

Die Zukunft kommunaler Leistungen

Den Gemeinden ist in Österreich die wirtschaftliche Betätigung einschließlich des Betriebes wirtschaftlicher Unternehmungen als Teil der Gemeindeselbstverwaltung verfassungsrechtlich gewährleistet¹. Überblickt man die Entwicklung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, so zeigt sich eine deutliche Schwerpunktsetzung in Aufgaben der Versorgungssicherung. Die reine erwerbswirtschaftliche Betätigung der Kommunen ist demgegenüber deutlich auf dem Rückzug. Die verfassungsrechtliche Garantie der Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper entspricht also der zentralen Funktion, die den Kommunen bei der Versorgung der Bevölkerung mit so genannten Daseinsvorsorgeleistungen zugekommen ist und immer noch zukommt. Die Frage nach der Zukunft der kommunalen Leistungen ist damit gleichzeitig auch in weitem Ausmaß eine Frage nach der Zukunft dieser Daseinsvorsorgeleistungen an sich.

Der Begriff der Daseinsvorsorge – er hat sich mittlerweile auch in der europäischen Diskussion etabliert² – umfasst in einer typologischen Betrachtung die Versorgung der Bevölkerung mit wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Infrastrukturleistungen³. Voraussetzung für die Qualifikation eines Sachgebiets als „Bereich der Daseinsvorsorge“ ist eine politische Entscheidung, staatliche Verantwortung für diesen Bereich zu übernehmen.

Zur Erbringung dieser Leistungen bedienen sich die Kommunen unterschiedlicher Instrumente:

¹ Art 118 Abs 2 iVm Art 116 Abs 2 B-VG.

² Vgl zuletzt insbesondere den Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (2001) 598 endg.

³ Siehe *Holoubek/Segalla*, Daseinsvorsorge in Österreich, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, 199 ff.

I. Kommunale Leistungen – Entwicklung und Instrumente

1. Kommunale Eigenleistung

Historisch betrachtet wurde lange Zeit die Erbringung kommunaler Leistungen mit dem Instrument der Eigenleistung durch Regiebetriebe identifiziert. Die „Stadtwerke“ als organisatorischer Teil der Gemeindeverwaltung bildeten das wirtschaftliche Fundament der Gemeindeautonomie⁴.

2. Kommunale Unternehmen

In der Folge wurde auch die Kommunalwirtschaft von mehreren Ausgliederungswellen erfasst, wobei die Entwicklung entweder direkt in selbständige, dann zumeist privatrechtlich organisierte Unternehmen führte, oder einen Zwischenschritt in der Form so genannter Eigenbetriebe einlegte. Das ausgegliederte kommunale Unternehmen ist auch heute noch wesentliches Instrument kommunaler Leistungserbringung. Kennzeichnend für die jüngere Entwicklung ist dabei, dass sich die Tätigkeitsfelder dieser ausgegliederten kommunalen Unternehmen über die Versorgungswirtschaft im engeren Sinn auch in Bereiche kultureller oder sozialer Infrastrukturen entwickelt haben.

3. Kommunale Leistungsbestellung

Auch wenn die Gemeinden natürlich schon immer bestimmte Leistungen auch durch Beauftragung Privater sichergestellt haben, hat dieses Instrument der Leistungsbestellung in den letzten Jahren entscheidenden Auftrieb bekommen und in einigen Bereichen das kommunale Unternehmen als Mittel zur Erbringung kommunaler Leistungen abgelöst.

a) Auftragsvergabe

Der öffentliche Auftrag ist ein zu vielfältigen Zwecken einsetzbares Instrument: Eine seiner Kernfunktionen war lange Zeit die eines Mittels für wirtschafts- und sozialpolitische Interventionen. Das europäische Vergaberecht und in der Folge seine innerstaatliche Umsetzung haben den öffentlichen Auftrag in seiner Kernfunktion auf ein Beschaffungsinstrument redu-

⁴ Siehe *Wimmer/Kahl*, Die öffentlichen Unternehmen im freien Markt, 2002, 50.

ziert. Die Ausdehnung des Vergaberechts in weite Bereiche der staatlichen Nachfrage von Dienstleistungen hat es allerdings mit sich gebracht, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge auch zu einem zentralen Instrument der Sicherung kommunaler Versorgungsleistungen geworden ist. Die kommunale Abfallwirtschaft ist ein prominentes von mehreren Beispielen.

b) Konzessionsmodelle

Im Zuge der Europäisierung des romanischen „service public“-Modells haben sich auch im österreichischen Recht in neuerer Zeit vertragliche Formen der Sicherstellung kommunaler Leistungen in der Konstruktion so genannter „Konzessionen“ etabliert. Wiederum dient das Vergaberecht als Vehikel der Transformation europäischer Konzeptionen in innerstaatliche Rechtsstrukturen: die Baukonzession als spezieller Anwendungsfall des Vergaberechts und die Dienstleistungskonzession als richterrechtlich definierter Ausnahmetatbestand. Die Vergabe derartiger Dienstleistungskonzessionen unterliegt dabei nach der Rechtsprechung des EuGH zwar nicht den speziellen Regelungen des Vergaberechts, aus primärrechtlichen Gründen aber dennoch einer Verpflichtung zur Transparenz: Der Auftraggeber muss zu Gunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden⁵. Entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer „Dienstleistungskonzession“ im Vergleich zu einem normalen Dienstleistungsauftrag ist der Umstand, dass bei der Dienstleistungskonzession die Gemeinde einem Dritten die vollständige oder teilweise Durchführung von Leistungen überträgt. Dieser Dritte finanziert sich dabei zumindest zu einem wesentlichen Teil aus der Nutzung dieses Rechts zur Leistungserbringung, indem er diese Leistungen der Allgemeinheit zur Verfügung stellt. Der Konzessionär übernimmt damit das Einnahmenrisiko.

c) Public Private Partnership

Insbesondere in Versorgungsbereichen, die – wie etwa der Krankenanstaltenbereich – hohe Infrastrukturaufwendungen erfordern, sind schließlich in jüngster Zeit rechtlich institutionalisierte Kooperationsformen zwischen Gemeinden und Privaten im Vordringen, die herkömmlich als Public Private Partnership bezeichnet werden. Der private Partner hat dabei entweder Finanzierungsfunktion oder er bringt das fachliche know how in die Kooperation ein. Diese

⁵ EuGH vom 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 60 ff.

Form der Erbringung kommunaler Leistungen steht rechtlich betrachtet an der Schnittstelle zwischen den Instrumenten des ausgegliederten kommunalen Unternehmens und der öffentlichen Auftragsvergabe. Konsequenterweise spielen gerade hier die Regelungen des Vergaberechts und des Wettbewerbsrechts stark zusammen.

II. Der europäische Rechtsrahmen - Veränderungsdruck und neue Spielregeln

Schon die vorstehenden Darlegungen haben angedeutet, dass der europäische Rechtsrahmen den Spielraum der Gemeinden, welches der geschilderten Instrumente zur Erbringung bzw. Sicherung kommunaler Leistungen die Gemeinde einsetzen will, deutlich verengt hat und in manchen Bereichen mittlerweile wesentlich determiniert.

Zumindest zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch das Staatsschuldenkriterium des EG-Vertrags (keine Gesamtverschuldung über 60 % des BIP) als treibendes Motiv für Ausgliederungen. Dieses Motiv liegt darin, dass das so genannte europäische System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 95) Spielräume eröffnet, organisationsprivatisierte Einheiten unter bestimmten Voraussetzungen von der Zurechnung zum Sektor Staat herauszunehmen. Die Finanzierungsnöte der Gemeinden haben darüber hinaus auch die Suche nach „innovativen Finanzierungskonzepten“ wie etwa US Cross Border Leasing-Konstruktionen begünstigt, deren öffentlich-rechtliche Einordnung in verwaltungsrechtliche Zusammenhänge, insbesondere wiederum das Vergaberecht, ebenso klärungsbedürftig erscheint wie die Einordnung in verfassungsrechtlich vorgezeichnete Verantwortungszusammenhänge.

Der entscheidende Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts geht aber sicherlich davon aus, dass das Gemeinschaftsrecht kommunale Leistungen über weite Strecken zumindest in gewissem Ausmaß Marktbedingungen unterworfen und damit sowohl die kommunale Erbringung wie die kommunale Sicherung derartiger Leistungen teilweise unter erheblichen Druck gebracht hat. Eine nicht zu übersehende Renaissance des „service public“-Gedankens, wie er in Art 16 EGV bzw. in Art 36 der Europäischen Grundrechtscharta besonders sichtbaren Niederschlag gefunden hat, ist in jüngster Zeit freilich Ausdruck einer gewissen Gegenbewegung.

1. Marktöffnung – Liberalisierung von Infrastrukturmärkten und Beseitigung von Ausschließlichkeitsrechten

Marktbedingungen hat das Gemeinschaftsrecht für die Erbringung kommunaler Leistungen in zweifacher Hinsicht gebracht. Einmal, indem es Märkte durch Liberalisierung überhaupt geöffnet und Ausschließlichkeitsrechte beseitigt hat:

Speerspitze dieser Entwicklung ist die Liberalisierung der Infrastrukturmärkte Telekommunikation, Elektrizität und Gas sowie Schienenverkehr. Diese Infrastrukturbereiche waren lange Zeit durch das Konzept staatlicher Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen mit Monopolstellung bzw weitgehenden Ausschließlichkeitsrechten geprägt. Insbesondere im Bereich der Energieversorgung haben hier kommunale Unternehmen eine wesentliche Rolle gespielt. Ermutigt und angetrieben durch den Erfolg des Konzepts im Telekommunikationssektor hat das Gemeinschaftsrecht mit der Liberalisierung des Elektrizitäts- und nunmehr auch des Gasbinnenmarkts die mitgliedstaatlichen Ordnungen völlig umstrukturiert. Liberalisierung bedeutet allerdings nicht zwangsläufig auch Privatisierung. Die ehemaligen kommunalen Monopolunternehmen können durchaus als öffentliche Unternehmen bestehen bleiben, müssen aber unter Wettbewerbsbedingungen agieren. Das verändert nicht nur die Rahmenbedingungen, sondern vor allem auch die Zielsetzungen ihres Handelns: Sie erfüllen nicht nur staatliche Leistungsverwaltungsaufgaben, sondern marktbestimmt unternehmerische Vorgaben.

Gleichzeitig und als Kehrseite der Medaille hat die Öffnung der Infrastrukturmärkte eine weitreichende Vermehrung und Verstärkung hoheitlicher Staatstätigkeit in der Form der Regulierung nach sich gezogen. Den Gemeinden sind damit aber politische Gestaltungsmöglichkeiten in diesen Bereichen weitgehend entzogen worden: Die Unternehmensgestion auch kommunaler Energieversorger muss wettbewerbsorientiert erfolgen, die hoheitlichen Regulierungsentscheidungen erfolgen auf Bundesebene.

Die Marktöffnung trifft freilich nicht nur die genannten Infrastrukturmärkte sondern eine Reihe von Bereichen, die herkömmlich stark durch das Konzept der Daseinsvorsorge durch kommunale Leistungsverwaltung gekennzeichnet waren oder immer noch sind: Abfallwirtschaft, Wasserversorgung, öffentlicher Personennahverkehr sind Beispiele, die mehr (Abfallwirtschaft und ÖPNV) oder weniger (Wasserversorgung) einer gemeinschaftsrechtlich vorge-

gebenen Marktöffnung ausgesetzt sind. Das muss nicht, wie auf den Infrastrukturmärkten, immer durch einen Wettbewerb im Markt erfolgen, sondern kann auch, wie insbesondere im Rahmen des öffentlichen Personennahverkehrs, durch einen Wettbewerb um den Markt bewirkt werden.

Gemeinschaftsrechtliches Vehikel dieser Entwicklungen ist insbesondere Art 86 EG-Vertrag: Je nach dem, ob Art 86 Abs 2 EGV, demzufolge die Mitgliedstaaten über besondere oder ausschließliche Rechte, die sie an Unternehmen zur Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse übertragen, Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip einräumen oder aufrechterhalten können, eng oder weit ausgelegt wird, entscheidet sich die Funktionsfähigkeit eigener kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen durch kommunale Unternehmen. Die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Bestimmung und zu Art 86 Abs 3 EGV als Kompetenzgrundlage für die Kommission, nicht erforderliche Ausschließlichkeitsrechte auch zu beseitigen, hat sich in den letzten Jahren als „Deregulierungshebel“ entwickelt⁶. Signifikant ist allerdings, dass die jüngere Rechtsprechung den mitgliedstaatlichen Spielraum doch wieder erhöht hat. Hier dürfte sich die in der Funktionsgewährleistung für diese Dienste in Art 16 EGV sowie im korrespondierenden grundrechtlichen Anspruch der Einzelnen auf diese Leistungen in Art 36 der Europäischen Grundrechtscharta festgeschriebene Bedeutungsrückgewinnung der Daseinsvorsorgeleistungen mittlerweile auch in der Rechtsprechung niederschlagen.

2. *Markttransparenz – faire und gleiche Wettbewerbsbedingungen durch das europäische Wettbewerbsrecht*

Zum Zweiten ist unter dem Stichwort der Schaffung von Wettbewerbsbedingungen für die Erbringung kommunaler Leistungen die Transparenz sichernde und Chancengleichheit im Wettbewerb wahrende Funktion des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts zu erwähnen. Ohne das näher auszuführen, ist hier wiederum das Vergaberecht ebenso zu erwähnen wie die Zielsetzung der Neufassung der Transparenzrichtlinie, Wettbewerbsverzerrungen durch Querverbundfinanzierungen hintan zu halten. Die kartellrechtliche Begrenzung langfristiger Vertragsbindungen gehört ebenso hier her wie das europäische Beihilfenrecht. Ich brauche

⁶ Näher *Holoubek*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen von Ausgliederungen und Privatisierungen, ÖGZ 12/2000, 22 ff.

insbesondere auf das Beihilfen- und das Vergaberecht hier nicht näher einzugehen, weil beide Bereiche Gegenstand eigener Referate sind.

Hinweisen möchte ich allerdings darauf, dass diese einzelnen Regelungsbereiche des Gemeinschaftsrechts nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern zusammenwirken. So zieht etwa die Übertragung von ausschließlichen oder besonderen Rechten an öffentliche Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, und damit die Inanspruchnahme der „Versorgungsschutzklausel“ des Art 86 Abs 2 EGV in aller Regel die Qualifikation dieses Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts nach sich, weil auf Grund dieser besonderen Rechte das Unternehmen dann Aufgaben „nicht gewerblicher Art“ erfüllt, auch wenn am Markt daneben private Unternehmen tätig werden. Auch schließt es in aller Regel die Annahme einer Beihilfe aus, wenn kommunale Leistungsbestellungen in einem Vergabegrundsätzen entsprechenden Wettbewerbsverfahren vergeben werden. Auf der anderen Seite können auch kommunale Unternehmen am Vergabewettbewerb und zwar auch dann teilnehmen, wenn sie zulässigerweise Beihilfenbezieher sind. Das Vergaberecht hat hier die beihilfenrechtliche Zulässigkeitsentscheidung zu akzeptieren⁷.

III. Die Zielsetzungen des europäischen Rechtsrahmens

Der gemeinschaftsrechtliche Druck zu kommunalen Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen ist freilich kein Selbstzweck. Die Schaffung von Marktbedingungen ist ein Instrument zur Erreichung bestimmter Zielsetzungen, dessen Tauglichkeit von der Begründung bestimmter wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Annahmen abhängt:

1. New Public Management in der Daseinsvorsorge – Effizienzsteigerung öffentlicher Haushalte durch Wettbewerb

Wie sich insbesondere an der Entwicklung des Vergaberechts von einem wirtschafts- und sozialpolitischen Gestaltungsinstrument hin zu einem an mikroökonomisch aufgefassten Effizienzkriterien orientierten Beschaffungsinstrument verdeutlichen lässt, dient die Einführung von Wettbewerb in die Erbringung kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen der Effizienzsteigerung des Einsatzes öffentlicher Mittel. Gleiches gilt für die Marktöffnung in den Infrastruk-

⁷ EuGH vom 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*.

turbereichen bzw im öffentlichen Personennahverkehr. Der auch für den Konsumenten spürbare ökonomische Erfolg des Modells „Leistungserbringung im Wettbewerb“ im Telekommunikationssektor ist in gewisser Hinsicht zu einem Paradigma geworden, das auf andere Infrastrukturleistungen übertragen wird. Dabei fehlt allerdings bislang der Beweis, dass die spezifischen Erfolgsfaktoren im Telekommunikationssektor, die wohl vor allem in den technischen Innovationen in diesem Bereich liegen, in anderen Bereichen entweder auch gegeben sind oder durch andere Erfolgsfaktoren ersetzt werden können.

Auch ist es wesentlich, dass die Wettbewerbsbedingungen tatsächlich gemeinschaftsweit für alle gleich sind. Insoweit wirken hier mitgliedstaatliche Spielräume wettbewerbsverzerrend. Wenn ein staatliches Energieversorgungsunternehmen auf seinem Heimatmarkt wegen seiner spezifischen Daseinsvorsorgefunktion weitgehend geschützt agieren kann, ist es nicht unproblematisch, wenn das selbe Unternehmen auf anderen räumlichen Märkten wettbewerbsorientiert ohne entsprechenden Auftrag tätig wird, weil die dortige Rechtsordnung den Markt vollständig geöffnet hat.

2. Die Sicherung der Daseinsvorsorgeleistungen – von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung

Zu betonen ist allerdings, dass das Gemeinschaftsrecht mit der Öffnung von Märkten oft einen deutlichen Druck auf den Wechsel staatlicher Leistungen mit sich bringt, nicht aber in jedem Fall auch einen Abbau staatlicher Aufgaben erzwingt: In den meisten Bereichen ändert auch das Gemeinschaftsrecht nichts daran, dass eine staatliche und in der Folge oft kommunale Verantwortung für bestimmte infrastrukturelle Basisleistungen im Interesse der Daseinsvorsorge bestehen bleibt. Geändert hat sich nur das Instrument der Verantwortungswahrnehmung: Aufgaben der Daseinsvorsorge sollen nicht durch kommunale Eigenleistungen erfüllt werden, sondern deren Erbringung durch den dem Wettbewerb geöffneten Markt soll durch kommunale Leistungsbestellungen in diesem Markt gewährleistet werden. Dieser oft apostrophierte Wechsel von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung bringt daher nicht notwendig einen grundsätzlichen Wechsel in der Vorstellung darüber mit sich, welche Aufgabe den Kommunen im Zusammenhang mit der Sicherung der Daseinsvorsorge zukommt.

Allerdings lässt sich festhalten, dass in einem wesentlichen Punkt das Konzept der Gewährleistungsverantwortung wenn auch nicht notwendig so doch zumeist das Risiko des Markt-

versagens vom Staat zu den einzelnen Leistungsnutzern verschiebt. Weil die staatliche Leistungssicherung nicht alle Störungen und Defizite ausschließen kann, akzeptiert das Modell der Gewährleistungsverantwortung letztlich das Marktrisiko, gewichtet es aber im Vergleich zu den erhofften ökonomischen Effizienzpotentialen als gering und daher hinnehmbar. Die Gemeinde kann zwar bei der Sicherstellung kommunaler Leistungen – etwa, indem die Abfallentsorgung an Private in einem Vergabeverfahren vergeben wird – durchaus auch Gemeinwohlziele über die Vertragsgestaltung verwirklichen, die ökonomischen Effizienzziele müssen aber zumindest gleichwertig vorhanden sein, damit das Modell Sinn macht⁸.

IV. Zukunftsperspektiven

Der, wie es Art 16 EGV formuliert, Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Europäischen Union einnehmen, sowie ihre Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts, sind Ausdruck einer Systemscheidung: Es ist letztlich das europäische System regulierter sozialer Marktwirtschaft, in dem der öffentlichen Wirtschaft sowohl in der Form öffentlicher Unternehmen wie in der Form öffentlicher Leistungsbestellungen eine wesentliche Rolle dabei zukommt, die – wiederum mit Art 16 EGV formuliert – Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so zu gestalten, dass sie ihre Aufgaben erfüllen können. Den Gemeinden und damit den kommunalen Leistungen kommt in diesem System eine zentrale Rolle zu.

Dieses System steht global betrachtet unter beachtlichem Wettbewerbsdruck. Wie bei jedem Systemwettbewerb hängt die Beurteilung des Wettbewerbserfolgs entscheidend davon ab, welche Kriterien unter mehreren möglichen als Erfolgskriterien festgelegt werden. Diese Festlegung ist eine letztlich gesellschaftspolitische Entscheidung. Die Bewertung in einem Vergleich der Systeme fällt wohl unterschiedlich aus, ob fiskalpolitische Effizienzoptimierung oder breites Leistungsangebot oder sozialer Frieden als Maßstab herangezogen werden. Und es ist nahezu auszuschließen, dass die Bewertung für alle Bereiche kommunaler Leistungen gleich ausfallen kann.

⁸ Siehe zu diesen Zusammenhängen näher *Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 513 (578 ff).

Die Zukunft der kommunalen Leistungen und damit die Zukunft des diese Leistungen bestimmenden Rechtsrahmens sollte sich verstärkt daran orientieren, welche Funktionsbedingungen in einzelnen Bereichen bestehen. Eine undifferenzierte Übernahme von Modellen aus einem Bereich, in dem sie sich durchaus bewährt haben mögen, in andere Bereiche, kann zu die jeweilige Leistung insgesamt bedrohenden Auswirkungen führen. Veränderungsprozesse bergen immer Chancen und Risiken. Insoweit gilt es, die positiven Auswirkungen, die die verstärkte Wettbewerbsorientierung im Bereich kommunaler Leistungen zweifelsohne mit sich gebracht hat, aufzunehmen und in manchen Bereichen wohl auch noch zu verstärken. Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass der Wettbewerb kein Selbstzweck ist. Wo er als Instrument auf Grund der spezifischen Funktionsbedingungen die definierten Gemeinwohlziele nicht zu gewährleisten vermag, müssen andere Instrumente der Leistungserbringung greifen. Die Kunst liegt dabei wohl darin, diese Modellentscheidungen zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung zu einem Zeitpunkt zu treffen, bevor funktionierende Strukturen beseitigt werden, die sich bei zu später Erkenntnis nur schwer wieder aufbauen lassen.