene nur sehr wenig Aufmerksamkeit erfahren. Anders sieht die Situation bei der Daseinsvorsorge aus. Dieser Bereich ist in den letzten Jahren in den Mittelpunkt der europäischen wirtschaftspolitischen Debatte gerückt. Eine Vielzahl politischer Akteure hat zum Thema Daseinsvorsorge Stellung bezogen (vgl. hierzu ausführlich Gehrman 2004). Vor diesem Hintergrund ist eine Analyse aus dieser Perspektive gewinnbringender und soll daher im Folgenden Abschnitt im Vordergrund stehen.

Zwei Ebenen sind zu prüfen: Vertrag und Gesetzgebung.

Eine Vertragsänderung wird gemäß Art. 48 EUV grundsätzlich einstimmig vom Rat beschlossen. Meist werden konstitutionelle Akte dieser Art im Rahmen einer Regierungskonferenz wie zuletzt in Nizza 2001 oder Dublin 2004 besiegelt, bevor sie von allen nationalen Parlamenten ratifiziert werden, damit sie in Kraft treten können. Bei Gesetzgebungsakten wird grundsätzlich ein europäisches Legislativverfahren durchlaufen. In der Regel gilt das so genannte Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV, das grob in fünf Schritte eingeteilt werden kann (Wessels 2003,

21 Dies ist die Perspektive, die der amerikanische Ökonom und Nobelpreisträger George Akerlof für den Gebrauchtwagenmarkt aufgezeigt hat (Akerlof 1976).

S. 800 ff.; George 1996, S. 29 f.): Zunächst schlägt die Kommission bei Inanspruchnahme ihres Initiativrechts eine erste Version des Rechtsaktes vor. Dieser Vorschlag wird im zweiten Schritt vom Europäischen Parlament (EP) und dem zuständigen Rat in maximal zwei Lesungen und wenn nötig im Vermittlungsausschuss beraten und weiterentwickelt. Anschließend wird der Akt vom Rat mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet und damit rechtskräftig. Im Fall einer Richtlinie liegt die Umsetzung in mitgliedstaatlicher Verantwortung, bei Verordnungen ist die Kommission in der Regel mit der Umsetzung beauftragt. Nach Erlass des Rechtsaktes ist es schließlich die Aufgabe des EuGH, die Rechtmäßigkeit zu prüfen und über die Auslegung im Fall von Unklarheiten oder Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden.

Im Folgenden sollen die für den Politikprozess wichtigsten Institutionen unter Berücksichtigung ihrer Interessenlagen hinsichtlich Leistungen der Daseinsvorsorge sowie hinsichtlich ihres politischen Gewichts vorgestellt und untersucht werden.

V.1. Die Europäische Kommission

Die Kommission wird als Hüterin der Verträge und Motor der Integration angesehen. Diese beiden Ziele verfolgt sie ihrem bürokratischen Interesse zufolge in zwei Schritten: durch ‚negative‘ und ‚positive Integration‘ (Tinbergen 1954). Zunächst wird im Rahmen der ‚negativen Integration‘ die Marktöffnung eines bisher national monopolisierten bzw. regulierten Sektors im Sinne einer Anwendbarkeit europäischer Wettbewerbsregeln angestrebt. Der Sektor gelangt in die Zuständigkeit der Union. Dies geht einher mit Rechtsakten zur sektoralen Deregulierung und Privatisierung staatlicher Monopole. Im zweiten Schritt wird der liberalisierte Markt im Rahmen der ‚positiven Integration‘ durch die Einführung gemeinschaftlicher Regulierungen mit dem Zweck der Rechtsangleichung bzw. Harmonisierung sowie der Einführung europäischer Regulierungsbehörden oder der Koordination nationaler Regulierungsbehörden re-reguliert.

Gut nachvollziehen lässt sich diese Vorgehensweise anhand der Sektoren Telekommunikation und Energie (vgl. Tabelle 3 unten). Bei der Telekommunikation ist der Zeitraum zwischen 1987 und 1999 als Phase negativer Integration zu bezeichnen. Seit 2000 befindet sich der Telekommunikationssektor in einer Phase positiver Integration, was sich z.B. in der Einführung einer Koordinationsfunktion mit Veto-recht der Kommission für nationale Regulierungsbehörden geäußert hat (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2000b). Im Energiesektor ist die 1988 begonnene Phase negativer Integration im Jahr 2001 ebenfalls in eine Phase positiver Integration übergegangen. So ist im Jahre 2003 eine Europäische Regulierungsinstitution für den Gas- und Energiemarkt (ERGEG) gegründet worden (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2001c). Die geschilderten Entwicklungen lassen sich

analog auf den Bereich des Dritten Sektors (mit NPOs und Daseinsvorsorge) anwenden. Dabei ist der Übergang von der negativen zur positiven Integration längst überschritten.²²

Die Kommission ist demnach primär daran interessiert, die Regulierungskompetenz für Leistungen des Dritten Sektors im Sinne der negativen Integration in ihren Kompetenzbereich zu verlagern und sodann mit dem Argument der Effizienzsteigerung und Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit die positive Integration einzuleiten.

Tabelle 3: Chronologie der Veröffentlichungen der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge einschließlich der nicht-profitorientierten Organisationen

	Daseinsvorsorge einschließlich nicht-profitorientierter Organisationen	Energie (Strom und Gas)	Telekommunikation
1980	Transparenzrichtlinie zur Gleichbehandlung von öffentlichen & privaten Unternehmen		
1985	- Erweiterung der Transparenzrichtlinie auf Energie, Post, Wasser, Verkehr, Telekommunikation - Weißbuch der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes		
1987			Grünbuch über die Liberalisierung des Telekommunikationsektors
1988		Weißbuch zur Herstellung des Binnenmarktes für Energie	Vorschlag für RL über Wettbewerb bei Endgeräten
1990		Transitrichtlinie	Vorschlag für RL über Wettbewerb auf Markt für Telekommunikationsdienste
1991	Mitteilung über die Anwendung der Transparenzbestimmungen auf öff. Unt. d. gewerbl. Sektors		Leitlinien über die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften
1992		Vorschläge zu RL über gemeinsame Vorschriften im Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt	
1993	Vorschlag zu RL zur finanziellen Informationsübermittlung von Unternehmen der Daseinsvorsorge		Mitteilung zur Liberalisierung der Sprachtelefondienste bis 1998
1994			Vorschlag zur Liberalisierung der Satellitenkommunikation
1995			Vorschlag zur Liberalisierung des Kabelfernsehens
1996	1. Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge	RL für Elektrizitätsbinnenmarkt	

²² So spricht die Kommission mittlerweile selbst vom beabsichtigten „Aufbau einer europäischen Regulierungskultur“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2001b, S. 2).

Fortsetzung Tabelle 3

	Daseinsvorsorge einschließlich nicht-profitorientierter Organisationen	Energie (Strom und Gas)	Telekommunikation
1997	Mitteilung zur Förderung der Rolle gemeinnütziger Vereine und Stiftungen in Europa		
1998		RL für Erdgasbinnenmarkt	
2000	- 2. Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge - Prinzip der getrennten Buchführung für Unt. D. Daseinsvorsorge		Vorschlag für neuen gemeinschaftlichen Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikation und europäischer Koordination nationaler Regulierungsbehörden
2001	Bericht an den Rat über Leistungen der Daseinsvorsorge	- Mitteilung zur Vollendung des Binnenmarktes zwecks Harmonisierung - Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung	
2002	- Mitteilung zur Zweckmäßigkeit einer Rahmenrichtlinie mit Verweis auf das Grünbuch - Bericht über staatliche Beihilfen		
2003	Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	Gründung der European Regulator's Group	
2004	- Erhöhung der ‚de minimis‘-Ausnahme - Weissbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse - Horizontale Evaluierung von Leistungen der Daseinsvorsorge		
		= Phase negativer Integration	
		= Phase positiver Integration	

Quelle: Eigene Darstellung

V.2. Der Rat der Europäischen Union

Die Interessenlage der im Rat vertretenen einzelnen Mitgliedstaaten, die sich sowohl im Legislativverfahren als auch in den Vertragsverhandlungen widerspiegelt, lässt sich mit der positiven Regulierungstheorie trefflich modellieren (Peltzman 1976). Diese geht davon aus, dass Regierungen ihr Angebot an Regulierung von der Nachfrage der Bürger abhängig machen, um im politischen Wettbewerb ihre Wählerstim-

men zu maximieren. Regulierung kann in diesem Sinne als Einschränkung des Wettbewerbsprinzips zur Erweiterung des politischen Umverteilungsspielraums verstanden werden. Bei Leistungen der Daseinsvorsorge optimiert der Politiker zwischen den Preisen und den Gewinnen bzw. der Umverteilungsmasse der Daseinsvorsorge: je höher die gewählte Regulierungsintensität, desto größer die Umverteilungsmasse der Politiker, desto höher aber auch die Anzahl der aufgrund überhöhter Preise unzufriedenen Wähler (und umgekehrt). Daraus ergibt sich für den Politiker ein Optimierungsproblem. Er wählt schließlich die Preis/Umverteilungsmasse-Kombination, mit der er die meisten Wählerstimmen erreichen kann. Stimmenmaximierung bei Leistungen der Daseinsvorsorge läuft im Endeffekt auf eine Quersubventionierung zwischen einzelnen Leistungen hinaus, die sich nach der jeweiligen politischen Vorteilhaftigkeit richtet. So erhalten politisch aktive Wählergruppen nachgefragte Leistungen zu Unterkostenpreisen, während passive Wählergruppen Überkosten- bzw. Monopolpreise zahlen. Auf diese Weise hat sich im politischen Prozess eine Art Interessenbiotop herausgebildet, das sich wesentlich auf den Schutz vor Wettbewerb der privilegierten Branchen und damit Wählergruppen gründet. Auf der supranationalen Ebene des Rates kommt zu diesem Modell des nationalen politischen Wettbewerbs erschwerend die Notwendigkeit einer Verhandlung und Kompromissfindung hinzu, die sich aus den unterschiedlichen Preis/Umverteilungsmasse-Kombinationen der zusammentreffenden nationalen Vertreter ergibt. Aufgrund der Notwendigkeit von Zugeständnissen im Verhandlungsprozess zieht dies für die einzelnen Regierungsvertreter in der Regel eine Abweichung von ihrer optimalen Position nach sich. Eine zusätzliche Bedrohung ergibt sich durch die im Binnenmarktprinzip begründete Marktöffnung bzw. Abschaffung von den Handel diskriminierenden mitgliedstaatlichen Bestimmungen. Da die jeweiligen nationalen Vertreter in den Verhandlungen an der Wahrung ihrer ‚Interessenbiotope‘ interessiert sind, werden sich dementsprechend kaum Ergebnisse einstellen, die diese in Gefahr bringen würden. Somit ist in den Verhandlungen zur Daseinsvorsorge von einem in gegenseitigem Einvernehmen ausgehandeltem Waffenstillstand hinsichtlich zu starker Wettbewerbsöffnung auszugehen.

Die theoretischen Ausführungen lassen sich durch empirische Beobachtungen bestätigen. So wird in der Schlussfolgerung des Europäischen Rates von Nizza zur Mitteilung der Kommission von 2000 vor allem auf die Beachtung des Art. 16 EGV hingewiesen, welcher auf die geteilte Verantwortung von europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene verweist (Europäischer Rat 2000, Punkt E und Anlage). Ähnlich lautet ein Vermerk des Rates ‚Binnenmarkt, Verbraucherfragen und Tourismus‘ von 2001, in dem die Kommission aufgefordert wird, einen Vorschlag für eine Verordnung auszuarbeiten, in dem Bereichsausnahmen vom Wettbewerbs- und Beihilfenrecht für bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge enthalten sind (Rat der Europäischen Union 2001, S. 2). Im Grunde spiegeln diese Forderungen die entstandene

Unsicherheit der Mitgliedstaaten in Bezug auf die von der Kommission initiierten Versuche einer Wettbewerbsöffnung bei Leistungen der Daseinsvorsorge wider, die sie im Endeffekt erhebliche politische Gestaltungsfreiheit kosten könnte.²³

V.3. Das Europäische Parlament

Die Interessenlage des Europäischen Parlaments lässt sich ähnlich wie beim Rat mit einem Rückgriff auf Peltzman's positive Regulierungstheorie modellieren. Im Fall des Europäischen Parlaments verhalten sich die zu wählenden Politiker analog zu ihren Kollegen auf nationaler Ebene. Auch sie werden danach streben, durch Optimierung der Preis/Umverteilungsmasse-Kombination ihre Wählerstimmen zu maximieren. Dementsprechend werden sie sich ebenfalls gegen eine zu starke Wettbewerbsöffnung aussprechen, da diese ihre Umverteilungsmasse reduzieren würde. Im Ergebnis dürften die Forderungen des Europäischen Parlaments daher denen des Rates ähneln.

Bereits in seiner Entschließung zur Mitteilung der Kommission von 1996 machte das Europäische Parlament seine reservierte Haltung deutlich. Es plädierte für eine Aufnahme der Daseinsvorsorge in den Wertekanon des EG-Vertrags (Europäisches Parlament 1998). Die Haltung des Europäischen Parlaments wurde in seiner Entschließung zum Grünbuch der Kommission noch deutlicher: neben der erneuten Forderung nach Bereichsausnahmen wurde eine Liberalisierung der Wasserversorgung kategorisch abgelehnt. Zudem wurde festgestellt, dass es „weder möglich noch sinnvoll“ (Europäisches Parlament 2003, S. 12) sei, gemeinsame Definitionen für Dienste von allgemeinem Interesse und daraus ableitbare Verpflichtungen festzulegen. Stattdessen solle die Erarbeitung gemeinsamer Grundsätze für Universalität, Zugangsmöglichkeit und Kontinuität der gemeinwohlorientierten Dienste in Angriff genommen werden. Das Europäische Parlament steht demnach, in gewisser Analogie zum Rat, einer Wettbewerbsöffnung bzw. Deregulierung skeptisch gegenüber.

V.4. Der Europäische Gerichtshof

Der EuGH hat sich bei Leistungen der Daseinsvorsorge vorwiegend mit zwei Themen befasst: Zum einen traf er Entscheidungen hinsichtlich der Klassifikation von

23 Besonders interessant ist diese Entwicklung hinsichtlich der Positionierung der einzelnen Mitgliedstaaten. Während Frankreich vor allem die Beibehaltung seiner nationalen Tradition des ‚service public‘ im Auge hat, sind in Deutschland die Länder und dort insbesondere die Kommunen erbitterte Gegner einer Deregulierung und Privatisierung, da sie in Gestalt der zahlreichen öffentlichen und kommunalen Dienstleister die größten Verlierer einer Wettbewerbsöffnung wären. Daher fordert die Bundesregierung auf Druck der Länder eine Selbstverpflichtungserklärung der Kommission, die Bereichsausnahmen zur Folge haben soll (Dohms 2001, S. 68).

Diensten als wirtschaftliche Tätigkeiten, da nur diese von den Wettbewerbsregeln erfasst werden. Zum anderen beschäftigte er sich mit der Finanzierung solcher Leistungen im Verhältnis zu den Artikeln 86 II EGV sowie 87 I EGV. Zunächst grenzte der EuGH zahlreiche Leistungen der Daseinsvorsorge wie nationale Bildungssysteme oder öffentlich-rechtliche Sozialversicherungssysteme aus dem Einflussbereich der Wettbewerbsregeln aus, indem er diesen entweder die Unternehmenseigenschaften absprach oder eine nicht-wirtschaftliche Natur der Tätigkeit feststellte (Dohms 2001, S. 44 ff.).

Zudem objektivierte er durch die Vorschaltung der vier Altmark Trans-Kriterien die mitgliedstaatliche Beihilfenbeurteilung und erreichte damit eine Erschwerung der Gewährung von Ausgleichszahlungen für die Mitgliedstaaten. Letztlich reihen sich die Urteile des EuGH im Bereich der Daseinsvorsorge in die bisherige Rechtsprechung im Verhältnis zum Wettbewerbsprinzip ein. Er räumt diesem keinen Vorrang ein, sondern zeigt ein vielmehr funktionalistisches Wettbewerbsverständnis, das vor dem Hintergrund der mehrdimensionalen Zielsetzung des EGV gesehen wird.

Tabelle 4: Wichtige Urteile des EuGH zu Leistungen der Daseinsvorsorge

Jahr	Urteil	Inhalt
1988	Humbel	Nationale Bildungssysteme sind nichtwirtschaftlicher Natur
1993	Corbeau	- Unternehmen können besondere Rechte zugesprochen werden, um ‚rosinenpickende‘ Wettbewerber am Markteintritt zu hindern - Rechte dürfen nicht auf nicht-gemeinwohlorientierte Dienste übertragen werden
1994	Almelo	Nationaler Entscheidungsspielraum bei Auflage von Universaldienstverpflichtungen hinsichtlich damit verbundener Wettbewerbsbeschränkungen
1994	Poucet und Pistre	Einrichtungen des öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungssystems sind keine Unternehmen
1995	FFSA	Rechtfertigung staatlicher Beihilfen bei enger Auslegung des Art. 86 II EGV möglich → ‚Rechtfertigungslösung‘ alle Mehrkosten vorbehaltlich sektorspezifischer Regelungen sind kompensationsfähig, auch wenn diese über den (fiktiven) Minimalkosten liegen
2000	UFEX	Kostenvorteile, die ein unter normalen Marktbedingungen agierendes Unternehmen nicht hätte, darf das Unternehmen der Daseinsvorsorge nicht durchreichen
2001	Ferring	- Finanzielle Kompensationen für gemeinwohlorientierte Dienste sind rechtlich zulässige Ausgleichszahlungen, keine Beihilfen - aber: ist Kompensation höher als Nettomehrkosten des Gemeinwohlauftrags gilt Zahlung als Beihilfe, Rechtfertigung unter Berufung auf Art. 86 II EGV ist ausgeschlossen → ‚Tabbestandslösung‘
2003	Altmark Trans	Einführung von vier Voraussetzungen zur Genehmigung von Ausgleichszahlungen: Betrachtung mit gemeinwirtschaftlicher Pflicht Vorherigkeit und Transparenz des Kalkulationsmaßstabs Ausgleich darf Nettomehrkosten der Leistungserstellung nicht übersteigen Marktnahe Ermittlung des Zuschusses (‚private investor test‘)
2004	AOK	Deutsche Krankenkassen sind keine Unternehmen

Quelle: Eigene Darstellung

VI. *Fazit und Ausblick*

Beispiele aus dem Gesundheitswesen, sozialen Diensten, Bildung, Kultur und Freizeit bis hin zur Infrastruktur wie etwa der Wasserversorgung zeigen, dass der Dritte Sektor durchaus funktionieren kann und dass er eine wichtige Lücke zwischen Markt und Staat füllt. Wesentliche Träger sind die nichtprofitorientierten Organisationen und Unternehmen. Die Theorie der Daseinsvorsorge zeigt im Weiteren, wie der Dritte Sektor in Anlehnung an den Markt organisiert werden kann. Es bedarf je nach Dienstleistung abgestufter, auf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beruhender Instrumente zwischen Wettbewerb, Monopol und Regulierung.

Die ordnungspolitischen Voraussetzungen zur Entwicklung des Dritten Sektors sind also durchaus vorhanden. Wenn der Dritte Sektor sich derzeit nur zurückhaltend entfaltet, so dürfte dies nicht zuletzt politisch-ökonomisch begründet sein. Die hierfür zuständigen Institutionen der Europäischen Union sind am Dritten Sektor wenig interessiert. Er passt schlecht in die Re-regulierungsstrebungen der Europäischen Kommission und eignet sich auch nicht für das Wählerstimmenkalkül der in Rat und Parlament vertretenen parteipolitischen nationalen Gruppen. Diese stehen unter dem Druck des Wettbewerbs um Wählerstimmen in ihrem Heimatland und sind daher stärker an einer an der Monopolmacht orientierten Regulierung interessiert als an einer maßgeschneiderten Gestaltung des Dritten Sektors zwischen Markt und Staat.

Die Machtverhältnisse im Inneren der Union haben sich allerdings verschoben. Während bislang die europäischen Eliten den Brüsseler politischen Prozess beherrschten und daher das Sagen hatten, scheint deren Allmacht nach den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden des Jahres 2005 etwas in Frage gestellt. Es bleibt zu hoffen, dass ordnungspolitische Innovationen wie der Dritte Sektor mit nichtprofitorientierten Organisationen und Unternehmen und einer wettbewerblichen Daseinsvorsorge dieses politische Vakuum nutzen können und stärkere Verbreitung finden.

VII. *Literatur*

- Akerlof, George (1970). The Market for ‚Lemons‘: Qualitative Uncertainty and Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84. S. 488–500.
- Bartosch, Andreas (2002). Der EuGH zieht der Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil des EuGH in der Rechtssache Ferring/ACOSS. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21. S. 174–177.
- Basedow, Jürgen (1997). Dienstleistungsmonopole und Netzzugang in der europäischen Wirtschaftsverfassung. *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 16. S. 121–138.
- Benicke, Christoph (1996). Die Bedeutung des EG-Rechts für gemeinnützige Einrichtungen. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 1996. S. 165–173.

- Bennett, John, Elisabetta Iossa und Gabriella Legrenzi (2003). The Role of Commercial Non-Profit Organizations in the Provision of Public Services. *Oxford Review of Economic Policy*, 19. S. 335–347.
- Betzelt, Sigrid (2001). Reformbedarf der rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen des Dritten Sektors. In: Eckart Priller und Annette Zimmermann (Hg.). *Der Dritte Sektor international – Mehr Markt, weniger Staat?* Berlin. S. 293–318.
- Birchall, Johnston. (2002). Mutual, Non-Profit or Public Interest Company? An Evaluation of the Options for the Ownership and Control of Water Utilities. *Annals of Public and Cooperative Economics*, 73. S. 181–213.
- Blankart, Charles B. und Günter Knieps (1987). Grenzen der Deregulierung im Telekommunikationsbereich – Die Frage des Netzwettbewerbs. In: Helmut St. Seidenfus (Hg.). *Deregulierung – eine Herausforderung an die Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Marktwirtschaft*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 184. Berlin, S. 149–172.
- Blankart, Charles B. (1980). *Ökonomie der öffentlichen Unternehmen*. München
- Blankart, Charles B. (2002). Modelle der Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52. S. 340–352.
- Blankart, Charles B. (2005). *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*. 6. Auflage. München.
- Boetticher, Arne von (2003). *Die freie gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht*, Baden-Baden.
- Buchanan, James M. (1965). An Economic Theory of Clubs. *Economica*, 32. S. 1–14.
- Comuelle, Richard C. (1965). *Reclaiming the American Dream – The Role of Private Individuals and Voluntary Associations*. Reprinted 1993. New Brunswick.
- Demsetz, Harold (1968). Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, 11. S. 55–75.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund (2005). *Neuer Spielraum für deutsche Kommunen – Städte- und Gemeindebund lobt Kommissionsvorschläge zur Daseinsvorsorge und zum öffentlichen Nahverkehr*, Pressemeldung vom 9. August 2005. www.dstgb.de
- Dohms, Rüdiger (2001). Die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvorsorge. In: Jürgen Schwarze (Hg.). *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*. Baden-Baden. S. 41–72.
- Europäischer Rat (2000). *Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Nizza), 7. 8. und 9. Dezember 2000*. http://ue.eu.int./ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00400.%20ann.d0.htm, Stand: 23.08.2004.
- Europäisches Parlament (1998). *Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*. ABl. C 14 vom 19.1.1998.
- Europäisches Parlament (2003). *Bericht über das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*. <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0484+0+DOC+PDF+V0//DE&L=DE&LEVEL=2&NAV=S&LSTDOC=Y>, Stand: 22.08.2004.
- Forsthoft, Ernst (1938). *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen, 2. Stuttgart/Berlin.
- Francois, Patrick (2003). Not-for-Profit Provision of Public Services. *Economic Journal*, 113. S. 53–61.
- Frey, Bruno S. Matthias Benz und Alois Stutzer (2004). Introducing Procedural Utility: Not Only What, but Also How Matters. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160. S. 377–401.

- Fritsch, Michael, Thomas Wein und Hans-Jürgen Ewers (2005). *Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. 6., verbesserte Auflage, München.
- Frontier Economics (Hg.). (2003). *Netzpreisaufsicht in der Praxis. Abschlussbericht*. Frontier Economics Limited/ Consentec GmbH, London.
- Gehrmann, Björn (2004). *Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – eine polit- und institutionenökonomische Perspektive*. Unveröffentlichtes Manuskript, Humboldt-Universität zu Berlin.
- Glaeser, Edward (2003). *The Governance of Not-for-Profit Organizations*. Chicago.
- Glaeser, Edward und Andrei Shleifer (2001). Not-for-Profit Entrepreneurs. *Journal of Public Economics*, 81. S. 99–115.
- Hansmann, Henry B. (1980). The Role of Non-Profit Enterprise. *Yale Law Journal*, 89. S. 835–901.
- Hansmann, Henry B. (1996). *The Ownership of Enterprise*. Cambridge/Mass.
- Hart, Oliver, Andrei Shleifer und Rob Vishny (1997). The Proper Scope of Government: Theory and Application to Prisons. *Quarterly Journal of Economics*, 112. S. 1126–1161.
- Hatje, Armin (2000). Art. 16 EGV. In: Jürgen Schwarze (Hg.). *EU-Kommentar*. Baden-Baden. S. 365–369.
- Hayek, Friedrich August von (1979). The Political Order of a Free People. *Law, Legislation and Liberty*, 3. London.
- Hochbaum, I. und R. Klotz (2003). Art. 86 EG – Öffentliche und monopolartige Unternehmen. In: Hans von der Groeben und Jürgen Schwarze (Hg.). *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2*. 6. Auflage. Baden-Baden.
- Igl, Gerhard (2003). Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht. In: Hein Kötz, Peter Rawert, Karsten Schmidt und W. Rainer Walz (Hg.). *Nonprofit Law Yearbook 2002*. Köln. S. 21–46.
- Immenga, Ulrich und Ernst J. Mestmäcker (1997). *EG-Wettbewerbsrecht – Kommentar*. München.
- Ipsen, Knut (2001). Gemeinschaftsrechtliche Tendenzen und Gemeinnützigkeit. In: Walter Drenseck (Hg.). *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse*. Köln. S. 557–577.
- Isensee, Josef (2003). Gemeinnützigkeit und Europäisches Gemeinschaftsrecht. In: Monika Jachmann (Hg.). *Gemeinnützigkeit, DStJG*, 26. S. 93-132.
- James, Estelle (1987). The Nonprofit Sector in Comparative Perspective. In: Walter W. Powell (Hg.). *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*. New Haven.
- James, Estelle und Susan Rose-Ackerman (1986). *The Nonprofit Enterprise in Market Economics*. Chur, London.
- Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project (2005). *Country Data Table Germany*. www.jhu.edu/~cnp/pdf/germany.pdf. Abruf: 10.04.2005.
- Kämmerer, Jörn A. (2004). Strategien zur Daseinsvorsorge – Dienste im allgemeinen Interesse nach der ‚Altmark‘-Entscheidung des EuGH. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23. S. 28–40.
- Kendall, Jeremy und Helmut K. Anheier (1999). The third sector and the European Union policy process: an initial evaluation. *Journal of European Public Policy*, 6. S. 283–307.
- Kerber, Wolfgang (2003). Wettbewerbspolitik. In: Dieter Bender et al. (Hg.). *Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Bd. 2*. München. S. 297–362.
- Kirchhof, Paul (2003). Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung. In: Monika Jachmann (Hg.). *Gemeinnützigkeit, DStJG*, 26. S. 1–10.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (1996). *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*. ABl. C 281, 26.9.1996. Brüssel. S. 3–12.

- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (1997). *Mitteilung zur Förderung der Rolle gemeinnütziger Stiftungen und Vereine*. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2000a). *Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge*. KOM (2000) 580 endg. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2000b). *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*. KOM (2000) 393 endg.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2001a). *Bericht für den Europäischen Rat in Laeken zu Leistungen der Daseinsvorsorge*. KOM (2001) 598 endg. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2001b). *Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*. KOM (2001) 380 endg. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2001c). *Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Vollendung des Energiebinnenmarktes*. KOM (2001) 125 endg. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2003). *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*. KOM (2003) 270 endg. Brüssel.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2004). *Weissbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*. KOM (2004) 374 endg. Brüssel.
- Kühling, Jürgen und Lorenz Wachinger (2003). Das Altmark Trans-Urteil des EuGH – Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 22. S. 1202–1205.
- Levine, Marshall und Thomas Seewald (2000). Privat finanzierte Daseinsvorsorge in Großbritannien: PFI - The Private Finance Initiative. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Jg. 2000. S. 274–279.
- Luthe, Ernst-Wilhelm (2000). Privilegien der freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht. *Die Sozialgerichtsbarkeit*, Jg. 2000. S. 505–510.
- Nelson, Phillip (1970). Information and Consumer Behavior. *Journal of Political Economy*, 78. S. 311–329
- Niskanen, William A. (1971). *Bureaucracy and Representative Government*. New York.
- OFWAT (2000). *The Proposed acquisition of Dwr Cymru Cyfyngedig by Glas Cymru Cyfyngedig: a consultation paper by Ofwat*, www.ofwat.gov.uk. Abrufdatum: 15.04.2005
- OFWAT (2001). *Water and sewerage service unit costs and relative efficiency: 1999-2000 report*. www.ofwat.gov.uk. Abrufdatum: 15.04.2005
- OFWAT (2004). *Water and sewerage service unit costs and relative efficiency: 2002-2003 report*. www.ofwat.gov.uk. Abrufdatum: 15.04.2005.
- Peltzman, Sam. (1976). Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19. S. 211–240.
- Pernice, Ingolf und Stephan Wernicke (2003). Art. 16 EGV. In: Eberhard Grabitz und Meinhard Hilf (Hg.). *Das Recht der Europäischen Union*, München.
- Pommerehne, Werner W. (1976). Private versus öffentliche Müllabfuhr: Ein theoretischer und empirischer Vergleich. *Finanzarchiv*, 35. S. 272–294.
- Putnam, Robert D. (1993). *Making Democracy Work – Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton.

- Rat der Europäischen Union (2001). *Vermerk des Rates 'Binnenmarkt, Verbraucher und Tourismus' zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Laeken zu den Leistungen der Daseinsvorsorge*. Dokument 14866/01.
- Rose-Ackerman, Susan (1996). Altruism, nonprofits and economic theory. *Journal of Economic Literature*, 34. S. 701–728.
- Richter, Rudolf und Eirik G. Furubotn (2003). *Neue Institutionenökonomik*. 3. Auflage. Tübingen.
- Salamon, Lester M. (1994): The Rise of the Nonprofit-Sector. *Foreign Affairs*, 74. S. 109–122.
- Salamon, Lester M. und Helmut K. Anheier (1996). *The Emerging Nonprofit Sector*. Manchester.
- Scheele, Ulrich (2000). *Auf dem Wege zu neuen Ufern? - Wasserversorgung im Wettbewerb*. Universität Oldenburg, Wirtschaftswissenschaftliche Diskussionsbeiträge, Nr. V.- 214–2000.
- Seidel, Martin. (1998). Die Europäische Union und Wettbewerb. In: Norbert Horn, Jürgen .F. Baur und Klaus Stern (Hg.). *40 Jahre römische Verträge – von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Europäischen Union, RIZ-Schriften*, 9. Berlin. S. 287–306.
- Shleifer, Andrei. (1985). A Theory of Yardstick Competition, *Rand Journal of Economics*, 16, no 3. S. 319–327.
- Tinbergen, Jan (1954). *International Economic Integration*. Amsterdam.
- Wasserversorgungsgenossenschaft Schmitzhöhe (2005). *Homepage*. www.wasser-schmitzhoehe.de.
Abrufdatum: 01.04.2005.
- WaterVoice (2004). *WaterVoice Annual Report 2003-04*. www.ofwat.gov.uk.
- Weisbrod, Burton A. (1988). *The Nonprofit Economy*. Cambridge/Mass.
- Wessels, Wolfgang (2003). Das politische System der Europäischen Union. In: Wolfgang Ismayr (Hg.). *Die politischen Systeme Westeuropas*. 3. Auflage. Opladen. S. 779–818.
- Wissenschaftliches Institut der AOK (1998). *Der Pflegemarkt in Deutschland*. http://wido.de/pf_pflegetmarkt.html.
Abrufdatum: 20.04.2005.

Der Dritte Sektor in der Europäischen Union: Die Daseinsvorsorge aus juristischer Sicht*

Rolf Stober und Sven Eisenmenger

I. Die Daseinsvorsorge in der Drei-Sektoren-Konzeption

I.1. Zum Verhältnis der Begriffe „Daseinsvorsorge“ und „Dritter Sektor“

Wer sich mit dem Generalthema „Recht und Ökonomik des Dritten Sektors“ auseinandersetzt, muss versuchen, das Schlüsselwort „Dritter Sektor“ auf den Begriff zu bringen. Diese Einordnungs- und Abgrenzungsarbeit erwartet man insbesondere von Juristen, die für präzise Gegenstandsbeschreibungen und die Auflistung von Erscheinungsformen bekannt sind. Diese Herausforderung ist aber mangels gesetzlicher Konkretisierung und angesichts existierender Meinungsverworrenheit ein fast unlösbares Unterfangen. Das belegt auch das Erstreferat hinsichtlich des Verhältnisses der drei Sektoren zueinander und der Verortung der Daseinsvorsorge in diesem System. Unionsrechtlich wird die Grenzziehung zusätzlich dadurch kompliziert, dass es bislang an einem klaren europäischen Rechtsrahmen fehlt (s. aber Art. III-122 Entwurf EV). Die einschlägigen Normen sprechen vielmehr von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und damit von marktwirtschaftlichen Leistungen. Die Definitionsmacht über die Leistungen liegt außerdem bei den Mitgliedstaaten. Rechtswissenschaftlich gesehen besteht bereits kein Anlass, diese ohnehin schwer zu fassenden Rechtsbegriffe des Europarechts zusätzlich einer weiteren Begriffskategorisierung im Sinne des Drei-Sektoren-Modells zu unterwerfen. Hinzu kommt, dass die Bezeichnung Dritter Sektor jedenfalls in den Nachbarwissenschaften teilweise ausschließlich für Non Profit Organizations verwendet und mit Vokabeln wie Stiftungen und Clubs gekennzeichnet wird, die sich etwa mit Bildung und Gesundheit beschäftigen. Diese Eingrenzung ist problematisch, weil nur ein weites Begriffsverständnis der Ausdrücke „Dritter Sektor“ und „Daseinsvorsorge“ vermeiden, dass von vorneherein bestimmte Typen und Tätigkeitsfelder ausgeklammert werden und eine sachgerechte Ausdifferenzierung und Beurteilung verhindern. Unabhängig vom rechtswissenschaftlichen Nutzen des Drei-Sektoren-Modells wird

* Herrn Kollegen Hans Peter Bull in kollegialer Verbundenheit zum 70. Geburtstag gewidmet.

versucht, die Daseinsvorsorge in dieser Konzeption zu verorten und den Gegenstand des Themas herauszupräparieren (vgl. dazu auch die Abbildungen 1 und 2 im Anhang).¹

Der Staat erfüllt im Ersten Sektor originär hoheitliche Staatsaufgaben (Walz 2002, S. 270), d.h. die Untermenge aller öffentlichen Aufgaben, die grundsätzlich einer materiellen Privatisierung nicht zugänglich oder deren Entstaatlichung erst im Anfang begriffen sind (Hoheitliche Zwecke). Dazu zählt der Bereich des staatlichen Gewaltmonopols. Die Subjekte des Zweiten Sektors „Markt“ verfolgen die Absicht, Gewinne zu erzielen (Eigenwirtschaftliche Zwecke). Öffentliche Unternehmen sind aus diesem Sektor bereits auszuschließen, da die allein auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit des Staates unzulässig ist. Dies ergibt sich aus verfassungsrechtlichen Erwägungen (Ehlers 2002, S. 73; Eisenmenger 2004, S. 109f.) und zum Teil auch ausdrücklich aus einfachgesetzlichen Vorschriften wie z.B. Art. 87 Abs. 1 S. 2 bay. Gemeindeordnung (GO). Anderslautende Bestimmungen sind verfassungsrechtlich zweifelhaft (§ 97 Abs. 3 sächs. GO). Die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zum schwer greifbaren Dritten Sektor sind, dass die öffentlichen und privaten Subjekte ideelle Zwecke verfolgen und die Kapitalinvestoren von der Ausschüttung des Residualgewinns ausgeschlossen sind (Walz 2002, S. 270). In diesem Sektor stehen damit – negativ ausgegrenzt – weder hoheitliche Zwecke (Erster Sektor) noch eigenwirtschaftliche Zwecke (Zweiter Sektor) im Vordergrund.

Versucht man die Daseinsvorsorge als Summe der Dienstleistungen zur Grundversorgung der Bevölkerung in dieses Modell zu integrieren, bietet sich weniger eine Unterscheidung nach einzelnen Daseinsvorsorgesektoren sondern vielmehr eine Differenzierung nach der Absicht an, die die einzelnen Subjekte verfolgen, wenn sie Daseinsvorsorgeleistungen anbieten. Mit Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des Zweiten Sektors handeln regelmäßig private Unternehmen der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen dürfen nicht mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sein und nehmen grundsätzlich keine hoheitliche Aufgabe wahr. Diese Unternehmen kann man daher dem Dritten Sektor zurechnen. Soweit allerdings die Gemeinden von ihrem auf Einzelfälle beschränkten Recht des Anschluss- und Benutzungszwangs Gebrauch machen (Art. 24 Abs. 1 bay. GO), tangieren solche öffentlichen Unternehmen die Schnittstelle zwischen Erstem und Drittem Sektor.

Liegt darüber hinaus eine Zusammenarbeit zwischen Staat, Drittem Sektor und Privat als Public-Private-Partnership (PPP) zur Bereitstellung von Daseinsvorsorgeleistungen vor, berührt diese Kooperation gleichermaßen sämtliche Sektoren.

Dieser Funktionswandel des kooperativ angelegten modernen Staates muss nicht nur deshalb berücksichtigt werden, weil er in der Werteordnung der Europäischen Union unter den Stichworten begrenzte Ermächtigung und Subsidiarität seine Fortsetzung findet. Er ist auch deshalb für die Diskussion der Daseinsvorsorge relevant,

¹ Vgl. zur begrifflichen Problematik auch Fischer 2005, S. 9f. 17ff.; Walz 2002, S. 268ff.; Schaad 1995, S. 1ff.

weil PPPs jüngst Eingang in die Gesetzgebung gefunden haben (Gesetz über öffentliche private Partnerschaften, BGBl. I 2005, S. 2676ff. und dazu Uechtritz und Otting 2005, S. 1105ff.).

I.2. Die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge auf dem ökonomischen Prüfstand

Anknüpfend an die vorgenommene begriffliche Eingrenzung konzentrieren sich die weiteren Ausführungen auf die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge, und zwar dahingehend, ob das Daseinsvorsorgerecht unter ökonomischen Gesichtspunkten die Zulässigkeit und Grenzen der öffentlichen Unternehmen optimal definiert oder ob die Materie stärker für den Zweiten Sektor – namentlich die Privatwirtschaft – zu öffnen ist. Diese Kernfrage stellt sich vor allem für die Versorgung mit Energie und Wasser, die Entsorgung von Abfällen und Abwasser sowie für die Bereitstellung von Verkehrsleistungen (s. zur Daseinsvorsorge Hösch 2000c, S. 40; Ronellenfisch 2003, S. 53, 97ff.). Diese Tätigkeiten befinden sich in den Gemeindeordnungen (GO) unter den Abschnitten „Unternehmen und Beteiligungen“², „Gemeindliche Unternehmen“³, „Wirtschaftliche Betätigung“⁴ oder „Gemeindewirtschaft“⁵. Sie stehen zwischen Staats- und Privatverantwortung, öffentlichen und privaten Unternehmen, Monopolen und Wettbewerb, Erfüllungs- und Gewährleistungsverwaltung (Knauff 2004; Schuppert 2003, S. 230ff.; Voßkuhle 2003, S. 266ff.). Insbesondere die Aspekte Gewährleistungsverwaltung und –verantwortung sind weitgehend identisch mit der Theorie der Lehre von den öffentlichen Gütern. Denn hier handelt es sich um die Frage, ob die öffentliche Hand ein öffentliches Gut, das bereitgestellt werden soll, unter Einsatz eigener Mittel herstellen soll oder ob die öffentliche Hand nur dafür sorgt, dass es zur Verfügung steht. In der zweiten Variante erfolgt die Produktion durch private Dritte (Siekman 2004, S. 109).

Nichts anderes bezweckt die letztlich aus der Corporate Governance abgeleitete Good Governance Diskussion, die auf alle Ebenen der öffentlichen Hand anwendbar ist. Auch hier steht das Prinzip der Effizienz und des Gesamtnutzens durch die rationale gesellschaftliche Optimierung für die „urban governance“ im Vordergrund. Ein wichtiges Anwendungsfeld ist die umfassende Überprüfung aller konkreten Institutionen der Daseinsvorsorge aus dem Blickwinkel der Neuen Institutionenökonomie.

Musterbeispiel für die Notwendigkeit einer näheren Befassung mit diesen Unternehmenstätigkeiten ist das novellierte, wettbewerblich strukturierte Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vom 7.3.2005 (BGBl. I, S. 1970ff.), dessen Geltungsbereich

2 §§ 102ff. GO Baden-Württemberg, §§ 108ff. niedersächs. GO, §§ 95ff. sächs. GO.

3 Art. 86ff. bay. GO, §§ 71ff. thür. Kommunalordnung.

4 §§ 100ff. brandenburg. GO, §§ 121ff. hess. GO, §§ 68ff. GO Mecklenburg-Vorpommern, §§ 107ff. GO Nordrhein-Westfalen (NW), §§ 85ff. GO Rheinland-Pfalz, §§ 108ff. saarl. Kommunales Selbstverwaltungsgesetz, §§ 101ff. GO Schleswig Holstein.

5 §§ 109ff. GO Sachsen-Anhalt.

sich nach § 109 EnWG auch auf Unternehmen erstreckt, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Ausweislich der Zweckbestimmung des § 1 EnWG dient die Regulierung der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Elektrizität und Gasversorgung. Diese Ausrichtung scheint aber den Bundesländern zu missfallen. Bezeichnend ist, dass der Bundesrat seinen Beschluss zum Weißbuch der Kommission (Europäische Kommission 2004; Bundesratsdrucksache 9643/04) betont, Wasserversorgung und Abwasserversorgung sowie Abfalldienste dürften angesichts der unterschiedlichen regionalen Merkmale und örtlichen Zuständigkeiten nicht liberalisiert werden. Diese Aussage ist allenfalls eine Schutzbehauptung, aber keine ausschließlich sachliche Begründung für das Fortbestehen der öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge. Deshalb lehnt der Bundesrat vorsichtshalber eine Evaluierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter knapper Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip ab (Bundesratsdrucksache 466/04, S. 6). Daran zeigt sich, dass das Thema kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge gegenwärtig zu den spannensten auf dem Feld der europäischen, mitgliedstaatlichen und förderalen Unternehmenspolitik gehört. Immerhin hat sich auch der 64. Deutsche Juristentag 2002 mit dieser Problematik befasst (Kämmerer 2002, S. 1041ff.; Stober NJW 2002, S. 2357ff.).

Setzt man bezogen auf diesen Untersuchungsgegenstand – die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge – auf europäischer Ebene an, so schützt die Europäische Union einerseits die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 16 und 86 EG). Andererseits ist sie einer offenen Marktwirtschaft mit Wettbewerbscharakter verpflichtet (Art. 4 Abs. 1 EG). Innerhalb dieses Kräftefeldes hat sie unter Berücksichtigung des kompetenzrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EG) den Konflikt zwischen unionsrechtlichen Anforderungen und mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorgekonzepten zu bewältigen.

Betrachtet man die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge in Deutschland, dann zeigt eine Bestandsaufnahme, dass die geschilderte Kollisionslage auf der Bundesebene weitgehend gelöst ist. So wurden in jüngerer Zeit Post, Telekommunikation und Bahn marktmäßig aufgestellt und in Aktiengesellschaften überführt. Nach Untersuchungen der EU-Kommission hat sich diese Liberalisierung grundsätzlich bewährt (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2000, Ziff. 38). Insbesondere konnten die Verbraucherpreise gesenkt und die Produktqualität verbessert werden. Auch der Bundesrat konstatiert, dass der Binnenmarkt im Bereich der Telekommunikation zu einer Vergrößerung des Angebots, zu Effizienzsteigerungen und zu sinkenden Preisen geführt hat (Bundesratsdrucksache 466/04, S. 9 zum Weißbuch der EU). Auf diese Konsequenz weist auch *Blankart* hin, wonach die Trinkwasserversorgung durch eine Genossenschaft preisgünstiger sei als durch ein öffentliches Unternehmen. Vor diesem Hintergrund stellt sich angesichts der mitgliedstaatlichen Dreiebenenverwaltung die Frage nach den übrigen Ebenen und Sektoren. Die Bundesländerebene kann ebenso wie die Landesebene vernachlässigt werden, da die Daseinsvorsorge regelmäßig eine kommunale Aufgabe ist.

Deshalb konzentrieren sich die Ausführungen zur Lage in Deutschland auf die (öffentlichen) kommunalen Unternehmen. Hier sind gegenwärtig zwei gegenläufige