

**Gerald G. Sander / Georg Becker (Hrsg.)**

**Aktuelle Probleme der Daseinsvorsorge in der  
Europäischen Union**

Occasional Papers  
Nr. 33

Herausgeber: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung

Anschrift: Nauklerstraße 37 a  
D-72074 Tübingen  
Telefon: +49 (0)7071-29 77 368  
Fax: +49 (0)7071-92 28 76  
E-Mail: ezff@uni-tuebingen.de

Vorstand: Prof. Dr. Dr. h.c. Horst Förster  
Prof. Christopher Harvie, Ph.D.  
Prof. Dr. Rudolf Hrbek (Sprecher)  
Prof. Dr. Martin Nettesheim  
Prof. Dr. Barbara Remmert  
Prof. Dr. Josef Schmid  
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum  
Prof. Dr. Hans-Georg Wehling

In Zusammenarbeit mit: Prof. Dr. Franz Knipping (Wuppertal) und  
Prof. Dr. Roland Sturm (Erlangen-Nürnberg)

Koordination: Annegret Eppler, M.A., Ass. iur.

Alle Rechte vorbehalten.

Copyright: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung,  
August 2006

Erschienen im Selbstverlag

Druck: Schwäbische Druckerei, Stuttgart

ISBN-10: 3-9810143-2-4

ISBN-13: 978-3-9810143-2-7

Schutzgebühr: 7,- €

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Daseinsvorsorge und der europarechtliche Zusammenhang: Anforderungen an Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen <i>Stefan Bauer</i>	7
Energiewirtschaft im Umbruch <i>Knud Hädicke</i>	33
Die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs in der Europäischen Union <i>Georg Becker</i>	71
Liberalisierung und Privatisierung im Bereich der Trinkwasserversorgung <i>Gerald G. Sander</i>	93
Zur Privatisierung der Wasserversorgungen am Beispiel Baden-Württemberg <i>Karl-Ernst Kappel</i>	113
Privatisierung und Daseinsvorsorge – Das Beispiel des Bildungswesens <i>Johannes Rux</i>	139



## **Vorwort**

Die Europäische Union hat im Rahmen ihrer Liberalisierungs- und Privatisierungstätigkeiten zahlreiche Aufgaben der öffentlichen Hand für den zunehmenden – grenzüberschreitenden – Wettbewerb geöffnet. Dabei geht es vor allem darum, den gemeinsamen Markt voranzubringen, gerade in den Bereichen der klassischen staatlichen Dienstleistungen wie Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr. Aber auch Felder wie Bildung und Wasserversorgung sind von den Liberalisierungsvorhaben der Europäischen Kommission betroffen, sei es durch europaweite Ausschreibungen oder durch vollkommene Öffnung der Märkte. Die Entwicklung führt in vielen Fällen dazu, dass die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben mehr und mehr zur Disposition steht. Es stellt sich die Frage, welche Bereiche des „Service public“ zur ureigenen Daseinsvorsorge einer Volkswirtschaft gehören und entsprechend nur vom Staat sicher ausgeführt werden können.

Im Rahmen eines Workshops im Postgraduiertenstudiengang „Master of European Studies“ (MEUS) an der Universität Tübingen im Jahr 2005 sind die meisten der vorliegenden Beiträge vorgetragen worden. Dabei wurden zahlreiche unterschiedliche Aspekte beleuchtet; das Ergebnis der Arbeit der Referenten dieses Workshops liegt nun in gedruckter Form vor.

Wir möchten uns bei den Autoren für die Bereitstellung der Beiträge bedanken, ebenso danken wir für die Aufnahme dieser Schrift in die Reihe der Occasional Papers des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung (EZFF) an der Universität Tübingen.

Stuttgart/Brüssel, im Juli 2006

*Gerald G. Sander und Georg Becker*



## **Daseinsvorsorge und der europarechtliche Zusammenhang: Anforderungen an Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen**

*Stefan Bauer\**

### **1. Einführung**

Die europarechtliche Komponente der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge ist jüngst wieder in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt, als die Europäische Kommission ihr Maßnahmenpaket für mehr Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen verabschiedet hat<sup>1</sup>. Die Kommission hat dabei – deklariert als Teil des Aktionsplans „Staatliche Beihilfen“<sup>2</sup> – einen Gemeinschaftsrahmen zur Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen, eine Entscheidung über die Freistellung bestimmter, als weniger schädlich eingestufte Beihilfen von der Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG sowie eine Richtlinie zur Änderung der Transparenzrichtlinie<sup>3</sup> vorgelegt<sup>4</sup>. Damit reagiert sie auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Altmark Trans“<sup>5</sup>, das neue Maßstäbe hinsichtlich der Finanzierung von Dritten erbrachter Daseinsvorsorgeleistungen durch die Mitgliedstaaten gesetzt hat und damit als Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Beihilfenrechts bezeichnet werden kann.

#### **a) Hintergrund**

Sämtliche Diskussionen über die Behandlung der gemeinwirtschaftlicher Leistungen<sup>6</sup> auf europarechtlicher Ebene müssen vor dem Hintergrund unterschied-

---

\* LL.M. Eur.; Rechtsanwalt im Stuttgarter Büro der Kanzlei *CMS Hasche Sigle* und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen, Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Nettesheim.

1 Siehe dazu *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/05/937 vom 15.07.2005.

2 Hierzu *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/05/680 vom 07.06.2005.

3 Richtlinie 80/723/EWG.

4 [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.html).

5 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 - *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747; zum Hintergrund und den Einzelheiten des Verfahrens *Ronellenfitsch*, *VerwA* 2004, S. 425 ff.

6 Dieser Begriff wird im Folgenden statt dem im EG-Vertrag verwendeten Ausdruck „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (siehe Art. 16 und 86

licher Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten gesehen werden. Schon in der Gründungsphase der Gemeinschaft standen sich die Positionen der Mitgliedstaaten mit einem traditionell stark ausgeprägten, öffentlich organisierten System der Daseinsvorsorge und solcher mit einem weniger ausgebildeten und mehr auf Privatwirtschaft ausgerichteten System gegenüber<sup>7</sup>. Während die einen die Beschneidung ihrer wirtschafts- und sozialpolitischen Kompetenzen fürchteten, hatten die anderen Angst vor einer übermäßigen Einschränkung des Wettbewerbs durch weitgehende Sonderbehandlungen. Man einigte sich deswegen auf einen Kompromiss, der beide Seiten weitgehend zufrieden stellen sollte<sup>8</sup>. Danach wurde festgeschrieben, dass die bestehende Eigentumsordnung unangetastet bleibt (Art. 295 EG). Die Gemeinschaft verhält sich neutral hinsichtlich der Organisationsformen, deren sich die Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen. Allerdings werden öffentliche Unternehmen genauso behandelt wie privatrechtlich organisierte und unterfallen den Regeln des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts (Art. 86 Abs. 1 EG). Dies gilt auch für den Bereich der Daseinsvorsorge. Diesbezüglich besteht nur insoweit eine Ausnahme, als durch die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben unzumutbar beeinträchtigt würden (Art. 86 Abs. 2 EG).

Bis in die Achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts hatte dies allerdings keine Auswirkungen auf den Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen. Das liegt daran, dass die Wettbewerbs- und Beihilfenregeln nur anwendbar sind, soweit es um Tätigkeiten auf Wettbewerbsmärkten geht. Gemeinwohlaufgaben wurden in der Vergangenheit aber, wenn sie in private Hände gegeben wurden, ganz überwiegend von Monopolisten unter staatlicher Kontrolle erbracht<sup>9</sup>. Daraus erklärt sich auch die damalige Zurückhaltung der Kommission auf dem Ge-

---

Abs. 2 EG) und nationalen Begriffen wie Daseinsvorsorge oder *Service Public* verwendet.

- 7 Es handelt sich um einen Reibungspunkt der romanische mit der germanischen und angelsächsischen Rechtstradition. In den Verhandlungen prallten insbesondere die Interessen Frankreichs und der Niederlande aufeinander. Siehe hierzu *Ambrosius*, *Service Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik*, in: COX, *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 2000, S. 15 (17 ff., 26 ff.).
- 8 *Magiera*, *Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge?*, in: IPSEN/SCHMIDT-JORZIG, *FS Rauschnig*, 2001, S. 269 (271 f.).
- 9 *Gundel*, *Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht*, *RIW* 2002, S. 222 (222f.).



biet der gemeinwirtschaftlichen Leistungen<sup>10</sup>. Dies hat sich mit der schrittweisen Liberalisierung dieser Märkte seit Ende der Achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts grundlegend geändert. Die vorher abgeschotteten Sektoren rückten mit ihrer Öffnung in den Fokus des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts. Auch Bereiche wie Telekommunikation, Post, Verkehr oder Energie traten nun aus dem „toten Winkel“ der europäischen Wettbewerbspolitik<sup>11</sup>.

### **b) Allgemeine Regeln**

Bei der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben müssen sich die Mitgliedstaaten seitdem an den Rahmen halten, den das Europarecht vorgibt. Europarechtlich gilt allerdings der schon erwähnte und in Art. 295 EG verankerte Grundsatz der strikten Neutralität, so dass die Mitgliedstaaten keinem Privatisierungszwang unterliegen, sondern weiterhin frei sind, Gemeinwohlaufgaben durch öffentliche oder private Unternehmen erbringen zu lassen. Auch haben die Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Definition dessen, was sie unter Gemeinwohlaufgaben verstehen. Diesbezüglich beschränkt sich die Kommission auf eine reine Missbrauchskontrolle<sup>12</sup>.

Die Kommission ihrerseits hat das so genannte Universaldienstkonzept zum Leitbild erhoben, das durch die Grundprinzipien der Kontinuität, der Qualität der Dienste, ihrer Erschwinglichkeit sowie des Nutzer- und Verbraucherschutzes gekennzeichnet ist<sup>13</sup>. Diese kommen in den von ihr verfassten, sektorspezifischen Spezialregeln in unterschiedlicher Intensität zum Ausdruck. Die Kommission geht dabei im Grundsatz davon aus, dass die Ziele eines offenen und wettbewerbsfähigen Binnenmarktes und der Entwicklung hochwertiger und allge-

---

10 *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: HRBEK/NETTESHEIM, Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 39 (41); *ders.*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 253 (255 f.).

11 *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: HRBEK/NETTESHEIM, Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 39 (41).

12 *Europäische Kommission*, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG C 17 vom 19.01.2001, S. 4, Rdnr. 22.

13 *Europäische Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnrn. 55 ff., abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

mein zugänglicher Dienste von allgemeinem Interesse miteinander vereinbar sind<sup>14</sup>.

Freilich gelten für das Handeln der Kommission die in Art. 5 EG verankerten Prinzipien der Subsidiarität und der beschränkten Einzelermächtigung. Sie darf daher nur im Rahmen der ihr ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse tätig werden. Die von ihr getroffenen Maßnahmen müssen außerdem verhältnismäßig sein und dürfen insbesondere nicht über das zur Erreichung der Ziele des EG-Vertrages erforderliche Maß hinausgehen. Ist der Gemeinschaft eine Kompetenz nicht ausschließlich zugewiesen, darf sie schließlich nur dann und in dem Umfang Maßnahmen treffen, als diese auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, und daher im Hinblick auf ihren jeweiligen Umfang und ihre Wirkungen eine gemeinschaftsweite Regelung erforderlich erscheint. Die Ausgestaltung der Daseinsvorsorge ist danach primär Sache der Mitgliedstaaten<sup>15</sup>, was auch die Kommission anerkennt, wenngleich sie auch die gemeinsame Verantwortung betont<sup>16</sup>.

Andererseits dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen, die den Zielen des EG-Vertrages und ihren konkreten Ausprägungen widersprechen. Zu nennen sind vor allem das Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 1 lit. c EG) und das Gemeinschaftsziel des freien Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG). Der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten wird deswegen durch die im EG-Vertrag verankerten Grundfreiheiten (freier Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr) sowie die Wettbewerbsvorschriften (Art. 81 und 82 EG) und das Beihilfenverbot (Art. 87 Abs. 1 EG) beschränkt.

### **c) *Widerstreitende Interessen***

Das Spannungsverhältnis zwischen mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge und dem Gemeinschaftsrecht wird deutlich, wenn man die dahinterstehenden Interessen betrachtet, die teilweise gegenläufig sind, aber trotzdem so weit wie möglich miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Auf der einen Seite steht das Binnenmarktziel des EG-Vertrages, das auf die Schaffung eines gemeinsa-

---

14 *Europäische Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnrn. 50 ff. und Anhang I; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., Punkt 3.2; beide abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

15 *Magiera*, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge?, in: IPSEN/SCHMIDT-JORZIG, FS Rauschnig, 2001, S. 269 (274 f.).

16 *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., unter Punkt 2, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

men Marktes ohne Wettbewerbsbeschränkungen und –verfälschungen abzielt. Auf der anderen Seite steht ein öffentliches Interesse an der Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bevölkerung, das im Einzelfall staatliche Interventionen erfordern kann, um diese Grundversorgung mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Fall eines „Marktversagens“ zu gewährleisten. Hierbei handelt es sich um klassische Wirtschafts- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten, so dass die unterschiedlichen Traditionen eine Rolle spielen. Betrachtet man das Ganze aus dem Blickwinkel der jeweiligen Kompetenzen, so besteht zusätzlich ein Spannungsverhältnis zwischen der den Gemeinschaftsinteressen verpflichteten EU-Kommission einerseits und den Mitgliedstaaten, die vor allem ihre nationalen Interessen vor Augen haben, andererseits<sup>17</sup>. Um die Interessen in Einklang zu bringen, muss zwischen ihnen ein Gleichgewicht hergestellt werden. Extremlösungen in die eine oder andere Richtung verbieten sich. Ein Ausgleich lässt sich daher nur auf der Grundlage des dem EG-Vertrag immanenten Kooperationsverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten erreichen<sup>18</sup>, das beispielsweise im Grundsatz des *Effet utile* (Art. 10 EG) zum Ausdruck kommt. Vor diesem Hintergrund ist es auch zu sehen, wenn die Kommission die gemeinsame Verantwortung der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betont<sup>19</sup>.

## 2. Rechtlicher Rahmen

### a) Überblick

Die Frage der Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben spielt primärrechtlich im Spannungsfeld der Vorschriften der Art. 87 Abs. 1, 86 Abs. 2 und 16 des EG-Vertrages. Daneben bestehen auch auf sekundärrechtlicher Ebene eine Reihe von Verordnungen und Richtlinien, die Sondervorschriften für einzelne Sektoren mit differenzierten Regelungen enthalten. Das betrifft vor allem die großen, netzgebundenen Wirtschaftsbereiche wie etwa die Sektoren Telekommunikati-

---

17 Auf diesen Kompetenzstreit weisen *Jung*, in: CALLIES/RUFFERT, EUV/EGV, 1999, Art. 16, Rdnr. 3; *Koenig/Kühling*, in: STREINZ, EUV/EGV, 2003, Art. 16 EGV, Rdnr. 3 und *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste, DÖV 2002, S. 357 (360 ff., 364 ff.), hin.

18 Näher hierzu *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste, DÖV 2002, S. 357 (360 ff.).

19 *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., unter Punkt 2, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

on, Post, Landverkehr und Luftverkehr<sup>20</sup>. Nachdem die Kommission ihren sektorspezifischen Ansatz zunächst weiter verfolgen wird<sup>21</sup>, können außerdem weitere Bereiche hinzukommen<sup>22</sup>. All diesen Regelungen ist gemeinsam, dass sie zum einen Regeln für staatliche Ausgleichszahlungen, aber auch Anforderungen an die einzelnen Dienste (Universaldienstkonzept), Prinzipien für die Auswahl der Dienstleistungserbringer, ein Recht der Mitgliedstaaten zur Schaffung nationaler Regelungen mit weitergehenden Anforderungen sowie die Pflicht zur Schaffung unabhängiger Regulierungsstellen enthalten. Auf die Einzelheiten der unterschiedlichen Sonderregelungen kann im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen werden. Es sollen deswegen im Folgenden die allgemeinen Regeln betrachtet werden, die bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu beachten sind.

**b) Art. 87 Abs. 1 EG**

Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Unternehmenszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, im Grundsatz mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Etwas anderes gilt nur, wenn im EG-Vertrag etwas anderes bestimmt ist oder wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch sie nicht beeinträchtigt wird.

Der Begriff der Beihilfe wird allgemein sehr weit verstanden<sup>23</sup>. Das Beihilfenverbot erfasst jede geldwerte Leistung des Staates, etwa in Form der Zuführung staatlicher Mittel oder in Gestalt von Belastungsminderungen. Als Beispiele können Kapitalzuführungen, Verlustübernahmen, die Gewährung von Darlehen

---

20 Zusammenschaltungsrichtlinie (Richtlinie 97/33/EG v. 30.6.97) und Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 98/10/EG v. 26.2.98, geändert durch Richtlinie 2002/22/EG v. 7.3.2002) für *Telekommunikationsdienstleistungen*; Richtlinie 97/67/EG v. 15.12.97 für *Postdienste*; Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (Richtlinie 96/92/EG v. 19.12.96) und Erdgasbinnenmarktrichtlinie (Richtlinie 98/30/EG v. 22.6.98) für den Bereich der *Energieversorgung*; Art. 73 EG mit VO (EWG) 1191/69 v. 26.6.69, geändert durch VO (EWG) 1893/91, für den *Landverkehr*; VO EWG 2408/92 (ABl. 92 L 240/8) für den *Luftverkehr*.

21 *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., unter Punkt 4, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

22 Im Gespräch ist momentan eine weitere sekundärrechtliche Regelung für den Bereich der Wasserwirtschaft, *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., unter Punkt 4.6; Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Rdnr. 82 mit Fußn. 47; Binnenmarktstrategie – vorrangige Aufgabe 2003 – 2006, KOM (2003) 238 endg., S. 14.

23 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 43, Rdnrn. 1 ff.

und Zuschüssen, die Übernahme von Haftungsverbindlichkeiten wie Garantien und Bürgschaften sowie die Ermäßigung oder Befreiung von Steuern, Abgaben und Beiträgen genannt werden.

Die Beihilfe muss aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Damit sie dem Staat auch zugerechnet werden kann, ist es erforderlich, dass es wenigstens mittelbar zu einer finanziellen Belastung des Staates kommt<sup>24</sup>. Eine Übertragung staatlicher Mittel muss hierfür allerdings nicht erfolgen. Auch hier wird der Beihilfenbegriff weit ausgelegt.

Folge der Beihilfe muss die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige sein. Ob eine solche vorliegt, wird allgemein nach dem so genannten Privatinvestorenmodell („*market economy investor test*“) ermittelt<sup>25</sup>. Danach ist keine Begünstigung gegeben, wenn der staatlichen Leistung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Die Angemessenheit der empfangenen Gegenleistung wird aus der Sicht eines durchschnittlichen und verständigen privaten Investors ermittelt. In Bezug auf den Bereich der Daseinsvorsorge stellt sich dabei die Frage, ob die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen für den Staat überhaupt als Gegenleistung berücksichtigt werden kann<sup>26</sup>.

Außerdem muss die Beihilfe zu einer Wettbewerbsverfälschung führen. Das setzt voraus, dass für die fragliche Leistung ein Markt besteht oder entstehen könnte<sup>27</sup>.

Weitere Voraussetzung ist die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, nach der wenigstens ein potentiell grenzüberschreitender Bezug vorliegen muss<sup>28</sup>. Nach Ansicht der Kommission fehlt es hieran grundsätzlich bei Maßnahmen mit rein lokalem oder allenfalls regionalem Charakter<sup>29</sup>. Aller-

---

24 *EuGH*, Urteil vom 13.03.2001, Rs. C-379/98 – *Preußen Elektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 58; *von Wallenberg*, in: GRABITZ/HILF, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, 2004, Art. 87 EGV, Rdnrn. 37 ff.

25 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 43, Rdnrn. 12 ff., 27 ff.

26 Überblick bei *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 43, Rdnrn. 20 ff.

27 Dazu *Nettesheim*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 253 (255 f.).

28 *Koenig/Kühling*, in: STREINZ, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnrn. 58 ff.

29 *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 12.01.2001, Staatliche Beihilfe N 58/00 – *Freizeitbad Dorsten*, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2000/n258-00.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf); siehe dazu auch *Europäische Kommission*, Non-Paper zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 12.11.2002, Rdnr. 49, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/others/1759\\_sieg\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_de.pdf).

dings hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass allein der Umstand, dass das begünstigte Unternehmen nur örtlich oder lokal begrenzt und insbesondere nicht außerhalb seines Heimatstaates tätig ist, für sich genommen noch nicht ausreicht, um eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten auszuschließen<sup>30</sup>. Etwas anderes kann sich insbesondere aus der Art der Dienstleistung oder der Grenznähe des Tätigkeitsbereichs des Unternehmens ergeben. Aus diesem Grund muss der grenzüberschreitende Bezug in jedem Einzelfall besonders festgestellt werden. In vielen Fällen dürften angesichts der fortschreitenden Öffnung der Märkte und ihrer internationalen Vernetzung Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel nicht auszuschließen sein.

Das Beihilfenverbot gilt schließlich nur vorbehaltlich anderer Regelungen im EG-Vertrag. Solche finden sich in Art. 87 Abs. 2 und 3 sowie in Art. 86 Abs. 2 EG. Daneben bestehen weitere, spezielle Ausnahmetatbestände in Art. 37 Satz 1 und Art. 73 EG.

**c) Art. 86 Abs. 2 EG**

Der EG-Vertrag macht in Art. 86 Abs. 2 EG für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, eine beschränkte Ausnahme vom Beihilfenverbot, soweit dessen Anwendung die Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Die Bereichsausnahme setzt zunächst voraus, dass es um die Erfüllung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geht. Obwohl es sich um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt<sup>31</sup>, kommt den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Definition von Gemeinwohlaufgaben zu<sup>32</sup>. Dadurch wird naturgemäß ein gewisses Missbrauchspotential eröffnet, da sich die Kommission darauf beschränkt, die offensichtlichen Fälle des Missbrauchs herauszufiltern.

Das begünstigte Unternehmen muss zudem mit der Gemeinwohlaufgabe betraut worden sein. Hierfür ist eine nach außen sichtbare Fixierung der Aufgabenübertragung erforderlich. Der Betrauungsakt muss nicht die Form förmlichen Verwaltungshandelns haben. Die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Konzession oder der Abschluss eines Vertrages mit entsprechendem Inhalt ist vielmehr aus-

---

30 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 - *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 77 ff.

31 *EuGH*, Urteil vom 20.03.1985, Rs. 41/83 - *Italien/Kommission*, Slg. 1985, S. 873, Rdnr. 30; *EuG*, Urteil vom 19.06.1997, Rs. T-260/94 - *Air Inter*, Slg. 1997, II-997, Rdnr. 135.

32 Siehe bereits oben unter 1 b und Fußn. 11.

reichend<sup>33</sup>. Dagegen genügt es nicht, dass die Aufgabe nur rein tatsächlich von einem bestimmten Unternehmen erbracht wird, ohne dass es hierzu von staatlicher Seite ausdrücklich verpflichtet worden wäre.

Der entscheidende Punkt für eine Rechtfertigung ist der anzulegende Verhinderungsmaßstab. Trotz des Wortlauts des Art. 86 Abs. 2 EG geht man heute davon aus, dass keine tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung nachgewiesen werden muss. Es genügt vielmehr, dass das betraute Unternehmen bei der Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe unzumutbar behindert wird. Positiv formuliert muss es seine Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllen können, ohne dass sein wirtschaftliches Gleichgewicht bedroht wäre<sup>34</sup>.

Schließlich muss die Maßnahme im doppelten Sinn verhältnismäßig sein. Sie muss zur Beseitigung der Behinderung erforderlich sein und darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem die Gemeinschaftsinteressen übermäßig beeinträchtigenden Ausmaß stören<sup>35</sup>.

Indem Art. 86 Abs. 2 EG somit verlangt, die gegenüberstehenden Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen, hat er die Stellung einer „Scharniernorm“<sup>36</sup>. Die Anwendung des Beihilfenverbots bleibt danach auch im Bereich der Daseinsvorsorge die Regel. Im Einzelfall erfolgt eine auf das zur Erreichung des Zwecks Erforderliche reduzierte, beschränkte Freistellung.

---

33 *EuGH*, Urteil vom 27.04.1994, Rs. C-393/92 – *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 47; Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-159/94 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 66; *Europäische Kommission*, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG C 17 vom 19.01.2001, S. 4, Rdnr. 22; kritisch *Koenig/Kühling*, „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 2002, S. 656 (673).

34 *EuGH*, Urteil vom 19.05.1993, Rs. C-320/91 - *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 15 f.; Urteil vom 27.04.1994, Rs. C-393/92 - *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 49; Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94 - *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 53; Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-158/94 – *Kommission/Italien*, Slg. 1997, I-5789, Rdnrn. 53 f.; Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-159/94 - *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 96.

35 *Möschel*, Service public und europäischer Binnenmarkt, JZ 2003, S. 1021 (1025), sieht in dieser Abwägung den Dreh- und Angelpunkt der Norm.

36 *Koenig/Kühling*, „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 162 (2002), S. 656 (659 f.); *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Licht des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 (337); *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste, DÖV 2002, S. 357 (362).

#### **d) Art. 16 EG**

In Art. 16 EG wird der Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der Europäischen Gemeinschaft betont. Da die Norm jedoch nur „unbeschadet der Art. 73, 86 und 87“ gilt, reduziert sich ihre Funktion darin, als auslegungsrelevanter Gesichtspunkt bei der Interessenabwägung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG zu fungieren. Daneben enthält sie eine politische Absichtserklärung. Art. 16 EG besagt hingegen aber insbesondere nichts hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Beide tragen nur „im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“ Sorge für eine funktionierende Daseinsvorsorge<sup>37</sup>.

Diesbezüglich würde der Europäische Verfassungsvertrag bei unverändertem Inkrafttreten eine Änderung mit sich bringen. In Art. III-122 des Entwurfs heißt es, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem Interesse durch Europäisches Gesetz festgelegt werden. Die Kommission sieht in dieser Regelung die Kompetenz zum Erlass einer Rahmengesetzgebung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Sie hat bereits angekündigt, das bislang nicht realisierbare Projekt nach Inkrafttreten der Verfassung erneut aufzugreifen<sup>38</sup>. Gegenwärtig ist freilich vollkommen unklar, ob und wann es dazu kommen wird.

### **3. Einordnung staatlicher Ausgleichszahlungen**

Es war lange Zeit umstritten, wie staatliche Ausgleichsleistungen für das Erbringen gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Dritte in das beschriebene System einzuordnen sind.

#### **a) Stand der Diskussion vor der Altmark-Entscheidung des EuGH**

Bevor der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung „Altmark Trans“ Stellung bezogen hat, wurde heftig darum gestritten, ob die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen schon auf der Ebene des Beihilfentatbestandes berücksichtigt werden kann. Die Befürworter argumentierten, Empfänger staatlicher Mittel würden insgesamt gesehen nicht begünstigt, wenn die staatliche

---

37 Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EG, EuR 2000, S. 901 (913 ff.); Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 98 ff.; Schwarze, Daseinsvorsorge im Licht des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 (336 f.).

38 Europäische Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., unter Punkt 2.2 und Punkt 4.1, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).



Unterstützung der Höhe nach auf den Ausgleich der Nachteile beschränkt sei, die im Einzelfall mit der Erbringung der Gemeinwohlaufgabe verbunden sind.

*aa) Rechtfertigungslösung/Beihilfenansatz*

Die Rechtfertigungs- oder Beihilfenlösung verneinte die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben auf der Ebene des Beihilfentatbestandes. Der Umstand der Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen sollte allenfalls zu einer Rechtfertigung der als Beihilfe zu qualifizierenden Ausgleichszahlung führen können. Diese Ansicht, die insbesondere auch vom Gericht erster Instanz vertreten wurde<sup>39</sup>, wurde damit begründet, dass Leistungen der Daseinsvorsorge in der Regel nicht marktüblich seien, weswegen die Angemessenheit der staatlich gewährten Gegenleistung kaum bestimmt werden könne. Auch liege kein typisches Austauschverhältnis vor, da der Staat den betrauten Unternehmen die Pflicht zur Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben in der Regel einseitig auferlege<sup>40</sup>. Generalanwalt Léger führte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Altmark Trans“ insbesondere drei Gründe ins Feld. Erstens handle es sich beim Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG um einen objektiven Begriff, so dass sozialpolitische Zielsetzungen bei der Bewertung außer Betracht zu bleiben hätten. Zweitens werde Art. 86 Abs. 2 EG ansonsten seines *Effet utile* im Beihilfenrecht beraubt. Überkompensationen, die auch nach der Gegenmeinung als Beihilfen zu betrachten seien, könnten nämlich nicht als notwendig und damit verhältnismäßig im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG betrachtet werden. Die Bestimmung würde deswegen bei einer Berücksichtigung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf Tatbestandsebene de facto jegliche Bedeutung im Beihilfenrecht einbüßen. Schließlich sei keine ausreichende Kontrolle durch die Kommission gewährleistet, da diese mangels Notifizierungspflicht<sup>41</sup> auf eine nachträgliche Kontrolle der Ausgleichszahlungen beschränkt sei<sup>42</sup>.

---

39 *EuG*, Urteil vom 27.02.1997, Rs. T-106/95 - *FFSA*, Slg. 1997, II-229, Rdnrn. 172, 199; Urteil vom 10.05.2000, Rs. T-46/97 - *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

40 *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, *RIW* 2002, S. 222 (225); *Martin-Ehlers*, in: LÜBBIG/MARTÍN-EHLERS, *Beihilfenrecht der EU*, 2003, S. 179, Rdnr. 471.

41 Eine Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung („Notifikation“) staatlicher Unterstützungsmaßnahmen bei der Europäischen Kommission besteht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG nur hinsichtlich tatbestandlicher Beihilfen.

42 *GA Léger*, Schlussanträge vom 19.03.2002, Rs. C-280/00 - *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7751, Rdnrn. 61 ff.; Schlussanträge vom 14.01.2003, Rs. C-280/00 - *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7788, Rdnrn. 28 ff.

*bb) Tatbestandslösung/Ausgleichsansatz*

Demgegenüber sollte die Erbringung der Gemeinwohlaufgabe nach der Tatbestands- oder Ausgleichslösung bereits auf Tatbestandsebene voll Berücksichtigung finden und gegebenenfalls dazu führen, dass bloße Ausgleichszahlungen mangels Begünstigung keine Beihilfen darstellen. Da ihr Empfänger insgesamt keinen Vorteil erlange, werde auch der Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Diese Lösung hat der Europäische Gerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 vertreten und im Jahr 2001 bestätigt, ohne auf die zwischenzeitlich ergangenen, entgegengesetzten Judikate des Gerichts erster Instanz auch nur mit einem Wort einzugehen<sup>43</sup>.

*cc) Modifizierte Tatbestandslösung/Gegenleistungsansatz*

Nach einer vermittelnden Ansicht sollte nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und der auferlegten Gemeinwohlverpflichtung differenziert werden. Danach sollte in den Fällen, in denen die Gemeinwohlverpflichtung klar definiert und der Zusammenhang mit der Finanzierung so offensichtlich ist, dass diese eindeutig als Gegenleistung angesehen werden muss, der Tatbestandslösung gefolgt und eine Begünstigung verneint werden. In allen anderen sollte demgegenüber die Rechtfertigungslösung Anwendung finden<sup>44</sup>.

**b) Die Altmark-Entscheidung des EuGH**

In seiner Entscheidung „Altmark Trans“ ist der Europäische Gerichtshof indes keiner dieser Lösungen in Reinform gefolgt. Seiner Ansicht nach stellen staatliche Ausgleichszahlungen unter den folgenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen mangels Begünstigung keine tatbestandlichen Beihilfen dar<sup>45</sup>:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut und seine Verpflichtungen müssen klar definiert worden sein.
- Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssen vorher objektiv und transparent aufgestellt worden sein.

---

43 *EuGH*, Urteil vom 07.02.1985, Rs. 240/83 - *ADBHU*, Slg. 1985, 531, Rdnrn. 16 ff.; Urteil vom 22.11.2001, Rs. C-53/00 - *Ferring/ACOSS*, Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 23 ff.

44 *GA Jacobs*, Schlussanträge vom 30.04.2002, Rs. C-126/01 - *GEMO*, Rdnrn. 118 ff.; *GA Stix-Hackl*, Schlussanträge vom 07.11.2002, verb. Rs. C-35 bis C-38/01 - *Enirisorse*, Rdnrn. 153 ff.

45 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 - *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 88 ff., 95.

- Der geleistete Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Aufgaben ganz oder teilweise zu decken.
- Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs kann auf zwei Wegen ermittelt werden, nämlich entweder im Wege eines offenen und transparenten Vergabeverfahrens oder auf der Grundlage einer vorab durchzuführenden Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte.

Diese Kriterien basieren zum Großteil auf den zur Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG entwickelten Maßstäben<sup>46</sup>. Sie sind aber insoweit strenger, als zur Ermittlung der angemessenen Ausgleichshöhe entweder ein Ausschreibungsverfahren oder ein Effizienztest durchgeführt werden muss, während im Rahmen der Bereichsausnahme bislang auf die individuelle Kostenstruktur des betrauten Unternehmens abgestellt wurde.

#### **4. Auslegung der Altmarkkriterien**

Nachdem sich die Altmarkkriterien an den zu Art. 86 Abs. 2 EG bestehenden Rechtfertigungsmaßstäben orientieren, können diese für ihre Auslegung herangezogen werden.

Der nach der Altmark-Rechtsprechung erforderliche Betrauungsakt muss danach zwar ein formaler Akt sein, durch den die entsprechende Gemeinwohlaufgabe nach außen hin sichtbar auf den Empfänger der Ausgleichszahlung übertragen wird. Es muss sich aber nicht notwendigerweise um einen Hoheitsakt handeln. Wie auch im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG genügt ein Vertrag zwischen Staat und Unternehmen<sup>47</sup>. Die Mitgliedstaaten sind in der formalen Ausgestaltung des Verhältnisses mit dem verpflichteten Unternehmen frei. Die Besonderheiten des jeweiligen nationalen Rechts haben deswegen keinen Einfluss auf die europarechtliche Bewertung des Betrauungsaktes.

Ferner müssen die Parameter, nach denen sich die Höhe des Ausgleichs berechnet, von Anfang an – also möglichst mit der Betrauung – komplett offengelegt werden. Durch dieses Transparenzerfordernis soll Missbrauchsversuchen in Form von undurchsichtigen Ausgleichsberechnungen und ähnlichem von Vorneherein ein Riegel vorgeschoben werden. Entsprechende Kontrollen vorausge-

---

46 *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EstAL 2003, S. 251 (357).

47 Siehe oben unter 2 c.

setzt, dürften die Missbrauchsmöglichkeiten damit beträchtlich eingedämmt werden.

Um die angemessene Ausgleichshöhe feststellen zu können, ist es notwendig, dass Unternehmen, die neben der Gemeinwohlaufgabe noch anderen Aktivitäten nachgehen, die jeweiligen Einnahmen und Kosten getrennt ausweisen. Denn nur solche Mehrkosten, die eindeutig der besonderen Belastung durch die Gemeinwohlaufgabe zugeordnet werden können, sind ausgleichsfähig<sup>48</sup>. Dementsprechend enthält das vorgelegte Legislativpaket der Kommission eine Änderung der Transparenzrichtlinie, wonach zukünftig alle Empfänger von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen – unabhängig von deren beihilfenrechtlicher Einordnung – zur Führung getrennter Bücher verpflichtet sind<sup>49</sup>.

Als problematisch dürfte es sich erweisen, welche Kosten des betrauten Unternehmens als ausgleichsfähig angesehen werden können. Das hängt damit zusammen, dass in den Wirtschaftswissenschaften verschiedene Kostenbegriffe existieren, um das Vorliegen verbotener Quersubventionen feststellen zu können<sup>50</sup>. Unklar ist danach vor allem, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Fixkosten ausgeglichen werden können. Die Kommission scheint hier wie bei der Frage der Rechtfertigung nach der Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG davon auszugehen, dass ein angemessener Teil der Fixkosten des betrauten Unternehmens ersatzfähig sind, was dem so genannten Vollkostenansatz entspricht<sup>51</sup>. Sie beruft sich dabei auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Chronopost“<sup>52</sup>.

Dazu ist allerdings anzumerken, dass diese Entscheidung des Gerichtshofs wesentlich davon beeinflusst wurde, dass es dort um ein in die Struktur eines mo-

---

48 Zum Problem der Kostenzuordnung siehe *Nicolaidis*, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment, ECLR 2002, S. 313 (314 f.).

49 Richtlinie 2005/81/EG der Kommission vom 28.11.2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU L 312 vom 29.11.2005, S. 47 (abrufbar auch unter [http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/action\\_plan](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan)).

50 Überblick bei *Montag/Leibenath*, in: HEIDENHAIN, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 27, Rdnrn. 6 ff.

51 *Europäische Kommission*, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU C 297 vom 29.11.2005, S. 4 (abrufbar auch unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.htm](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.htm)), Rdnr. 16.

52 *EuGH*, Urteil vom 03.07.2003, verb. Rs. C-83/01 P und C-94/01 P – *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993, dort Rdnr. 40.

nopolartigen Unternehmens eingebundenes Unternehmen ging, dessen Situation nicht mit der einer gewöhnlichen Unternehmensgruppe verglichen werden kann<sup>53</sup>. Außerdem betraf der Chronopost-Fall gewissermaßen die umgekehrte Konstellation. Es ging dort nämlich nicht um die durch die Zurverfügungstellung finanzieller Mittel bewirkte Gefahr von Quersubventionierungen. Der Fall betraf vielmehr die Frage, inwieweit ein öffentliches Unternehmen, hier die französische Post, seine im Wettbewerb stehende Unternehmenstochter dadurch unzulässig unterstützt, dass es dieser Dienstleistungen zu besonders günstigen, marktunüblichen Bedingungen zu Verfügung stellt. Vor diesem Hintergrund war im Chronopost-Fall zu klären, welche Kosten des Mutterunternehmens der Preis für eine zugunsten des Tochterunternehmens erbrachte Dienstleistung mindestens abdecken muss, damit diese intern erbrachte Leistung keine unzulässigen Quersubventionierungen enthält. Da sich der Gerichtshof folglich in der Sache „Chronopost“ mit einer Fallgestaltung beschäftigt hat, die sich wesentlich von der hier interessierenden Frage unterscheidet, beinhaltet die Entscheidung auch keine Vorentscheidung hinsichtlich des hier anwendbaren Kostenbegriffs.

Der Wortlaut der Altmark-Entscheidung spricht auf den ersten Blick denn auch für eine gegenüber dem Vollkostenansatz etwas restriktivere Linie. Dort heißt es nämlich, dass nur die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ausgeglichen werden dürfen. Man könnte deswegen meinen, entgegen der Ansicht der Kommission seien nur die dienstleistungsbezogenen Fixkosten neben den variablen Kosten ausgleichsfähig. Das hätte wiederum den Vorteil, dass nicht ermittelt werden müsste, welcher Beitrag zu den Fixkosten im Einzelfall angemessen ist. Gegen diese Lösung spricht aber entscheidend, dass durchschnittliche Unternehmen auch unter normalen Wettbewerbsbedingungen längerfristig gewöhnlich auch einen Teil ihrer allgemeinen Fixkosten bei der Preisermittlung berücksichtigen<sup>54</sup>. Auf längere Sicht wäre eine Leistung defizitär, für die kein Preis erzielt werden kann, der nicht die Kosten für alle zu ihrer Erbringung eingesetzten – darunter auch die gemeinsam genutzten – Produktionsmittel abdeckt. Entsprechend niedrigere Preise sind für am Markt tätige Unternehmen allenfalls während einer Anlaufphase akzeptabel. Durch die Berücksichtigung eines angemessenen Anteils an den allgemeinen Fixkosten erzielt das betraute Unternehmen daher auch keinen Preis, der über dem potentiellen Marktniveau liegt. Es erhält demnach keinen Vorteil, den es unter normalen Marktbedingungen nicht auch erhalten hätte. Dies ist aber der Maßstab der Altmark-Entscheidung zur Feststel-

---

53 *EuGH*, Urteil vom 03.07.2003, verb. Rs. C-83/01 P und C-94/01 P – *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993, Rdnr. 38.

54 Vgl. etwa *Eilmansberger*, Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht, in: *RIW* 2001, S. 902 (908 f.).

lung eines beihilferechtlich relevanten Vorteils<sup>55</sup>. Von diesem Ausgangspunkt ausgehend ist die Altmark-Formel nichts anderes als eine Ausformung dieses allgemeinen Prinzips, das dem auch sonst im Beihilfenrecht geltenden Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Kapitalgebers („*private economy investor test*“)<sup>56</sup> entspricht. Letzterer muss deswegen auch bei der Auslegung der einzelnen Kriterien des EuGH berücksichtigt werden. Da diese angesichts des fehlenden Wettbewerbs der Ermittlung eines marktüblichen Preises dienen, kann bei der Ermittlung der Zusatzkosten des betrauten Unternehmens auch ein angemessener Anteil an den allgemeinen Fixkosten berücksichtigt werden. Der Kommission ist deswegen im Ergebnis zuzustimmen, dass der Vollkostenansatz die geeignete Methode ist, um die Mehrkosten des Erbringers der gemeinwirtschaftlichen Leistung zu ermitteln. Die Zuordnung der allgemeinen Fixkosten des Dienstleistungserbringers sollte sich dabei an nachvollziehbaren und möglichst objektiven Kriterien wie der jeweiligen Inanspruchnahme gemeinsamer Ressourcen orientieren<sup>57</sup>.

Problematisch bei der Frage der Ausgleichshöhe ist neben der Frage des anzuwendenden Kostenbegriffs auch die Ermittlung eines angemessenen Gewinns. Der angemessene Gewinn kann, da in den hier betrachteten Fällen gerade kein funktionierender Markt für die Gemeinwohlaufgabe vorhanden ist, nur durch einen Marktvergleich ermittelt werden. Unschärfen ergeben sich dabei naturgemäß bei der Ermittlung eines Vergleichsmarktes. Der Grund, warum auch ein angemessener Gewinn ausgleichsfähig sein soll, dürfte darin zu sehen sein, dass in der Situation des so genannten Marktversagens ein Anreiz für Unternehmen geschaffen werden soll, sich um die Übertragung der Gemeinwohlaufgabe zu bemühen, so dass ein künstlich geschaffener Wettbewerb hierum stattfindet.

Die größten Unklarheiten schließlich ranken sich um das vom EuGH neu eingeführte vierte Altmarkkriterium. Der Gerichtshof verlangt entweder die vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens oder einer Vergleichsanalyse.

Wurde ein Vergabeverfahren durchgeführt, so wird angenommen, dass keine Überkompensation vorliegt<sup>58</sup>. In diesem Fall ist mit anderen Worten davon aus-

---

55 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. 280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7810, Rdnr. 84.

56 Hierzu oben unter 2 b.

57 Ein Beispiel für ein entsprechendes Kostenrechnungssystem findet sich in Art. 14 Abs. 3 lit. b Postdienstrichtlinie (Richtlinie 97/67/EG, ABl. EG L 15 vom 21.01.1998, S. 14). Hierauf verweist auch Generalanwalt *Tizzano*, Schlussanträge vom 12.12.2002, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P – *Chronopost SA*, Slg. 2003, I-6993, Rdnr. 58, Fußnote 33.

58 So schon *Europäische Kommission*, Non-Paper zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 12.11.2002, Rdnr. 87; XXXIII. Wettbewerbsbericht,

zugehen, dass der Staat einen angemessenen Preis für die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe zahlt. Denn in einem solchen Verfahren sollte derjenige Bieter den Zuschlag erhalten, der die Leistung zu den günstigsten Konditionen anbieten kann. Das setzt freilich voraus, dass das Vergabeverfahren offen, fair und diskriminierungsfrei durchgeführt worden ist. Letzteres wird im Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts durch entsprechende Anforderungen an das Vergabeverfahren und entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter sichergestellt. Allerdings erfolgt die Übertragung von Gemeinwohlaufgaben vielfach in Form von Dienstleistungskonzession<sup>59</sup>, die keinen vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang darstellen. Die Vergaberichtlinien<sup>60</sup> sind dann nicht anwendbar, so dass kein Zwang zur Durchführung eines Vergabeverfahrens und vor allem nicht zur Anwendung des Vergaberechts besteht. Das heißt umgekehrt natürlich nicht, dass die öffentliche Hand die Auswahl des zu betrauenden Unternehmens nicht trotzdem nach vergaberechtlichen Grundsätzen durchführen dürfte. Hält sie sich dabei an die vergaberechtlich definierten Standards, wird man das Verfahren – auch ohne Rechtsschutzmöglichkeit der Bieter – als offen, frei und diskriminierungsfrei ansehen können. Ein nur zum Schein durchgeführtes „Vergabeverfahren“ dürfte demgegenüber nicht ausreichen, um die Voraussetzungen der Altmark-Entscheidung zu erfüllen. Man wird wenigstens die Einhaltung der Standards verlangen müssen, deren Beachtung der EuGH in jüngerer Zeit generell bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen verlangt<sup>61</sup>. Auch hier wird nun regelmäßig die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens verlangt. Welche Anforderung hieran im Einzelnen zu stellen sind, muss die weitere Rechtsprechung zeigen.

---

2003, S. 111, Rdnr. 397; XXX. Wettbewerbsbericht, 2000, S. 107, Rdnr. 318; XXIX. Wettbewerbsbericht, 1999, S. 99, Rdnr. 235; XXVI. Wettbewerbsbericht, 1996, Teil 2, Rdnr. 33, alle abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition>.

59 Siehe hierzu *Europäische Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EG C 121 vom 29.04.2000, S. 2, v.a. unter Punkt 2.2 und Punkt 3; zu vergaberechtlich relevanten Gestaltungen *Lück/Ortner*, Übertragung der Personenbeförderung im Linienverkehr auf Dritte aus dem Blickwinkel des Vergaberechts, *VergabeR* 2005, S. 413 ff.

60 Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.

61 *EuGH*, Urteil vom 06.04.2006, Rs. C-410/04 – *ANAV*, *NVwZ* 2006, S. 555, Rdnrn. 17 ff.; Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*, *NZBau* 2005, S. 644, Rdnrn. 46 ff., 50; Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03 – *Coname*, *NZBau* 2005, S. 592, Rdnrn. 16 ff.; allgemeiner noch Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98 – *Telaustria und Telefonadress*, *Slg.* 2000, I-10745, Rdnrn. 61 f.

Ein weiterer Problempunkt ist die vergaberechtlich bis zu einem gewissen Grad zulässige Berücksichtigung so genannter vergabefremder Kriterien<sup>62</sup>. Hierbei geht es um die Berücksichtigung von Umständen bei der Zuschlagsentscheidung, die nicht alleine an die Wirtschaftlichkeit des Angebots anknüpfen, beispielsweise Umweltschutzgesichtspunkte. Führt die Verwendung vergabefremder Kriterien im Ergebnis dazu, dass im Einzelfall ein nicht marktmäßiger Preis für die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe zustande kommt<sup>63</sup>, muss trotz Durchführung eines Vergabeverfahrens davon ausgegangen werden, dass die entsprechende Ausgleichszahlung den Beihilfetatbestand erfüllt und allenfalls nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sein kann.

Mit Unsicherheiten ist außerdem vor allem die Vergleichsanalyse, der so genannte Effizienztest, belastet. Diese beginnen schon bei der Definition eines typischen Vergleichsunternehmens. Zudem wird das Ergebnis jeder Hypothese durch gewisse Unschärfen und Unbekannte beeinträchtigt.

Unklar ist schließlich, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausgleichszahlung nach der Altmark-Entscheidung noch gemäß Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden kann, wenn weder ein Vergabeverfahren noch eine Vergleichsanalyse durchgeführt wurde.

## 5. Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG

Zunächst wurde spekuliert, ob die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG nach der Altmark-Entscheidung im Beihilfenrecht überhaupt noch Anwendung findet. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, hatte Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Altmark Trans“ insbesondere mit dem *Effet utile* der Vorschrift im Beihilfenrecht gegen die Tatbestandslösung argumentiert<sup>64</sup>. So kam es einigermaßen überraschend, dass die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis nach Altmark bei Nichterfüllung der Kriterien eine Recht-

---

62 *EuGH*, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99 – *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 53 ff., 68 ff., 80 ff.; außerdem Urteil vom 26.09.2000, Rs. 225/98 – *Nord-Pas-de-Calais*, Slg. 2000, I-7445, und Urteil vom 20.09.1988, Rs. 31/87 – *Beentjes*, Slg. 1988, 4635.

63 Im Einzelnen *Bartosch*, Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilfenrecht, WuW 2001, S. 673 ff.; *ders.*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?, EuZW 2001, S. 229 ff.; *Fischer*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, in: EuZW 2004, S. 492 (495 f.).

64 *GA Léger*, Schlussanträge vom 19.3.2002, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7751 Rdnrn. 79 ff.



fertigung nach der Bereichsausnahme in Betracht zog<sup>65</sup>. Inzwischen ist man sich weitgehend einig, dass Art. 86 Abs. 2 EG nicht in der Altmark-Rechtsprechung des EuGH aufgeht<sup>66</sup>. Das hat seinen Niederschlag im nun von der Kommission vorgelegten Legislativpaket gefunden, das unter anderem einen Gemeinschaftsrahmen enthält, in dem die grundsätzlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen genannt werden<sup>67</sup>. Dass die Vorschrift weiter anwendbar ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass sie eine andere Frage regelt als die, die der EuGH in Altmark entschieden hat. Auf der einen Seite geht es um die Reichweite des Beihilfenbegriffs, auf der anderen Seite um die Rechtfertigung tatbestandlicher Beihilfen<sup>68</sup>.

Es stellt sich aber trotz dieser systematischen Einordnung die Frage, ob die Bereichsausnahme auch praktisch weitere Anwendungsfälle hat. Immerhin finden sich einige ihrer Anwendungsvoraussetzungen in der Altmark-Formel wieder. Eine Rechtfertigung scheint deswegen bei Nichterfüllung einer oder mehrerer der ersten drei deckungsgleichen Voraussetzungen ausgeschlossen. Entsprechend finden sich diese Voraussetzungen auch im Gemeinschaftsrahmen der Kommission wieder<sup>69</sup>. Für Verwirrung hatten zwischenzeitlich jedoch einige Entscheidungen der Kommission geführt, in denen sie eine Rechtfertigung auch bei Nichterfüllung eines dieser Kriterien, namentlich desjenigen, das die Pflicht zur vorherigen Definition der Ausgleichsparameter beinhaltet, Erwägung gezogen und teilweise auch angenommen hat<sup>70</sup>. Daraus wurde teilweise der Schluss

---

65 *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue?, *EuZW* 2004, S. 295 (297, 300).

66 *Koenig/Haratsch*, Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission, *ZUM* 2004, S. 122 ff.; *Koenig*, Altmark – Ein Urteils-*evergreen* für die Ausschreibungspraxis der Infrastrukturförderung, *IR* 2005, S. 50 (52).

67 Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.html).

68 *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen? Zum Verhältnis zwischen Art. 87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, in: *EuZW* 2006, S. 7 (8 f.).

69 *Europäische Kommission*, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, *ABl. EU C* 297 vom 29.11.2005, S. 4 (abrufbar auch unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.html)), Rdnrn. 11 ff.

70 *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 19.05.2004, K (2004) 1814 / C 2/2003 – Dänemark (TV2/Danmark), C (2004) 1814 endg., Rdnrn. 79 ff.; Entscheidung vom 11.12.2003, C 60 /1999 (NN 167/1995) - Frankreich (France 2/3), Rdnrn. 64 ff.; Entscheidung vom 15.10.2003, K(2003) 3528 - Italien (RAI SpA), *ABl. EU L* 119 vom 23.04.2004, S. 1, Rdnrn. 99 ff.; Entscheidung vom 15.10.2003, K (2003) 3526 – Portugal (RTP), *ABl. EU L* 142 vom 06.06.2005, S. 1, Rdnrn. 158 ff.; Entscheidung vom

gezogen, die Kommission lege je nachdem unterschiedliche Maßstäbe an, ob sie die Kriterien im Rahmen des Beihilfentatbestands oder der Rechtfertigung nach der Bereichsausnahme prüfe<sup>71</sup>. Dabei wird aber übersehen, dass diese Entscheidungen sämtlich im Rundfunkbereich spielten, der – auch zukünftig<sup>72</sup> – besonderen Regeln unterworfen ist. In der maßgeblichen Rundfunkmitteilung<sup>73</sup> wird das in den Entscheidungen jeweils nicht erfüllte zweite Altmarkkriterium nicht als Voraussetzung für eine Rechtfertigung genannt<sup>74</sup>. Man mag hier eine Anpassung fordern, da die Besonderheiten des Rundfunkbereichs kaum eine derartige Sonderbehandlung hinsichtlich der staatlichen Finanzierung rechtfertigen. Jedenfalls lassen sich aus den ergangenen Entscheidungen aber keine Rückschlüsse für die Behandlung staatlicher Finanzierungsmaßnahmen außerhalb des Rundfunkbereichs ziehen. Für dieses allgemeine Regime gilt, dass eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG bei Nichterfüllung der ersten drei Altmarkkriterien nicht in Betracht kommt. Denn diese sind, wie die Kommission nun klar gestellt hat, gleichermaßen auch Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach der Bereichsausnahme<sup>75</sup>.

Damit bleibt als praktischer Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG nur der Fall der Nichterfüllung des vierten Altmarkkriteriums. Die Kommission stellt in ihrem Gemeinschaftsrahmen keine Effizienzanforderungen auf. Für die Frage der Überkompensation stellt sie offenbar wie bisher auf die individuelle Kostenstruktur des betrauten Unternehmens ab. Es fragt sich aber, ob das vom EuGH eingeführte Effizienzkriterium bei diesem Verständnis seine Wirkung entfalten kann. Die Kommission scheint auf der Ebene der Rechtfertigung allenfalls eine reine Missbrauchskontrolle durchführen zu wollen. Danach werden nur Fälle ausgeschieden, in denen Unternehmen ihre Kosten absichtlich aufblähen und auf

---

1.10.2003, C (2003) 3371 fin. – United Kingdom (BBC Digital Curriculum), ABl. EU C 271 vom 12.11.2003, S. 47, Rdnrn. 37 ff.

71 *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, S. 295 (300).

72 *Europäische Kommission*, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU C 297 vom 29.11.2005, S. 4 (abrufbar auch unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.html)), Rdnr. 3.

73 *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. EG C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

74 Rundfunkmitteilung, Rdnr. 29.

75 *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen? Zum Verhältnis zwischen Art. 87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, in: EuZW 2006, S. 7 (9 f.).

anderen Märkten zu Dumpingpreisen anbieten<sup>76</sup>. In diesem Fall ist das Vorliegen einer verbotenen Quersubvention offensichtlich. Aber auch über die offensichtlichen Fälle hinaus spricht einiges gegen die finanzielle Förderung von Ineffizienz. Die Förderung ineffizient arbeitender Unternehmen behindert die Entwicklung neuer Ideen und ist deswegen innovationsschädlich. Das mit der Gemeinwohlaufgabe betraute Unternehmen erhält bei einem weitgehend unkontrollierten Vollersatz seiner subjektiven Kosten zudem keinen Anreiz, effizient und kostensparend zu operieren. Auf der anderen Seite werden durch die Förderung von Ineffizienz regelmäßig zumindest potentielle Wettbewerber benachteiligt und der Wettbewerb auf unzulässige Weise unnötig behindert. Das wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass sich bei diesem Verständnis in vielen Fällen die – weitere – Förderung des gegenwärtig betrauten Unternehmens rechtfertigen ließe, auch wenn dieses vermeidbar hohe Kosten produziert. Das widerspricht dem Grundsatz, dass die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG nur die Kontinuität der entsprechenden Leistung der Daseinsvorsorge, nicht aber die Kontinuität des derzeitigen Leistungserbringers sicherstellen soll<sup>77</sup>. Es muss befürchtet werden, dass der durch Altmark eingeführte Effizienztest durch das generelle Abstellen auf die individuellen Nettomehrkosten des konkret beauftragten Unternehmens auf der Rechtfertigungsebene weitgehend leerläuft. Beschränkt man sich hier auf das Ausscheiden der offensichtlichen Fälle, wird der Effizienztest auf das Gros der Finanzmaßnahmen keinerlei Auswirkungen haben. Diese Befürchtung wird noch dadurch verstärkt, dass die Kommission mit der nun vorgelegten Freistellungsentscheidung<sup>78</sup> einen Teil der Fälle von der Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG freistellt, so dass dort überhaupt keine Präventivkontrolle stattfindet.

---

76 *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 19.05.2004, K (2004) 1814 / C 2/2003 - Dänemark (TV2/Danmark), C (2004) 1814 endg., Rdnrn. 103, 131 ff.; Entscheidung vom 11.12.2003, C 60 /1999 (NN 167/1995) – Frankreich (France 2/3), Rdnrn. 90 ff.; Entscheidung vom 15.10.2003, K(2003) 3528 – Italien (RAI SpA), ABl. EU Nr. L 119 vom 23.04.2004, S. 1, Rdnrn. 124 ff.; Entscheidung vom 15.10.2003, K (2003) 3526 – Portugal (RTP), ABl. EU Nr. L 142 vom 06.06.2005, S. 1, Rdnrn. 202 ff.

77 *Europäische Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnr. 29; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., Punkt 2.3; beide abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

78 *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, K (2005) 2673, ABl. EU L 312 vom 29.11.2005, S. 67 (abrufbar auch unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/sgei.html)).

Eine Rechtfertigung von Finanzierungsmaßnahmen, welche die Anforderungen der Altmark-Rechtsprechung nicht erfüllen, sollte deswegen – jedenfalls im Grundsatz – nur möglich sein, wenn wenigstens nachträglich nachgewiesen werden kann, dass der Beihilfeempfänger effizient arbeitet<sup>79</sup>. Darüber hinaus sollte nur in eng zu begrenzenden Ausnahmefällen eine Rechtfertigung in Betracht kommen. Hierdurch wird man auch der Tatsache besser gerecht, dass es sich bei Art. 86 Abs. 2 EG um eine Ausnahmvorschrift zur allgemeinen Regel des Beihilfeverbots handelt, die von daher eng auszulegen ist<sup>80</sup>.

## 6. Anwendung von Altmark in Sonderbereichen

Wie bereits dargelegt, existiert eine Reihe von Sekundärrecht, das vor allem die großen netzgebundenen Wirtschaftsbereiche besonderen Regeln unterstellt<sup>81</sup>. Hier kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob die Altmark-Rechtsprechung auch bei der Auslegung dieser Sonderregelungen beachtet werden muss.

Dazu ist festzustellen, dass die Entscheidung zunächst nur die Auslegung des Vorteilsbegriffs im Rahmen des allgemeinen Beihilfentatbestands betrifft. Sie bezieht sich hingegen nicht unmittelbar auf sektorspezifische Sonderregeln. Zwar spielte der zugrunde liegende Fall im Verkehrsbereich, für den die Verordnung Nummer 1191/69<sup>82</sup> besondere Vorschriften aufstellt, die auch die Gewährung von Ausgleichszahlungen regeln. Die Verordnung war aber aufgrund einer zulässigerweise erklärten Ausnahme des nationalen Gesetzgebers nicht anwendbar<sup>83</sup>. Im Altmarkfall waren deswegen die allgemeinen Beihilferegeln einschlägig. Ohne diese Ausnahme hingegen wäre die Frage der Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen nach der Verordnung zu beantworten gewesen. Der EuGH erklärt, dass dann nicht geprüft werden müsste, ob sie mit dem Primärrecht vereinbar sind<sup>84</sup>. Insbesondere käme bei Nichterfüllung der in der Verordnung festgelegten Bedingungen eine Rechtfertigung nach Primärrecht

---

79 Ausführlich hierzu *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen? Zum Verhältnis zwischen Art. 87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, in: *EuZW* 2006, S. 7 (10 f.).

80 St. Rspr. seit *EuGH*, Urteil vom 27.03.1974, Rs. 127/73 – *BRT/SABAM*, Slg. 1974, 313, Rdnrn. 19, 22.

81 Siehe oben unter 2 a und Fußn. 19.

82 VO (EWG) 1191/69 vom 26.06.1969, ABl. EG L 156 vom 28.06.1969, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EWG) 1893/91 vom 20.06.1991, ABl. EG L 169 vom 29.06.1991, S. 1.

83 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 64.

84 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 66, 103.

nicht in Betracht<sup>85</sup>. Danach scheint es so, dass eine Anwendung der Altmark-Regeln im Anwendungsbereich sektorspezifischen Sonderrechts nicht in Betracht kommt. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass das Gericht erster Instanz in der Sache „Combus“ die Anwendung der Altmark-Rechtsprechung im Bereich der Verordnung 1191/69 nicht von Vorneherein ausschließt, wenngleich deren Voraussetzungen im von ihm zu entscheidenden Fall letztlich ohnehin nicht vorlagen<sup>86</sup>.

Dies wird erst verständlich, wenn man das Verhältnis zwischen dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und der Verordnung 1191/69 noch einmal näher betrachtet. Die Verordnung konkretisiert Art. 73 EG, der bestimmt, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, und insoweit eine Sondervorschrift zu Art. 86 Abs. 2 EG für den Verkehrsbereich darstellt. Die beihilfenrechtlich entscheidende Vorschrift enthält die Verordnung in ihrem Art. 17 Abs. 2. Danach ist Art. 88 Abs. 2 EG auf nach den Vorschriften der Verordnung gewährte Ausgleichszahlungen nicht anwendbar. Die sonst vor der Gewährung von Beihilfen erforderliche vorherige Anmeldung bei der Kommission entfällt. Denn diese Ausgleichszahlungen, von denen die Verordnung annimmt, sie stellen staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar, sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Es fällt auf, dass die Kernvorschrift des Art. 17 Abs. 2 der Verordnung 1191/69 nur dann relevant ist, wenn es sich bei dem gewährten Ausgleich tatsächlich um eine staatliche Beihilfe handelt. Anderenfalls besteht nämlich überhaupt keine Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 2 EG. Die Aussage des EuGH in der Altmark-Entscheidung ist deswegen so zu verstehen, dass sich Ausgleichszahlungen, die im Einklang mit der Verordnung 1191/69 gewährt worden sind, nicht an den Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen messen lassen müssen, da sie ohnehin gerechtfertigt sind. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass die Verordnung eine im Vergleich zu den allgemeinen Beihilfenvorschriften besonders günstige Genehmigungsregelung für Ausgleichszahlungen enthält<sup>87</sup>. Das bedeutet aber umgekehrt nicht, dass eine Ausgleichsmaßnahme, welche zwar die Altmark-Kriterien erfüllt, dagegen aber gegen die Verordnung 1191/69 verstößt, unzulässig wäre. Da solche Maßnahmen in Ermangelung einer Begünstigung keine staatlichen Beihilfen darstellen, sind sie beihilfenrechtlich selbstverständ-

---

85 *EuGH*, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 65.

86 *EuG*, Urteil vom 16.03.2004, Rs. T-157/01 – *Combus*, Rdnrn. 97 ff., auszugsweise abgedruckt in IR 2004, S. 89.

87 So ausdrücklich *EuG*, Urteil vom 16.03.2004, Rs. T-157/01 – *Combus*, Rdnr. 85, auszugsweise abgedruckt in IR 2004, S. 89.

lich zulässig<sup>88</sup>. In der Realität dürfte es im Verkehrsbereich allerdings nicht leicht sein, die Anforderungen der Altmark-Rechtsprechung zu erfüllen. Die Einhaltung des vierten Kriteriums dürfte sich dabei als besonders schwierig erweisen, wenn die fraglichen Verkehrsdienstleistungen nicht im Wettbewerb vergeben werden<sup>89</sup>.

Die für den Verkehrsbereich nach der Verordnung 1191/69 vorgenommene Betrachtung hat gezeigt, dass die Auswirkungen der Altmark-Entscheidung auf Bereiche mit sektorspezifischen Sonderregelungen nicht allgemein beantwortet werden können, sondern für jeden Bereich gesondert untersucht werden müssen. Dabei ist auch an den Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung von Sekundärrecht zu denken, wonach sekundärrechtliche Vorschriften so ausgelegt werden müssen, dass sie primärrechtlichen Regelungen nicht entgegenstehen<sup>90</sup>. Das bedeutet generell, dass Sekundärrecht im Ergebnis nicht den Wertungen widersprechen darf, die sich in der Altmark-Formel widerspiegeln. Im Ergebnis darf die Gewährung von Ausgleichszahlungen daher nicht von strengeren als den dort aufgestellten Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

## 7. Ausblick

Das Altmark-Urteil hat eine wichtige Frage der rechtlichen Bewertung staatlicher Finanzierungsmaßnahmen für Aufgabe der Daseinsvorsorge geklärt. Es hat aber auch neue Fragen aufgeworfen. Mit ihrem Legislativpaket möchte die Europäische Kommission in dieser Situation Rechtssicherheit schaffen. Die vorgelegten Maßnahmen sind trotz ihrer Kritikwürdigkeit in einzelnen Punkten zu begrüßen. Der Rechtsanwender kann sich in künftigen Kommissionsentscheidungen auf die aufgezeigten Grundlinien einstellen.

Welche Auswirkungen die Altmark-Rechtsprechung in Sonderbereichen hat, ist eine Frage des Einzelfalls. Sie betreffend hatte die Europäische Kommission in ihrem Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bereits die Frage zur Diskussion gestellt, ob sie ihren sektorspezifischen Ansatz überhaupt

---

88 In diesem Sinne auch *Europäische Kommission*, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 20.07.2005, KOM (2005) 319 endg., 2000/0212 (COD), 26. und 27. Erwägungsgrund, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005\\_0319de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0319de01.pdf).

89 *Europäische Kommission*, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 20.07.2005, KOM (2005) 319 endg., 2000/0212 (COD), Begründung, unter Punkt 4, S. 12, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005\\_0319de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0319de01.pdf).

90 *Borchard*, in: LENZ/BORCHARD, EUV/EGV, 2003, Art. 220 EGV, Rdnr. 20.

weiter verfolgen soll oder ob es nicht zweckmäßiger wäre, eine allgemeine Regelung zu erlassen, die in allen Wirtschaftsbereichen gleichermaßen zu beachten ist<sup>91</sup>. Als Ergebnis hat sie in ihrem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse festgestellt, dass ein solches Vorgehen momentan noch verfrüht wäre. Sie hat aber immerhin angekündigt, das Vorhaben bei unverändertem Inkrafttreten des Verfassungsvertrages wieder aufgreifen zu wollen<sup>92</sup>. Unabhängig vom weiteren Schicksal des Verfassungsvertrages sollte das Projekt so bald wie möglich wieder aufgenommen werden, um durch die Zurverfügungstellung von Rahmenvorschriften für die nötige Rechts- und Planungssicherheit zu sorgen. Da eine solche allgemeine Regelung nicht zwangsläufig das Ende des sektorspezifischen Ansatzes bedeuten muss, sondern eine Koexistenz durchaus vorstellbar ist, könnte auch künftig den Besonderheiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen Rechnung getragen werden.

Es darf angesichts der Komplexität der Materie, der Vielzahl der widerstreitenden Argumente und dahinter stehenden Interessen und nicht zuletzt auch der Unklarheiten über die Zukunft des Verfassungsvertrages mit Spannung erwartet werden, wie sich der Bereich der Daseinsvorsorge weiter entwickelt. Das Ziel der Anstrengungen auf europarechtlicher Ebene muss dabei der bestmögliche Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Daseinsvorsorgeverpflichtungen einerseits und freiem Wettbewerb andererseits bleiben. Im Idealfall, in dem der Wettbewerb selbst eine erschwinglichen und qualitativ hochwertigen Daseinsvorsorge sicherstellt, lassen sich beide Ziele miteinander vereinen.

---

91 *Europäische Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnrn. 37 ff.; abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

92 *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., Punkte 2.3 und 4.1, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).





## Energiewirtschaft im Umbruch

*Knud Hädicke\**

Die rechtlichen und damit auch wirtschaftlichen Grundlagen auf dem deutschen (und europäischen) Energiemarkt haben sich innerhalb eines guten Jahrzehnts vollständig gewandelt. Das 2. EnWGÄndG reiht sich in eine Entwicklung ein, die zu einer vollständigen Öffnung der Energiemärkte führen soll. Im Folgenden werden im Rahmen einer ersten Bestandsaufnahme die wesentlichen Änderungen kurz vorgestellt.

Unerlässlich für das Verständnis der betroffenen Märkte und ihr Funktionieren ist die Berücksichtigung der energiewirtschaftlichen Besonderheiten (I). Da das EnWG in der jetzt vorliegenden Form das Produkt einer langjährigen Entwicklung ist, soll zudem ein kurzer historischer Abriss der Entwicklung des rechtlichen Rahmens seit Beginn der 90er Jahre vorangestellt werden (II). Die im Juli 2005 in Kraft getretene Reform ist durch die Abkehr vom verhandelten und die Hinwendung zum regulierten Netzzugang gekennzeichnet. Schwerpunkte der Darstellung bilden deshalb vor allem die Regelungen zur Regulierung des Netzzugangs sowie die Vorschriften zur Entflechtung, die für mehr Transparenz sorgen und im Ergebnis faktisch zur Trennung der wettbewerblichen von den monopolistisch strukturierten Bereichen führen sollen (III). Mit der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNA) und ihren „Schwester“-Regulierungsbehörden in den einzelnen Bundesländern haben zudem neue Akteure die Bühne der deutschen Energiewirtschaft betreten, die schon Kraft ihrer Befugnisse für einigen Wirbel auf den betroffenen Märkten sorgen werden.<sup>1</sup>

### 1. Energiewirtschaftliche Grundlagen

Die Strom- und Gasmärkte sind durch mehrere Besonderheiten gekennzeichnet, die aufgrund der faktischen (meist physikalischen) Gegebenheiten die Eröffnung und Entwicklung eines funktionierenden Marktes erschweren. Nahezu auf allen Stufen der Wertschöpfungskette (Erzeugung/Produktion, Transport/Verteilung

---

\* Ass. iur.; Abteilung UP/Recht der Stadtwerke Tübingen GmbH.

1 Eine Darstellung der Zuständigkeiten und Befugnisse der Regulierungsbehörden muss hier entfallen, da dies den Rahmen sprengen würde.

sowie Vertrieb an Letztverbraucher)<sup>2</sup> finden sich Besonderheiten, die einer wettbewerblichen Entwicklung eher hinderlich sind.

a) Ersten Besonderheiten begegnet man bereits bei der Erzeugung/Produktion: Während Elektrizität erst durch Umwandlung der so genannten Primärenergieträger Kohle, Erdgas, Erdöl oder Uran in entsprechenden Kraftwerken erzeugt wird, kann Erdgas zwar als natürliches Vorkommen direkt gefördert werden, ist aber in Höhe des konkreten Bedarfes in Mitteleuropa nicht ausreichend vorhanden. Dies gilt freilich ebenso für die Primärenergieträger Erdöl und Uran bei der Elektrizitätserzeugung. Daraus ergibt sich eine überragende Abhängigkeit vom Import dieser Rohstoffe.

b) Im Strommarkt stellt sich zudem die physikalisch bedingte Gleichzeitigkeit von Einspeisung und Entnahme als Spezifikum dar, das die Handelbarkeit des Produktes erheblich erschwert. Ähnlich verhält es sich aber auch auf dem Markt für Erdgas, dessen Speicherbarkeit aufgrund der aufwändigen Lagerung faktisch nur sehr begrenzt möglich ist.

c) Die Produktionsstätten der Stromwirtschaft, die Anlagen zur Förderung von Erdgas und die Verlegung der entsprechenden Transportleitungen erfordern sehr hohe Investitionen, die sich wirtschaftlich nur über eine lange Betriebszeit amortisieren lassen. Daneben sind zur Aufrechterhaltung eines stabilen Netzbetriebs relativ hohe laufende Kosten zu berücksichtigen.

d) Beide Märkte sind schließlich durch die Leitungsgebundenheit des Transports der Handelsgüter gekennzeichnet, die gerade durch die nicht vorhandene bzw. geringe Möglichkeit der Speicherung immense Bedeutung gewinnt. Sowohl Strom als auch Gas müssen über spezielle Transportnetze vom Erzeuger/Produzenten bis zum Abnehmer verteilt werden.

Im Bereich der Elektrizitätsversorgungsnetze wird hier, historisch gewachsen, zwischen Übertragungs- und Verteilnetzen unterschieden.<sup>3</sup> Das Übertragungsnetz dient primär dem Transport von Elektrizität über weite Entfernungen. Hierzu wird die erzeugte Elektrizität auf eine hohe Spannung (220/380 kV) transformiert, um die Energieverluste beim Transport möglichst gering zu halten.<sup>4</sup>

---

2 Zur Wertschöpfungskette: *Bausch*, *Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union*, Baden-Baden 2003, S. 31 Fn. 8 mit weiteren Nachweisen.

3 Diese Unterscheidung durchzieht auch das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), sowohl in der alten als auch in der neuen Fassung, indem es für beide Bereiche besondere Anforderungen normiert, vgl. bspw. § 4 Abs. 2-4 EnWG 2003 mit besonderen Anforderungen an Übertragungsnetzbetreiber und jetzt § 12 und § 13 EnWG.

4 Das deutsche Übertragungsnetz wird von 4 Gesellschaften (EnBW Transportnetze AG, E.ON Netz GmbH, RWE Transport-Netze Strom GmbH und Vattenfall Europe Transmission GmbH) betrieben und ist in das europäische Verbundnetz eingebunden.

Die Verteilnetze dienen hingegen primär der Weiterverteilung der elektrischen Energie an Letztverbraucher. Klassisch werden hier Netzebenen mit einer Spannung von 110 kV (Hochspannungsebene), 20 kV (Mittelspannungsebene) sowie 1,4 kV (Niederspannungsebene) unterschieden.

Eine parallele Situation findet man im Gasbereich vor. Hier wird zwischen Fernleitungs- und Verteilnetz unterschieden. Das Fernleitungsnetz dient dem Transport großer Mengen über weite Entfernungen unter hohem Druck<sup>5</sup>. Das Verteilnetz hingegen dient der regionalen und örtlichen Verteilung an Letztverbraucher.

Diese Netze stehen in Deutschland im Eigentum einer Vielzahl von Netzbetreibern<sup>6</sup>. Bei der überwiegenden Anzahl handelt es sich dabei um kommunale Unternehmen, die zumindest im Miteigentum der jeweiligen Gemeinden stehen. An einer bedeutenden Anzahl dieser Unternehmen halten wiederum die großen deutschen und vermehrt auch die europäischen Energiekonzerne Beteiligungen unterschiedlichster Qualität. Ein (flächenmäßig) bedeutender Anteil des deutschen Verteilnetzes wird im Übrigen direkt von Tochtergesellschaften der großen Energieversorgungsunternehmen betrieben.<sup>7</sup>

Allein im Bereich des Netzbetriebes ergibt sich also ein äußerst heterogenes Bild: Von Kleinstunternehmen, an deren Netz teilweise weniger als 500 Abnahmestellen angeschlossen sind bis hin zu Großunternehmen mit einer Netzkundenzahl von mehreren Millionen findet sich ein breites Band unterschiedlichst strukturierter Unternehmen, die über die grundlegenden Infrastruktureinrichtungen der betroffenen Märkte verfügen.

## 2. Entwicklung

Um die derzeitige Situation auf den deutschen Energiemärkten zu verstehen, ist neben den energiewirtschaftlichen Charakteristika die historische Entwicklung des Energiewirtschaftsrechts der letzten Jahre zu berücksichtigen, die den wirtschaftlichen Rahmen wesentlich geprägt haben.

---

5 Hochdruckfernleitungen werden mit einem Druck von 1-100 bar betrieben, vgl. *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, München 2001, S. 57.

6 Allein die Gasverteilnetze werden deutschlandweit von ca. 750 Netzbetreibern betrieben, s. *Nill-Theobald/Theobald* (Fn. 4), S. 58.

7 Bspw. RWE Rhein-Ruhr Verteilnetz GmbH, RWE Westfalen-Weser-Ems Verteilnetz GmbH, E.ON Bayern AG, E.ON Avacon AG, E.ON Hanse AG, EnBW Regional AG, Vattenfall Europe Berlin AG & Co KG, Vattenfall Europe Hamburg AG usw.

*a) Ausgangslage*

Bis in die 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts ging das deutsche Energiewirtschaftsrecht, wie im Übrigen auch größtenteils jenes der anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union<sup>8</sup>, aufgrund der Bedeutung der Energieversorgung für die Volkswirtschaft, deren technischer Komplexität und der Kapitalintensität der Investitionen in Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsanlagen davon aus, dass Wettbewerb in diesem Industriezweig nicht stattfinden könne. Folglich wurde die Energiewirtschaft traditionell von einem Großteil der kartellrechtlichen Bestimmungen befreit.<sup>9</sup> Die auf Langfristigkeit angelegten Investitionen wurden durch entsprechende vertragliche Konstrukte abgesichert, die jeglicher Wettbewerbsentwicklung diametral entgegenstanden. Mit den Städten und Gemeinden wurden langfristige Konzessionsverträge geschlossen, in denen sich die Kommunen zur ausschließlichen Bereitstellung der öffentlichen Wege und Plätze zur Verlegung von Versorgungsleitungen an ein bestimmtes Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung der sog. Konzessionsabgabe verpflichteten. Das Energieversorgungsunternehmen hatte im Gegenzug den Anschluss eines jeden Einwohners an das Energieversorgungsnetz sicherzustellen. Darüber hinaus wurden zwischen Energieversorgungsunternehmen unterschiedlicher Versorgungsstufen zumeist in Energielieferverträgen vertikale Demarkationsabreden getroffen, die mit langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen gekoppelt wurden. Schließlich wurde durch horizontale Demarkationsabreden benachbarter Energieversorgungsunternehmen einer Versorgungsstufe die Entwicklung von Wettbewerb komplett unterbunden. Dieses wettbewerbsschädliche Verhalten war jedoch, wie erwähnt, politisch motiviert.

Die Sicherstellung einer zuverlässigen und preiswürdigen Energieversorgung sollte durch die Landesenergiebehörden sichergestellt werden, die zum einen die Investitionsaufsicht nach § 3 EnWG 1935<sup>10</sup>, andererseits die Preisaufsicht über die Tarifkundenversorgung nach der Bundestarifordnung Elektrizität<sup>11</sup> bzw. Gas<sup>12</sup> wahrnahmen.

---

8 *Bausch* (Fn. 1), S. 31.

9 Siehe §§ 103, 103a GWB i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.02.1990.

10 Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935, RGBl. I S. 1451.

11 BTOElt v. 10.2.1959, BGBl. I S. 46.

12 BTOGas v. 26.11.1971, BGBl. I S. 1865; außer Kraft getreten durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.04.1998 (BGBl. I S. 730).

### **b) Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas**

Bereits Mitte der 1980er Jahre wurden innerhalb der Europäischen Gemeinschaft Forderungen nach der Verwirklichung des Binnenmarktes im Bereich der Energieversorgung laut.<sup>13</sup> Dies wurde maßgeblich durch die neuere wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis beeinflusst, dass innerhalb der Wertschöpfungskette die Stufen Produktion/Förderung und Handel keine Charakteristika eines natürlichen Monopols aufweisen.<sup>14</sup> Die Europäische Kommission arbeitete bereits 1988 ein Grundkonzept aus, das vorsah in drei Schritten dieses Ziel zu verwirklichen: Erstens sollte die Transparenz zur Feststellung von Versorgungsmängeln erhöht, zweitens die Liberalisierung vorangetrieben und drittens Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden.<sup>15</sup> In dieses Konzept gehören auch die Elektrizitäts-<sup>16</sup> bzw. die Gasbinnenmarktrichtlinie<sup>17</sup>, die die schrittweise Öffnung der europäischen Energienetze verbindlich festschrieben.

Mit diesen Richtlinien wurden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Regelungen einzuführen, die die stufenweise Öffnung der Versorgungsmonopole gewährleisten und damit Wettbewerb ermöglichen sollten. Zur Sicherstellung dieses Ziels wurden verbindliche Kriterien für die Ausgestaltung des Netzzugangs vorgeschrieben.<sup>18</sup> Dabei wurde es den Mitgliedstaaten überlassen, sich zwischen dem Modell des verhandelten oder regulierten Netzzugangs zu entscheiden. Beim verhandelten Netzzugang waren lediglich die rechtlichen Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber vorzuschreiben, der eigentliche Netzzugang jedoch zwischen Netzbetreiber und Netzzugangspetenten auszuhandeln.<sup>19</sup> Das regulierte Modell sah hingegen die Gewährung des Netzzugangs zu veröffentlichten bzw. genehmigten Bedingungen vor.<sup>20</sup> Die geeigneten Maßnahmen zur Regulierung, Kontrolle und Sicherstellung der Transparenz wurden dabei den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>21</sup>

Zudem wurden Mindestanforderungen zur Sicherstellung der Transparenz festgeschrieben, was als wichtige Voraussetzung für das Entstehen eines funktionie-

---

13 Eine Vorreiterrolle spielte hierbei innerhalb der EG Großbritannien, vgl. *Bausch* (Fn. 1), S. 32.

14 *Theobald/Zenke*, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, München 2001, S. 12.

15 *Nill-Theobald/Theobald* (Fn. 4), S. 38.

16 Richtlinie 96/92/EG v. 19.12.1996, Amtsbl. L 027 v. 30.01.1997, S. 20ff.

17 Richtlinie 98/30/EG v. 22.06.1998, Amtsbl. L 204 v. 21.07.1998, S. 1ff.

18 Vgl. insbesondere Art. 16 ff RL 96/92/EG und Art. 14 ff RL 98/30/EG.

19 Art. 17 Abs. 1 RL 96/92/EG, Art. 15 RL 98/30/EG.

20 Art. 17 Abs. 4 RL 96/92/EG, Art. 16 RL 98/30/EG.

21 Art. 22 RL 96/92/EG, Art. 22 RL 98/30/EG.

renden Marktes angesehen wurde.<sup>22</sup> Deshalb finden sich in beiden Richtlinien Bestimmungen zur buchhalterischen Trennung der Netzsparte von den übrigen Aktivitäten.<sup>23</sup> Gleichzeitig wurde über die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie auf der Übertragungsebene die verwaltungsmäßige Trennung der mit dem Übertragungssystem zusammenhängenden Tätigkeiten von den übrigen Tätigkeiten vorgesehen.<sup>24</sup>

**c) Umsetzung der Binnenmarktrichtlinien in deutsches Recht – Reformen 1998 und 2003**

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 24.04.1998 wurden die Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie insbesondere durch die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes<sup>25</sup> in deutsches Recht umgesetzt. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich dabei zu einer hundertprozentigen Öffnung des Strommarktes für alle Kundengruppen. § 6 EnWG 1998 sah einen umfassenden Durchleitungstatbestand vor, der den transparenten und diskriminierungsfreien Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen sicherstellen sollte. Gleichzeitig wurden die kartellrechtlichen Bereichsausnahmen für die Energiewirtschaft in §§ 103, 103a GWB auf die Versorgung mit Wasser beschränkt.<sup>26</sup> Den Elektrizitätsversorgungsunternehmen wurde die Führung getrennter Konten für die einzelnen Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung sowie die Tätigkeiten außerhalb der Elektrizitätsversorgung und die Aufnahme im Anhang zum Jahresabschluss vorgeschrieben.<sup>27</sup> Nach § 4 Abs. 6 EnWG 1998 waren die Übertragungsnetzbetreiber zudem verpflichtet, ihren Netzbetrieb als eigene Betriebsabteilung getrennt von den übrigen Tätigkeiten zu führen.

Allerdings verzichtete der Gesetzgeber auf die Einrichtung einer Regulierungsbehörde und überließ die Ausgestaltung der Zugangsbedingungen den Marktteilnehmern. Die führenden Verbände der Stromwirtschaft setzten dies zunächst mit der Verbändevereinbarung I um.<sup>28</sup> Nachdem hieran teilweise heftige Kritik

---

22 Erwägung (30)-(33) RL 96/92/EG, Erwägung (21)-(22) RL 98/30/EG.

23 Art. 14 RL 96/92/EG, Art. 13 RL 98/30/EG.

24 Art 7 Abs. 6 RL 96/92/EG.

25 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.04.1998 (BGBl. I S. 730), im Folgenden EnWG 1998.

26 § 103b GWB i.d.F. des Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.04.1998.

27 § 9 EnWG 1998.

28 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 22.05.1998 (VV I).

geübt wurde, weil vor allem die dort vorgesehene Festlegung des (theoretischen) Transportpfades die effektive Nutzung des Stromnetzes faktisch unmöglich machte, wurde die Vereinbarung mehrfach überarbeitet. Mit der letzten ausgehandelten Fassung, der Verbändevereinbarung II+<sup>29</sup>, wurde ein Stand erreicht, der eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Abwicklung des Netzzugangs gewährleistete und eine im wesentlichen anerkannte Ermittlung der für den Zugang zu den Netzen zu zahlenden Netznutzungsentgelte ermöglichte. Diese Wertung spiegelte sich letztlich auch in einer Änderung des EnWG<sup>30</sup> im Rahmen der Umsetzung der Gasbinnenmarktrichtlinie wieder: Nach § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG 2003 wurde bei Einhaltung der Verbändevereinbarung II+ bis zum 31.12.2003<sup>31</sup> vermutet, dass die Bedingungen guter fachlicher Praxis, zu denen die Stromnetze nach § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 2003 zur Verfügung zu stellen waren, eingehalten wurden.

Mit dem „Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“<sup>32</sup> wurde auch die Erdgasbinnenmarktrichtlinie in deutsches Recht vollständig umgesetzt.<sup>33</sup> Diese Änderung trat allerdings erst im Mai 2003, also fast 3 Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>34</sup>, in Kraft. Die zeitliche Verzögerung war jedoch nicht auf die Regelungen zum Gasnetzzugang, sondern vielmehr auf die von der Bundesregierung geplanten Korrekturen der Regelungen zum Stromnetzzugang zurückzuführen. Vorgegangen waren vor allem grundlegende Auseinandersetzungen zwischen Bundestag und Bundesrat über den Erfolg der Verbändevereinbarung Strom, deren Einhaltung, wie bereits erwähnt, die Vermutung „guter fachlicher Praxis“ im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 2003 innewohnen sollte. Zusätzlich führte die geplante Verrechtlichung der Verbändevereinbarung Gas II<sup>35</sup>, die allgemein aufgrund des dort verankerten transportpfadabhängigen Netzzugangsmodells als ungeeignet zur Entwick-

---

29 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 (VV II+).

30 Gesetz vom 20.05.2003, BGBl. I S. 686, im Folgenden EnWG 2003.

31 Die Befristung war auf die Befristung der VV II + auf den 31.12.2003 zurückzuführen, s. Begründung des Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen vom 17.12.2002, BT-Drs. 15/197, S.7.

32 Siehe Fn. 29.

33 Durch die Aufhebung der §§ 103, 103a GWB für die Energiewirtschaft im Jahr 1998 (Fn. 25) war die Marktöffnung des Gassektors kartellrechtlich bereits vorbereitet worden.

34 Art. 29, 30 RL 98/30/EG.

35 Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas vom 03.05.2002 (VV Erdgas II).

lung von Wettbewerb angesehen wurde<sup>36</sup>, zu erheblichem Streit. Deshalb verwundert es nicht, dass die Beratungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens in der 14. Legislaturperiode nicht zum Abschluss gebracht werden konnten. Die Bundestagswahl 2002 zwang deshalb zu einer Neuaufnahme des Gesetzgebungsverfahrens. An dessen Ende wurde mit § 6a EnWG 2003 ein an § 6 EnWG 1998 angelehnter eigener Durchleitungstatbestand für den Gassektor geschaffen, der jedoch nie eine § 6 EnWG entsprechende praktische Bedeutung erlangte. Trotz vehementer Kritik des Bundesrates an der Verrechtlichung der Verbändevereinbarung Gas II<sup>37</sup> einigte man sich im Vermittlungsausschuss auf eine Übernahme in § 6a Abs. 2 S. 5 EnWG 2003.

#### **d) Beschleunigungsrichtlinien 2003**

Die Europäische Kommission bewertete die mit den Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG begonnene Öffnung des europäischen Marktes als Erfolg, sah sich jedoch aufgrund identifizierter Schwachpunkte der bisherigen Regelung zu weit reichenden Korrekturen gezwungen. Insbesondere die Regelungen zum Netzzugang und zur Entflechtung wurden von ihr als nicht ausreichend angesehen.<sup>38</sup> Deshalb begann die Kommission bereits im Frühjahr 2001 ein erneutes Richtlinienverfahren, das mit der Verabschiedung der Beschleunigungsrichtlinien Strom<sup>39</sup> und Gas<sup>40</sup> abgeschlossen wurde. Die Richtlinien sind im Wesentlichen durch verschärfte Vorschriften zur Entflechtung des Netzbetriebs geprägt. Verbindlich wird neben der bereits existierenden buchhalterischen Entflechtung die rechtliche Entflechtung der Übertragungs- und Verteilnetzebene<sup>41</sup>, ergänzt durch die Unabhängigkeit der Organisation und Entscheidungsgewalt des Netzbetriebs vom übrigen Unternehmen<sup>42</sup>, vorgeschrieben. Flankierend werden die Netzbereiche umfassend zur Vertraulichkeit und diskriminierungsfreien Infor-

---

36 Zur Kritik an der VV Gas II statt aller: Monitoringbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 31.08.2003, S. 43 ff.

37 Hierzu insbesondere: Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates vom 10.06.2002, BR-Drs. 460/1/02, S. 5.

38 Mitteilung der Kommission „Vollendung des Energiebinnenmarkts“ vom 13.03.2001, KOM 2001 (125), S. 4 ff.

39 Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften über den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Amtsbl. L 176, S. 37 ff.

40 Richtlinie 2003/55/EG vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften über den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Amtsbl. L 176, S. 57 ff.

41 Art. 10 Abs. 1, 15 Abs. 1 RL 2003/54/EG; Art. 9 Abs. 1, 13 Abs. 1 RL 2003/55/EG.

42 Sog. operationelle Entflechtung; Art. 10 Abs. 2, 15 Abs. 2 RL 2003/54/EG; Art. 9 Abs. 2, 13 Abs. 2 RL 2003/55/EG.



mationsweitergabe verpflichtet.<sup>43</sup> Insbesondere auf Betreiben Deutschlands wurde aber eine Bestimmung aufgenommen, die es den Mitgliedsstaaten ermöglicht, die Verpflichtung zur rechtlichen und operationellen Entflechtung auf vertikal<sup>44</sup> und horizontal<sup>45</sup> integrierte Unternehmen zu beschränken, die mehr als 100.000 Kunden beliefern.<sup>46</sup> Den Mitgliedstaaten wird darüber hinaus gestattet, die Umsetzung der rechtlichen Entflechtung bezüglich der Verteilnetzbetreiber erst zum 01.07.2007 in Kraft zu setzen.<sup>47</sup> Gleichzeitig wird die Möglichkeit des verhandelten Netzzugangs, der lediglich in Deutschland gewählt wurde, abgeschafft und einheitlich durch den regulierten Netzzugang ersetzt. Folgerichtig sieht Art. 23 RL 2003/54/EG bzw. Art. 25 RL 2003/55/EG die verbindliche Einrichtung von Regulierungsbehörden vor.

**e) Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien in deutsches Recht – Reform 2005**

Die Richtlinien waren bis zum 01.07.2004 in nationales Recht umzusetzen<sup>48</sup>, was mit dem „Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 07.07.2005<sup>49</sup> geschah. Vorausgegangen war eine mehrmonatige politische Auseinandersetzung über die Ausgestaltung der Vorschriften über den Netzzugang und die Bildung der Netznutzungsentgelte. Daneben war bis zum Schluss die grundsätzliche Notwendigkeit der Einrichtung von Landesregulierungsbehörden und deren Zuständigkeit umstritten.

Zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens bewertete das federführenden Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit die Marktöffnung ähnlich wie die Europäische Kommission als nicht zufrieden stellend<sup>50</sup>. Im Monitoringbericht zog

---

43 Sog. informatorische Entflechtung; Art. 12, 16 RL 2003/54/EG; Art. 10, 14 RL 2003/55/EG.

44 Vgl. Art. 2 Nr. 20ff RL 2003/54/EG; Art. 2 Nr. 19ff RL 2003/55/EG: Das sind Unternehmen, die neben Aktivitäten im Monopolbereich Verteilung auch Aktivitäten in den Wettbewerbsbereichen Erzeugung/Gewinnung/Handel entfalten (vertikal integriertes Unternehmen). Unternehmensgruppen, die nach den Kriterien der Fusionskontrollverordnung miteinander verbunden sind, gelten als ein vertikal integriertes Unternehmen.

45 Unternehmen, die neben einer Funktion der jeweiligen Sparte weitere Aktivitäten außerhalb der Sparte entfalten, sog. horizontal integriertes Unternehmen, vgl. Art. 2 Nr. 23 RL 2003/54/EG, Art. 2 Nr. 21 RL 2003/55/EG.

46 Art. 15 Abs. 2 RL 2003/54/EG; Art. 13 Abs. 2 RL 2003/55/EG.

47 Art. 30 Abs. 2 RL 2003/54/EG, Art. 33 Abs. 2 RL 2003/55/EG.

48 Art. 30 Abs. 1 RL 2003/54/EG, Art. 33 Abs. 1 RL 2003/55/EG.

49 BGBl. I S. 1970.

50 Monitoringbericht (s. Fn. 36), Zusammenfassende Bewertung Strom, S.31 ff, und Gas, S. 43ff.

das Ministerium deshalb bereits im Jahr 2003 die entsprechenden Schlüsse für eine Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts<sup>51</sup>, die maßgeblich in den ersten Referentenentwurf aus dem Februar 2004 und in den gleich lautenden Regierungsentwurf<sup>52</sup> einfließen. Diese sahen im Wesentlichen die Einrichtung einer Regulierungsbehörde<sup>53</sup>, angesiedelt bei der bisherigen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, und die ex-post-Missbrauchsaufsicht über den Netzzugang bzw. die Bildung der Netznutzungsentgelte<sup>54</sup> vor.

Der Regierungsentwurf stieß, wohl auch als Reaktion auf die breitflächig angekündigter Netznutzungsentgelterhöhungen insbesondere der Übertragungsnetzbetreiber im September 2004<sup>55</sup>, auf heftige Kritik des Bundesrates.<sup>56</sup> Trotzdem brachte die Bundesregierung den Entwurf unverändert in den Bundestag ein.<sup>57</sup> Allerdings war auch in der Koalition der Entwurf nicht unumstritten; zudem war allen beteiligten Akteuren bewusst, dass die Netzzugangs- und -entgeltverordnungen Strom und Gas gleichzeitig mit dem Gesetz in Kraft treten mussten. Deshalb erreichte man erst im März 2005 eine grundsätzliche Einigung in der Koalition, sodass das Energiewirtschaftsgesetz am 15.04.2005 abschließend im Bundestag beraten und verabschiedet werden konnte.<sup>58</sup> Trotz einiger wichtiger Änderungen wie der Verankerung der sog. Anreizregulierung<sup>59</sup> und der Liberalisierung des Messwesens<sup>60</sup> sah jedoch auch diese Fassung eine zentrale Regulierungsbehörde und eine ex-post-Missbrauchsaufsicht bei der Bildung der Netznutzungsentgelte vor. Gleichzeitig wurden von der Bundesregierung die ersten Entwürfe der begleitenden Netzzugangs- und -entgeltverordnungen dem Bundesrat zugeleitet.<sup>61</sup> Aufgrund der zwischenzeitlichen überraschenden Ankündigung von Neuwahlen zum Deutschen Bundestag im März 2005 gerieten

---

51 Monitoringbericht (s. Fn. 36), Empfehlungen zur Ausgestaltung der Netzzugangsregeln, S. 47 ff, und Eckpunkte für die Novellierung des Ordnungsrahmens, S. 53 ff.

52 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.08.2004 BR-Drs. 613/04.

53 Regierungsentwurf (Fn. 52), Art. 1 § 54 Abs. 1 EnWG, Art. 2.

54 Regierungsentwurf (Fn. 52), Art. 1 §§ 21 Abs. 3, 24, 29 EnWG.

55 „Vattenfall treibt Strompreise hoch, FTD v. 12.07.2004, S. 1; „RWE erhöht Strompreis und Netzgebühr“, FTD v. 31.08.2004, S. 3; „Streit um steigende Strom- und Gaspreise spaltet Industrie“, FTD v.01.09.2004, S. 10.

56 Stellungnahme des Bundesrates vom 24.09.2004, BR-Drs. 613/04.

57 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.10.2004 BT-Drs.15/3917.

58 Gesetzesbeschluss des Bundestages, BR-Drs. 248/05 v. 15.04.2005.

59 Gesetzesbeschluss des Bundestages (Fn. 58), Art. 1 § 21a EnWG.

60 Gesetzesbeschluss des Bundestages (Fn. 58), Art. 1 § 21b EnWG.

61 Verordnungsentwürfe der Bundesregierung vom 14.04.2005, BR.-Drs. 244/05, 245/05, 246/05 und 247/05.

die politischen Gremien zusätzlich unter Druck. Schließlich hatte man schon das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Gasbinnenmarktrichtlinie aufgrund der Bundestagswahlen 2002 neu beginnen müssen und hatte deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission provoziert.<sup>62</sup> Nun drohte die Europäische Kommission wieder mit einem derartigen Verfahren wegen der bereits bis dahin eingetretenen zeitlichen Verzögerung. Nach der erwarteten Ablehnung seitens des Bundesrates<sup>63</sup> wurde wohl auch deshalb im Vermittlungsausschuss eine relativ schnelle Einigung erreicht<sup>64</sup>, die eine Verabschiedung des Gesetzes noch im Juni 2005 ermöglichte, sodass das novellierte Energiewirtschaftsgesetz am 13.07.2005<sup>65</sup>, die begleitenden Verordnungen am 29.07.2005<sup>66</sup> in Kraft treten konnten.

### 3. Neuregelungen

Das neue Energiewirtschaftsgesetz hat mit seinem schlanken Vorgänger lediglich den Namen gemein. Das komplexe Regelwerk umfasst jetzt über 120 Paragraphen, hinzu kommen zahlreiche Verordnungsermächtigungen. Bisher sind lediglich vier Verordnungen in Kraft getreten<sup>67</sup>, einige weitere werden in naher Zukunft folgen.<sup>68</sup>

Insgesamt dürfte dieser rechtliche Rahmen in Zukunft Anlass zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten bieten, da allein die Regelungsdichte gerade für kleinere Netzbetreiber in der Praxis nur sehr schwer handhabbar sein dürfte. Darüber hinaus enthalten die einzelnen Normen eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen, deren Ausfüllung zum großen Teil der Rechtsprechung vorbehalten bleiben wird. Wie im Folgenden aufgezeigt wird, sind bereits bei einer ersten Analyse einige Widersprüchlichkeiten erkennbar, die nur schwer mit den Zielen des neuen Rechts in Einklang gebracht werden können.

---

62 Europäische Kommission „Erster Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und der Erdgasbinnenmarktes“ vom 03.12.2001, SEC (2001) 1957, S. 10.

63 Beschluss des Bundesrates zur Anrufung des Vermittlungsausschusses vom 29.04.2005, BR-Drs. 248/05.

64 Empfehlung des Vermittlungsausschusses vom 15.06.2005, BT-Drs. 15/5736.

65 BGBl. I S. 1970 ff.

66 Gasnetzentgeltverordnung, BGBl. I S. 2197ff; Gasnetzzugangsverordnung, BGBl. I S. 2210 ff; Stromnetzentgeltverordnung BGBl. I S. 2225ff; Stromnetzzugangsverordnung, BGBl. I S. 2243 ff.

67 Siehe Fn. 66.

68 Bisher liegen Referentenentwürfe für die Niederspannungs- und Niederdruckanschlussverordnung sowie die Grundversorgungsverordnung Strom und Gas vor, die in der ersten Jahreshälfte 2006 in Kraft treten sollen.

Der neue, von Europa vorgegebene ordnungsrechtliche Rahmen zwang den Gesetzgeber zu detaillierten Regelungen des Netzmonopolbereiches. Sieht man von den Vorschriften des 4. Teils ab, wird das Gesetz von den Bestimmungen zu diesem Themenkomplex dominiert. Erstaunlich ist es jedoch, dass trotz der bekannten oligopolistischen Struktur des (Strom-) Erzeugermarktes in diesem Segment weiterhin (nur) auf die kartellrechtlichen Mechanismen vertraut wird. Die Erzeugung findet jedenfalls energiewirtschaftsrechtlich nicht statt.

Neben der grundlegenden Ausgestaltung der Zugangsbedingungen zum Netz sind die Vorschriften zur Entflechtung von zentraler Bedeutung. Die Einrichtung der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden, die mit weit reichenden Befugnissen ausgestattet wurden, ist jedoch sicherlich die wesentlichste und den deutschen Energiemarkt am meisten beeinflussende Neuerung. Nachfolgend sollen die wesentlichen Regelungsgegenstände kurz vorgestellt und einer ersten Analyse unterzogen werden.

#### **a) Zugangsbedingungen**

Das EnWG widmet der Ausgestaltung des Netzanschlusses und des Netzzugangs<sup>69</sup> jeweils eigenständige Abschnitte im Rahmen des 3. Teils des Gesetzes. Die Vorschriften sollen ein Höchstmaß an Transparenz und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer durch den Netzbetreiber gewährleisten. Dies wird zum einen durch die detaillierte Regelung der Gewährung des Netzzugangs, zum anderen durch umfangreiche Berichtspflichten gegenüber den Regulierungsbehörden und eine Vielzahl von Veröffentlichungspflichten der Netzbetreiber erreicht. Schließlich werden den Regulierungsbehörden zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben besondere Befugnisse in den §§ 29ff EnWG an die Hand gegeben.

Die Bestimmungen zum Netzanschluss und -zugang befinden sich nur programmäßig im Energiewirtschaftsgesetz selbst, entsprechende Ermächtigungen zum Erlass konkretisierender Rechtsverordnungen sind vorgesehen.<sup>70</sup> Nahezu zeitgleich mit Inkrafttreten des EnWG hat der Gesetzgeber die für das Funktionieren des Marktes zwingend notwendigen Regelungen für den Zugang zu den Strom- und Gasnetzen sowie die Entgeltermittlung in entsprechenden Verordnungen erlassen.<sup>71</sup>

---

69 Das Gesetz differenziert nach Netzanschluss (Teil 3 Abschnitt 2) und Netzzugang (Abschnitt 3), letzteres war bisher eher unter dem Begriff „Netznutzung“ bekannt.

70 Allein der 3. Teil des EnWG enthält 20 Verordnungsermächtigungen.

71 Siehe Fn. 66.

*aa) Netzanschluss und Anschlussnutzung*

Netzbetreiber haben Letztverbraucher, gleich- oder nachgelagerte Netze sowie Leitungen, Erzeugungs- und Speicheranlagen zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen an ihr Netz anzuschließen.<sup>72</sup> Der Netzanschluss darf nur bei wirtschaftlicher oder technischer Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit verweigert werden.<sup>73</sup> Diese Verpflichtung ist nichts Neues, folgte sie doch bisher, ohne eigenständige Regelung im Energiewirtschaftsrecht, aus § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 4 GWB. Es ist aber schon aus Gründen der Rechtsklarheit begrüßenswert, dass der Netzanschlussanspruch nunmehr Eingang in das Energiewirtschaftsgesetz gefunden hat, da wegen der zunehmend größeren Bedeutung der sog. Arealnetze vermehrt Verunsicherung über die Anschlussverpflichtung dieser Netze bestanden, die der BGH, leider erst kurz nach Inkrafttreten des novellierten EnWG, (nur) in einigen Teilen mit seiner Entscheidung „Arealnetz-Mainova“ geklärt hat.<sup>74</sup> Ob durch § 17 EnWG gerade die Frage des Anschlusses von Arealnetzen abschließend zu deren Gunsten entschieden wurde<sup>75</sup>, darf bezweifelt werden. Strukturell folgt § 17 EnWG stringent § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Der BGH hat in seiner Entscheidung aber offen gelassen, ob auch bei bestehenden Arealnetzen ein entsprechender Anschlussanspruch aus § 19 GWB folgt.<sup>76</sup> Bei neuen Arealnetzen ist die Zugangsverweigerung zum Mittelspannungsnetz nach Ansicht des BGH wie des Bundeskartellamts<sup>77</sup> rechtsmissbräuchlich. Aufgrund der inhaltlichen Identität der Vorschriften ist damit zu rechnen, dass sich der Konflikt zwischen den Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung und den Arealnetzbetreibern in diesem Bereich auch zukünftig fortsetzt. Es ist nach wie vor möglich, dass der Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung mit dem Hinweis auf die technische oder wirtschaftliche Unzumutbarkeit den Netzanschluss verweigert, wie dies bereits in der Vergangenheit häufig erfolgte. Besonders im Bereich der bestehenden (Areal-)Netze darf die weitere Entwicklung deshalb mit Spannung erwartet werden.<sup>78</sup>

Eine neue Bedeutung erlangt die jetzige Aufnahme des Netzanschlussanspruches in das Energiewirtschaftsgesetz aber in jedem Fall wegen der Festschreibung formaler Erfordernisse im Zusammenhang mit der Verweigerung des

---

72 § 17 Abs. 1 EnWG.

73 § 17 Abs. 2 EnWG.

74 BGH Urt.v. 28.06.2005, Az: 27/04, [www.bundesgerichtshof.de/](http://www.bundesgerichtshof.de/).

75 So wohl: *Scholtka* in: NJW 2005, S. 2421 (2424).

76 BGH (Fn. 74), unter C II 1. e) aa) S. 17.

77 Beschluss vom 08.10.2003 B11-12/03 „Mainova“, Satz 3 der Verfügung 2), S. 2, [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/EntschKartArchiv/EntschKartell.shtml](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/EntschKartArchiv/EntschKartell.shtml).

78 Hierzu *Meinhold* in ZNER 2005, S. 196 (202f.).

Netzzugangs<sup>79</sup>: Der Netzbetreiber muss die Ablehnung in Textform begründen und auf Verlangen des Anschlusswilligen konkretisieren. Dies wird jenem, insbesondere bei tatsächlicher wirtschaftlicher Unzumutbarkeit, die Möglichkeit eröffnen, durch eine (zumindest teilweise) Kostenübernahme die Unzumutbarkeit des Netzanschlusses zu beseitigen.<sup>80</sup>

Abweichend von dem bisher Beschriebenen sieht § 18 Abs. 1 EnWG für Betreiber von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung<sup>81</sup> vor, dass diese allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss von und die Anschlussnutzung durch Letztverbraucher in Niederspannung und Niederdruck zu veröffentlichen sowie zu diesen Bedingungen jedermann an ihr Energieversorgungsnetz anzuschließen und die Nutzung des Anschlusses zur Entnahme von Energie zu gestatten haben. Diese Pflichten bestehen jedoch nicht, wenn der Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Netzbetreiber aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist, § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG. Diese Vorschrift, die die Netzkomponente der ehemaligen Anschluss- und Versorgungspflicht des § 10 EnWG a.F. in das neue Regelungsregime übernimmt, könnte sich in der Praxis als problematisch erweisen.

Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut eindeutig, dass die von den Netzbetreibern zu erlassenen Bedingungen nur auf Anschluss und Anschlussnutzung von Letztverbrauchern auszurichten sind, aber demgegenüber von jedermann in Anspruch genommen werden können. Nach § 3 Nr. 25 sind Letztverbraucher nur Kunden, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Anschlussberechtigt zu diesen, für Letztverbraucher entwickelte Bedingungen sind aber nach dem Wortlaut genauso beispielsweise nachgelagerte, in Niederspannung oder Niederdruck angeschlossene Netzbetreiber, beispielsweise eines kleinen Areal- oder – jetzt – Objektnetzes. Eine Erklärung hierfür bleibt das Gesetz ebenso wie die Gesetzesbegründung schuldig. Der Gesetzgeber ging anscheinend davon aus, dass § 18 lediglich den Anschluss und die Anschlussnutzung von Letztverbrauchern re-

---

79 § 17 Abs. 2 S. 3, 4 EnWG.

80 Nach § 17 Abs. 2 S.3 EnWG muss der Netzbetreiber aussagekräftige Informationen über die konkreten Maßnahmen und die damit verbundenen Kosten zum Ausbau des Netzes mitteilen.

81 Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung sind nach § 3 Nr. 17 Netze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen.

gelt<sup>82</sup>, was aber mit dem Wortlaut allenfalls durch die einschränkende Auslegung des Begriffes „jedermann“ möglich erscheint.<sup>83</sup>

Überraschend ist es zudem, dass die Anschlussverweigerung nach § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG nur bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit möglich sein soll. Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass bei Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung in Niederspannung und Niederdruck immer eine technische und wirtschaftliche Anschlussmöglichkeit besteht. Ein Rückgriff auf § 17 EnWG dürfte in diesen Fällen zwar angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG („Abweichend von § 17“) ausscheiden. Allerdings ist der Anschluss nur zu gewähren, wenn die Voraussetzungen der allgemeinen Anschlussbedingungen des Netzbetreibers nach Abs. 1 S. 1 erfüllt sind. Hier hat der Netzbetreiber also einen gewissen Gestaltungsspielraum. Denkbar wäre es, hier die Fälle der technischen Unmöglichkeit von der Anschlusspflicht auszunehmen.<sup>84</sup>

Schließlich ergibt sich aus der Formulierung in § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG<sup>85</sup> noch ein weiteres, eher merkwürdiges Ergebnis: Der Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung könnte theoretisch die Veröffentlichung allgemeiner Bedingungen verweigern, wenn für ihn der Anschluss weiterer Netzanschlusspunkte oder die Änderung der Anschlussnutzung wirtschaftlich unzumutbar ist. Dies wäre durchaus denkbar, wenn beispielsweise weitere Anschlüsse oder Kapazitätserhöhungen wirtschaftlich unzumutbare Netzausbaumaßnahmen notwendig machen würden. Wieso in diesem Fall nach § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG sämtliche Pflichten des Satzes 1, also auch die Pflicht zur Veröffentlichung allgemeiner Bedingungen, entfallen, ist nicht recht einleuchtend, da diese in jedem Fall für die bestehenden Anschlüsse/Anschlussnutzungen gelten. Dem kann man auch nicht mit dem Argument begegnen, dass ein derartiger Fall nicht eintreten könne, weil der Netzbetreiber zum bedarfsgerechten Netzausbau verpflichtet wäre, da diese Pflicht bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit gerade nicht besteht.<sup>86</sup> Ein Lösungsansatz wäre eventuell die einschränkende Auslegung von § 18 Abs. 2 S. 2 EnWG. Da angesichts des allgemein durch die Einführung der Anreizregulierung erwarteten Kostendrucks eine praktische Relevanz besteht, ist dieser Lapsus des Gesetzgebers besonders ärgerlich.

---

82 Regierungsentwurf (Fn. 52), S. 106.

83 in diesem Sinne *Hempel/Franke*, Recht der Energie und Wasserversorgung, Band I, Neuwied, 79. AL Februar 2006, § 18 EnWG Rn. 41.

84 So wohl auch *Hempel/Franke* (Fn. 83), Rn. 123.

85 § 18 Abs. 2 S. 1 EnWG spricht davon, dass die „Pflichten“ des § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit nicht bestehen.

86 Vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG.

*bb) Netzzugang*<sup>87</sup>

Die Modalitäten des Netzzugangs werden in § 20 EnWG geregelt. § 20 Abs. 1 ist dabei generalklauselartig für beide Medien ausgestaltet. In § 20 Abs. 1a EnWG wird der Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen, in § 20 Abs. 1b EnWG der Zugang zu den Gasversorgungsnetzen eingehender geregelt. Diese Normen geben allerdings nur den allgemeinen gesetzlichen Rahmen des Netzzugangs vor, der durch die Strom- bzw. Gasnetzzugangsverordnung näher ausgestaltet wird.

Nach § 20 Abs. 1 EnWG ist jedem Netzzugangspetenten nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren. Die maßgeblichen Bedingungen und Verträge sowie die Entgelte für den Netzzugang sind im Internet zu veröffentlichen; die für den effizienten Netzzugang erforderlichen Informationen sind den jeweiligen Netznutzern zur Verfügung zu stellen. Eine Verweigerung des Zugangs kommt nur in Betracht, soweit die Gewährung des Netzzugangs aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unter Berücksichtigung der in § 1 formulierten Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes unmöglich oder unzumutbar ist.<sup>88</sup> Analog zu § 17 EnWG liegt die eigentliche Neuerung in der Formalisierung der Verweigerung: Auch hier muss der Netzbetreiber die Ablehnung in Textform begründen und auf Verlangen des Netznutzung Begehrenden konkretisieren. Entscheidend ist aber, dass der Regulierungsbehörde unverzüglich hiervon Mitteilung zu machen ist. Die unterlassene Mitteilung kann ein Missbrauchsverfahren, auch auf Betreiben des Zugang Begehrenden<sup>89</sup>, nach sich ziehen. Über § 95 Abs. 1 Nr. 4, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EnWG ist im Übrigen jeglicher Verstoß gegen Teil 3 Abschnitt 2 und 3 des EnWG und damit auch gegen die Bestimmungen zum Netzzugang bußgeldbewert.

Die grundsätzliche Ausgestaltung des Netzzugangs vermag zunächst wenig überraschen, da, wie erwähnt, die Regelung nur den bisherigen status quo in das neue Regime übernimmt. Die Vorschrift entpuppt sich bei näherer Betrachtung jedoch als durchaus kritisch, weil der Anspruch auf Netzzugang nicht nur gegenüber den Netzbetreibern von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung, sondern ebenso gegenüber jedem Betreiber von Energieversorgungsnetzen, besteht. Nach § 3 Nr. 4 EnWG sind dies alle Betreiber von Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen, die in § 3 Nr. 2, 6 EnWG als natürliche oder juristische Personen bzw. rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens definiert werden, die Betreiber von Übertragungs- oder Elektrizitätsverteilnetzen sowie Gasversorgungsnetzen (§ 3 Nr. 20

---

87 Siehe hierzu *Stumpf/Gabler* in NJW 2005, S. 3174 (3175f.).

88 § 20 Abs. 2 EnWG.

89 Vgl. zur Möglichkeit der Antragstellung im sog. Besonderen Missbrauchsverfahren § 31 EnWG.



EnWG) sind. Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilungsnetzen sind nach § 3 Nr. 3, 7 EnWG natürliche oder juristische Personen bzw. Unternehmenseinheiten, die die Aufgabe der Verteilung der jeweiligen Medien wahrnehmen und für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes sowie die Verbindung mit anderen Netzen verantwortlich sind. Danach ist auch der typische Arealnetzbetreiber Betreiber eines Energieversorgungsnetzes. Diese können den durch §§ 20ff. EnWG gestellten hohen Anforderungen nur entgehen, wenn ihr Arealnetz als sog. Objektnetz im Sinne des § 110 EnWG einzustufen ist. Dabei sind die Begriffe keinesfalls deckungsgleich. Das legen schon der bereits zitierte „Mainova“-Beschluss des Bundeskartellamts<sup>90</sup> und die Bestätigung dieser Ansicht in der Entscheidung des BGH<sup>91</sup> in jener Sache nahe, wenn sie das Arealnetz als Netz der allgemeinen Versorgung einstufen, dass in jedem Falle nicht als Objektnetz bewertet werden kann.<sup>92</sup> Angesichts der engen Voraussetzungen des § 110 EnWG<sup>93</sup> und der aufgrund des Ausnahmecharakters gebotenen restriktiven Auslegung dieser Vorschrift dürften also auch etliche Arealnetze der Regulierung durch die Regulierungsbehörden zu unterziehen sein und beispielsweise die Veröffentlichungspflichten aus Abs. 1 zu erfüllen haben. Unter diesem Gesichtspunkt gewinnt die Entscheidungsbefugnis der Landesregulierungsbehörden nach §§ 110 Abs. 4, 54 Abs. 2 Nr. 9 EnWG eine besondere Bedeutung.

### (1) Stromnetze

Die Ausgestaltung des Netzzugangs zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen nach § 20 Abs. 1a EnWG orientiert sich an den bisher marktüblichen Regelungen der Verbändevereinbarung II plus. Dies ist insoweit erstaunlich, als das bisherige Konzept des verhandelten Netzzugangs, also der vertraglichen Aushandlung der für die Netznutzung erforderlichen Vereinbarungen, nicht recht zum nunmehr verfolgten regulatorischen Ansatz passen will. Der Gesetzgeber hat wohl auf eine abschließende Regelung der Netzzugangsbedingungen (zunächst) verzichtet, um den Marktteilnehmern die Möglichkeit zu eröffnen, die „Spielregeln“, natürlich im engen Rahmen des §§ 20, 21 EnWG sowie den Bestimmungen der Stromnetzzugangsverordnung, selbst zu bestimmen; andererseits hat man mit den Festlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörden in § 27 Abs. 1 Nr. 15, § 28 StromNZV ein äußerst flexibles und effektives staatliches Lenkungsinstrument geschaffen, das über kurz oder lang zu einer Standardisierung der Netz-

---

90 B11-12/03 „Mainova“ (Fn. 77), unter 2.3.2 e) (I) S. 27 ff.

91 BGH (Fn. 74), unter C II 1. e) dd) S. 19.

92 Vgl. § 110 Abs. 1 EnWG a. E.

93 Hierzu: *Meinhold* (Fn. 71), S. 203ff; *Rosin* in RdE 2006, S. 9; *Klemm* in CuR 2005, S. 111; *Schroeder-Czaja/Jacobshagen* in IR 2006, S. 50 ff.

zugangsbedingungen führen wird. Spätestens zu diesem Zeitpunkt wird aber der Sinn des Netzzugangs auf Vertragsbasis nochmals ernsthaft zu hinterfragen sein.

Nach § 20 Abs. 1a S. 3 EnWG vermittelt der Netznutzungsvertrag den Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz. Er ist von Letztverbrauchern mit dem Netzbetreiber abzuschließen, aus dessen Netz die Entnahme von Elektrizität erfolgen soll.<sup>94</sup> Die Mindestinhalte des Vertrages werden durch § 24 Abs. 2 StromNZV bestimmt. Der Letztverbraucher hat Anspruch auf den Abschluss dieses Vertrages<sup>95</sup>; er fordert spätestens mit der Anmeldung der ersten Entnahmestelle (konkludent) ein verbindliches Vertragsangebot beim Netzbetreiber an, das dieser innerhalb von sieben Arbeitstagen abzugeben hat.<sup>96</sup>

Diese Art der Abwicklung des Netzzugangs bildet jedoch die Ausnahme. Im Sonderkundenbereich regelmäßig, im Haushaltskundenbereich ausschließlich werden sog. All-inclusive-Lieferverträge abgeschlossen, also Stromlieferverträge mit integrierter Netznutzung durch den Lieferanten. Gläubiger der Netznutzung ist also in diesen Fällen der jeweilige Lieferant, weil er nur so die Verpflichtungen aus dem Stromliefervertrag mit dem Letztverbraucher erfüllen kann: Beim All-inclusive-Vertrag schuldet der Lieferant die Lieferung der Energie bis zur Abnahmestelle des Kunden. Der Lieferant muss also das dem Letztverbraucher „vorgelagerte“ Netz nutzen, um seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Folglich ist hier der Netznutzungsvertrag durch den Lieferanten mit dem Netzbetreiber abzuschließen; er heißt dann Lieferantenrahmenvertrag.<sup>97</sup> Zur vertraglichen Anbahnung gelten dieselben Regelungen wie beim Netznutzungsvertrag<sup>98</sup>; der Lieferant hat ebenfalls Anspruch auf Abschluss des Vertrages.<sup>99</sup> Der Inhalt des Vertrages wird über § 25 StromNZV näher bestimmt.

Um die Lieferungen und Entnahmen der Netznutzer bzw. Lieferanten innerhalb einer sog. Regelzone<sup>100</sup> auszugleichen, sind zusätzlich Bilanzkreise zu bilden<sup>101</sup>. Bilanzkreise müssen deshalb mindestens eine Einspeise- und eine Entnahmestelle besitzen.<sup>102</sup> Der bilanzkreisbildende Netznutzer hat gegenüber dem

---

94 § 20 Abs. 1a S. 1 EnWG.

95 § 24 Abs. 1 S. 1 StromNZV.

96 § 23 Abs. 1 StromNZV.

97 § 20 Abs. 1a S. 2 EnWG.

98 § 23 Abs. 1 StromNZV.

99 § 25 Abs. 1 StromNZV.

100 § 3 Nr. 30 EnWG: Netzgebiet, für dessen technische Regelung ein Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der UCTE verantwortlich ist.

101 § 20 Abs. 1a S. 5 EnWG, § 4 Abs. 1 S. 1 StromNZV.

102 § 4 Abs. 1 S. 2 StromNZV.

Übertragungsnetzbetreiber einen Bilanzkreisverantwortlichen zu benennen.<sup>103</sup> Dieser ist für eine ausgeglichene Bilanz der Einspeisungen und Entnahmen pro Bilanzkreis in jeder ¼-Stunde verantwortlich; er hat das wirtschaftliche Risiko der Abweichungen zwischen Ein- und Ausspeisung des Bilanzkreises zu tragen.<sup>104</sup>

Die Abwicklung des Netzzugangs im Detail wird durch die Stromnetzzugangsverordnung näher bestimmt. Allerdings enthält diese verständlicherweise nur allgemeine Leitlinien und lediglich für in der Vergangenheit aufgrund der fehlenden verbindlichen Regelungen besonders kritische Bereiche detaillierte Vorschriften, so für die Bildung von Standard-Lastprofilen<sup>105</sup>, die Bestimmung und Vergütung von Jahresmehr- und -mindermengen<sup>106</sup> und der Lieferantenwechsel.<sup>107</sup> Hingegen wird der Datenaustausch zwischen den Marktteilnehmern nur kryptisch in § 22 StromNZV geregelt. Der Bundesnetzagentur wird jedoch die Festlegung einheitlicher Geschäftsprozesse<sup>108</sup> und Formate ermöglicht. Von dieser Festlegungsbefugnis will die Bundesnetzagentur möglichst schnell Gebrauch machen. Deshalb hat sie mittlerweile ein Verfahren zur Festlegung wesentlicher Lieferantenprozesse und Datenformate eingeleitet<sup>109</sup>, die entsprechende Konsultationsphase ist mittlerweile abgeschlossen. Mit der endgültigen Festlegung wird noch im ersten Halbjahr 2006 gerechnet.

## (2) Gasnetze

Wesentlich schwieriger umzusetzen sind die Vorgaben zum Zugang der Gasversorgungsnetze. Hier hat sich der Gesetzgeber für einen völlig neuen Weg entschieden, wohl auch deshalb, weil er der Gaswirtschaft die Umsetzung der Gasnetzöffnung angesichts der Erfahrungen mit der Verbändevereinbarung Gas II nicht überlassen wollte.

Wie die Bezeichnung des entsprechenden Absatzes (§ 20 Abs. 1b EnWG) bereits nahe legt, hat diese Bestimmung erst relativ spät während des Gesetzgebungsverfahrens Eingang in das Gesetz gefunden. Nach dem Regierungsent-

---

103 § 5 Abs. 2 S. 1 StromNZV.

104 § 5 Abs. 2 S. 2 StromNZV.

105 § 12 StromNZV.

106 § 13 StromNZV.

107 § 14 StromNZV.

108 Befugnis aus § 27 Abs. 1 Nr. 11 StromNZV.

109 Mitteilung Nr.70: Entscheidung über die Vorgabe einheitlicher Geschäftsprozesse und Datenformate bei der Belieferung von Kunden mit Elektrizität; Vorgabe als Inhalt von Lieferantenrahmenverträgen (BK6-06-009, Amtsbl. vom 08.02.2006, S.290).

wurf<sup>110</sup> sollte der Zugang zu den Strom- und Gasnetzen lediglich generalklauselartig, entsprechend dem jetzigen § 20 Abs. 1 EnWG, geregelt werden.

Während des Gesetzgebungsverfahrens kamen dann aber Zweifel auf, ob eine derart programmmäßige Regelung angesichts der Erfahrungen mit der Verbändevereinbarung Gas ausreichend sei. So erhielt § 20 EnWG im Vermittlungsausschuss<sup>111</sup> seine jetzige Gestalt.

Leider ist § 20 Abs. 1b EnWG trotz des beachtlichen Umfangs relativ unbestimmt gefasst, sodass allenfalls die Grundzüge des neuen Netzzugangsmodells aus der Vorschrift heraus erkennbar sind. Getrieben von der bereits abgelaufenen Umsetzungsfrist und einem drohenden erneuten Vertragsverletzungsverfahren bemerkte man anscheinend erst während der Beratungen des Gesetzes im Herbst 2004, dass eine Übertragung des im Grundsatz positiv bewerteten Stromnetzzugangsmodells der Verbändevereinbarung II+ auf den Gassektor nicht ohne weiteres möglich ist. Im Ergebnis wurde die Ausgestaltung des Netzzugangs schon deshalb wesentlich „vorsichtiger“ formuliert, als dies in § 20 Abs. 1a EnWG für den Strombereich geschehen ist. Um die Entwicklung entsprechender Standards zu ermöglichen, wurde zudem die Anwendung des § 20 Abs. 1b EnWG erst ab dem 01.02.2006 in Kraft gesetzt.

Nach § 20 Abs. 1b EnWG sind Gasnetzbetreiber zum Angebot von Ein- und Ausspeisekapazitäten verpflichtet, die den Netzzugang ohne vorherige Festlegung eines genauen Transportpfades ermöglichen und unabhängig voneinander nutz- und handelbar sind.<sup>112</sup> Notwendig sind zukünftig lediglich zwei Verträge: Der Einspeisevertrag mit dem Netzbetreiber, in dessen Netz eine Einspeisung von Gas erfolgen soll und ein Ausspeisevertrag mit dem Netzbetreiber, aus dessen Netz dieses Gas wieder ausgespeist wird.<sup>113</sup> Die Netzbetreiber werden zur engen Zusammenarbeit verpflichtet, um diese einfache Abwicklung zu ermöglichen. Daneben sollen Vertragsstandards für den Netzzugang entwickelt werden.<sup>114</sup>

Hier war und ist naturgemäß vieles unklar. Angesichts der Koordinierung des Verhaltens einer Vielzahl von Netzbetreibern auf unterschiedlichsten Netzebenen scheint der Zeitpunkt einer praktischen Umsetzung ungewiss. Allerdings hat sich die Bundesnetzagentur auf die Fahnen geschrieben, bis zu Beginn des neuen Gaswirtschaftsjahres am 01.10.2006 ein funktionsfähiges Netzzugangsmodell

---

110 Regierungsentwurf (Fn. 52), Art. 1 § 20 Abs. 1 EnWG.

111 Empfehlung Vermittlungsausschuss (Fn. 64), Art. 1 Änderung 11, S. 3.

112 § 20 Abs. 1b S. 1 EnWG.

113 § 20 Abs. 1b S. 2, 3 EnWG.

114 § 20 Abs. 1b S. 5-8 EnWG.

zu etablieren.<sup>115</sup> Nach dem von BGW und VKU im Konsultationskreis Gasnetzzugang<sup>116</sup> vorgestellten und mit der Bundesnetzagentur abgestimmten Vorschlag soll sich das Modell im Grundsatz stark am etablierten Stromnetzzugangsmodell anlehnen: Wie von § 20 Abs. 1b EnWG vorgeschrieben, sind zukünftig lediglich zwei Verträge erforderlich. In einem ersten Schritt sollen mehrere (deutlich unter 20) sog. Marktgebiete netzbetreiberübergreifend definiert werden, die mit den Regelzonen im Strombereich vergleichbar sind. Mit dem Ausspeisevertrag wird der Zugang zu einem virtuellen Handelspunkt innerhalb dieses Marktgebietes vermittelt. Innerhalb des Marktgebietes kann der Netznutzer gebuchte Kapazitäten an Ein- und Ausspeisepunkten flexibel nutzen, so dass hier ein Lieferantenwechsel unproblematisch möglich sein soll. Die Belieferung über Marktgebiete hinweg ist hingegen nur bei ungenutzten saldierten Kapazitäten zu den vorgelagerten Netzen möglich. Im Rahmen der Netznutzung soll eine Kosten- und Entgeltwälzung innerhalb des Marktgebietes entsprechend der Regelungen im Strombereich vorgenommen werden.

Die Bundesnetzagentur hat einen Zeitplan aufgestellt, der die Einführung eines funktionierenden Marktzugangsmodells zu Beginn des Gaswirtschaftsjahres 2006/07 am 01.10.2006 vorsieht. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Zeitplan eingehalten werden kann.

#### **b) Netz(nutzungs)entgelte<sup>117</sup>**

Eine der wesentlichsten Neuerungen der gesamten Reform wurde im Bereich der Netzentgelte vorgenommen: Diese müssen nach § 23a Abs. 1 EnWG nunmehr durch die zuständige Regulierungsbehörde<sup>118</sup> genehmigt werden. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Entgelte den Anforderungen des Energie-

---

115 Sprechzettel *Matthias Kurth* „Meilenstein für mehr Wettbewerb im Gasmarkt ist erreicht“ vom 31.01.2006 unter [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4869.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4869.pdf) und Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 31.01.2006, unter [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4867.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4867.pdf).

116 An diesem von der Bundesnetzagentur moderierten Konsultationskreis wurden die Verbände BGW, VKU und GEODE von Netzbetreiberseite und VIK, EFET, BNE und BDI von Netznutzerseite beteiligt.

117 Die Netzentgeltregulierung wird hier nur in groben Zügen vorgestellt; eine detaillierte Darstellung würde den Rahmen sprengen, s. auch *Stumpf/Gabler* in NJW 2005, 3174 (3176).

118 Dies ist nach § 54 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG die Landesregulierungsbehörde, soweit eine solche eingerichtet wurde, an das betroffene Verteilnetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und das Netz nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Für die übrigen Netzentgeltgenehmigungen, insbesondere der Übertragungs- und Fernleitungsnetze, ist die Bundesnetzagentur zuständig, § 54 Abs. 1 EnWG.

wirtschaftsgesetzes und den Netzentgeltverordnungen entsprechen.<sup>119</sup> Das Energiewirtschaftsgesetz trifft nur allgemeine Vorgaben über die Entgeltbildung, die in den Netzentgeltverordnungen näher ausgestaltet werden. Nach § 21 Abs. 1 EnWG müssen die Netzentgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent gebildet werden und dürfen nicht ungünstiger als die gegenüber den eigenen Unternehmensteilen angewandten oder tatsächlich bzw. kalkulatorisch in Rechnung gestellten Entgelten sein. Die Entgeltbildung hat auf der (Kosten-) Grundlage der Betriebsführung eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers zu erfolgen.<sup>120</sup> Um die entsprechende Datenbasis für den hierfür notwendigen Vergleich des Antragstellers mit „dem“ effizienten Netzbetreiber zu erhalten, kann die Regulierungsbehörde in regelmäßigen Abständen einen Vergleich der Entgelte, Erlöse und Kosten der Netzbetreiber durchführen.<sup>121</sup> Von dieser Befugnis hat die Bundesnetzagentur bereits regen Gebrauch gemacht.<sup>122</sup>

Die Netzentgeltverordnungen schreiben detailliert vor, wie die Kosten in Ansatz zu bringen sind. Dabei werden für bestimmte Aufwandspositionen eigenständige kalkulatorische Ansätze vorgeschrieben.<sup>123</sup> Zugleich wird das System der Kostenverteilung<sup>124</sup> und der Entgeltermittlung<sup>125</sup> verbindlich festgelegt.

Momentan prüfen die Regulierungsbehörden die Entgeltanträge. Diese waren von den Netzbetreibern für die Stromnetze bis zum 28.10.2005, für die Gasnetze bis zum 30.01.2006 abzugeben.<sup>126</sup>

---

119 § 23a Abs. 2 EnWG.

120 § 21 Abs. 2 EnWG.

121 § 21 Abs. 3 EnWG.

122 Vfg. 63/2005 betreffend den Umfang, den Zeitpunkt und die Form der Datenübermittlung für das erste Vergleichsverfahren Strom sowie den Bericht zur Einführung einer Anreizregulierung Strom Festlegung vom 21. September 2005 (Az.: E405c-05-001/E 24.08.05, Amtsbl. v. 21.09.2005, S. 1337); Vfg. 64/2005 betreffend den Umfang, den Zeitpunkt und die Form der Datenübermittlung für das erste Vergleichsverfahren Gas sowie den Bericht zur Einführung einer Anreizregulierung Gas Festlegung vom 21. September 2005, (Az.: E405e-05-001/E 24.08.05, Amtsbl. v. 21.09.2005, S. 1337).

123 So die Regelungen für kalkulatorische Abschreibungen in § 6 StromNEV und § 6 GasNEV, für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung in § 7 StromNEV und § 7 GasNEV sowie für die kalkulatorischen Steuern in § 8 StromNEV und § 8 GasNEV.

124 Abschnitt 2, §§ 12 ff StromNEV, Abschnitt 2 §§ 12f. GasNEV.

125 Abschnitt 3, §§ 15 ff StromNEV, Abschnitt 3 §§ 13ff. GasNEV.

126 Vgl. § 118 Abs. 1b EnWG, wonach die Genehmigungsanträge der Stromnetzbetreiber 3 Monate, die der Gasnetzbetreiber 6 Monate nach Inkrafttreten der Entgeltverordnungen zu stellen waren.

Diese Regelungen zur Entgeltbildung haben jedoch nur temporären Charakter. § 21a EnWG legt bereits eine neue Form der Entgeltbildung an: Abweichend von § 21 Abs. 2 bis 4 EnWG können die Entgelte auch im Rahmen der sog. Anreizregulierung bestimmt werden. Dabei handelt es sich um eine Methode, bei der Anreize für eine effiziente Leistungserbringung gesetzt werden.<sup>127</sup> Hier werden bestimmte Obergrenzen für die Höhe der Netznutzungsentgelte (sog. price caps) oder die Gesamterlöse aus Netznutzungsentgelten (sog. revenue caps) pro Unternehmen unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben für eine bestimmte zeitliche Periode (mindestens 2 und höchstens 5 Jahre<sup>128</sup>) vorgegeben.<sup>129</sup> Obergrenzen sind zumindest für den Beginn und das Ende der Regulierungsperiode vorzugeben. Die Ermittlung der jeweiligen Obergrenzen schreibt § 21a Abs. 4 EnWG vor: Um die festzusetzenden Obergrenzen zu ermitteln, wird zunächst der vom Netzbetreiber nicht beeinflussbare Kostenanteil ermittelt. Hierbei werden die Ansätze eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers berücksichtigt. Der nicht beeinflussbare Kostenanteil bleibt während der gesamten Regulierungsperiode gleich. Der vom Netzbetreiber beeinflussbare Kostenanteil wird zu Beginn der Regulierungsperiode anhand der Vorgaben der § 21 Abs. 2 bis 4 EnWG, also ebenfalls unter Berücksichtigung der Ansätze eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers, ermittelt, jedoch unter Beachtung der Erkenntnisse aus den durchgeführten Vergleichsverfahren. Sodann werden (objektiv erfüllbare) Effizienzziele für die Regulierungsperiode formuliert, aus denen sich die Obergrenze zum Ende der Regulierungsperiode ergibt.

Die Einzelheiten des Systems der Anreizregulierung werden von der Bundesnetzagentur bis zum 01.07.2006 in einem Bericht erarbeitet<sup>130</sup>, für den bereits erste Referenzberichte vorliegen.<sup>131</sup> Auch hierfür hat die Bundesnetzagentur bereits umfangreiche Datenerhebungen durchgeführt.<sup>132</sup>

---

127 § 21a Abs. 1 EnWG.

128 § 21a Abs. 3 S. 1 EnWG.

129 § 21a Abs. 1 EnWG.

130 § 112a EnWG.

131 1. und 2. Referenzbericht der Bundesnetzagentur vom 08.12.2005 bzw. 26.01.2006, [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4401.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4401.pdf) und [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4971.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4971.pdf).

132 Vgl. Vfg. 63/2005 und 64/2005 (Fn. 122) sowie Vfg. 98/2005 – Zusätzliche Datenerhebung für die Berichterstattung zur Anreizregulierung Gas vom 21.12.2005 (Az: 82 Fe Zusatzabfrage Gas/601c14.12.05, Amtsbl. vom 21.12.2005, S. 1974).

### c) *Unbundling*

Für das Funktionieren der dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkte ist neben der Sicherstellung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung eine transparente Ausgestaltung des Netzbetriebs besonders wichtig. Dies hat schon die EU in den Erwägungsgründen der Beschleunigungsrichtlinien<sup>133</sup> zur Begründung der Vorschriften zur Entflechtung vertikal integrierter Versorgungsunternehmen angeführt. Die Richtlinien-Vorgaben sind im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie ohne große Spielräume für die Mitgliedsstaaten wesentlich verschärft worden. Der deutsche Gesetzgeber hat diese deshalb ohne größere Modifizierung in das novellierte Energiewirtschaftsgesetz übernommen. Die entsprechenden Regelungen sind während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens inhaltlich nahezu unverändert geblieben.

Das Energiewirtschaftsgesetz widmet den Vorgaben zur Entflechtung der Monopol- von den Wettbewerbsbereichen einen eigenen Teil, allerdings nicht mehr als 5 Paragraphen. Angesichts der Tatsache, dass der größte Teil der Energieversorgungsnetze unterhaltenden Unternehmen auch in Wettbewerbsbereichen tätig ist, wird die Auslegung dieser Vorschriften mittelfristig eine besondere Bedeutung erlangen.

§ 6 Abs. 1 EnWG umschreibt die Zielsetzung der Entflechtung näher: Die diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs und der Gewährleistung von Transparenz ist nur zu erreichen, wenn die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt ist.

Diese Unabhängigkeit versucht das Gesetz durch vier verschiedene Arten der Entflechtung zu erreichen. Es wird zwischen der rechtlichen<sup>134</sup>, der operationellen<sup>135</sup>, der informatorischen<sup>136</sup> und der buchhalterischen Entflechtung<sup>137</sup> unterschieden.

Eine erste Richtschnur zur Auslegung der Vorschriften hat der Länderausschuss von Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden mit einem Positionspapier zur Auslegung der Entflechtungsbestimmungen vorgegeben.<sup>138</sup> Daneben

---

133 Erwägungen (7) und (8) RL 2003/54/EG bzw. (8) und (10) RL 2003/55/EG.

134 § 7 EnWG.

135 § 8 EnWG.

136 § 9 EnWG.

137 § 10 EnWG.

138 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG vom 01.03.2006, [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/5222.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/5222.pdf).



hat sich die Generaldirektion Energie und Verkehr bereits im Januar 2004 zur Auslegung der den deutschen Regelungen zugrunde liegenden Richtlinienbestimmungen in einem Vermerk geäußert, der bei der Auslegung der nationalen Regelungen mit heranzuziehen sein wird.<sup>139</sup>

Allerdings wird von Seiten der Regulierungsbehörden betont, dass die Verantwortung für die rechtskonforme Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen bei den Unternehmen liegt.<sup>140</sup> Angesichts der Interpretationsspielräume und der Gestaltungsvielfalt scheint dies vor dem Hintergrund der aner kennenswerten Zielsetzungen der Entflechtungsvorgaben durchaus kritisch.

#### *aa) Rechtliche Entflechtung*

Nach § 7 Abs. 1 EnWG müssen vertikal integrierte Versorgungsunternehmen sicherstellen, dass der Netzbetreiber hinsichtlich der Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung ist, also faktisch in einer eigenständigen Gesellschaft betrieben wird.

Die Pflicht zur rechtlichen Entflechtung trifft vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Dieses sind gemäß § 3 Nr. 38 EnWG im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen, die im Sinne der Fusionskontrollverordnung miteinander verbunden sind, soweit das Unternehmen oder die Gruppe neben einer Netzfunktion (Übertragung oder Verteilung) mindestens eine Wettbewerbsfunktion (Erzeugung/Gewinnung oder Vertrieb) wahrnimmt. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen müssen erst zum 01.07.2007 den Betrieb ihrer Verteilnetze in eine eigene „Netzgesellschaft“ ausgründen.<sup>141</sup> § 7 EnWG selbst lässt sich nicht entnehmen, mit welchen Befugnissen diese Gesellschaft auszustatten ist; dies ergibt sich jedoch aus den §§ 8 und 9 EnWG.

Ebenso lässt § 7 EnWG offen, welche Rechtsform für die Netzgesellschaft zu wählen ist und ob die Gesellschaft auch über das Eigentum an den Energieversorgungsnetzen verfügen muss. Nach Auffassung der Regulierungsbehörden<sup>142</sup> ist das Energieversorgungsunternehmen grundsätzlich in der Wahl der Rechtsform frei, muss aber durch vertragliche Gestaltung insbesondere die Einhaltung der Vorgaben des § 8 EnWG sicherstellen, also beispielsweise die Unabhängigkeit der Geschäftsführung von bestimmten Weisungen wahren und notfalls In-

---

139 „Die Entflechtungsregelung“ - Vermerk der GD Energie und Verkehr vom 16.01.2004, [http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/doc/notes\\_for\\_implementation\\_2004/unbundling\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_de.pdf).

140 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), Vorbemerkungen, S. 5.

141 § 7 Abs. 3 EnWG.

142 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), III 1.2, S. 12.

formationsrechte der Gesellschafter einschränken. Ebenso besteht grundsätzlich Wahlfreiheit bezüglich der Eigentumsverhältnisse am Netz: Das entflechtende Unternehmen kann einerseits das Netzeigentum in eine separaten Netzgesellschaft durch Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz einbringen, wobei hier über § 6 Abs. 2 EnWG umfassende umwandlungssteuer- und grunderwerbssteuerrechtliche Privilegierungen bestehen. Andererseits ist aber auch die reine Übertragung der „Verantwortlichkeit“ für den Netzbetrieb auf die Netzgesellschaft möglich. Dies setzt dann den Abschluss eines Pachtvertrages zwischen Mutterunternehmen und Netztochter voraus. Hierbei ist nach Auffassung der Regulierungsbehörden eine Mindestlaufzeit des Pachtvertrages von 3 Jahren notwendig, um die Verantwortlichkeit für den Netzbetrieb sicherzustellen.<sup>143</sup> Daraus ergibt sich jedoch eine wesentliche Restriktion des sog. „Pachtmodells“, da über die Bewertung der lang laufenden Pacht die Annahme wirtschaftlichen Eigentums durch die Finanzbehörden droht, was zur unerwünschten Aufdeckung stiller Reserven am Netzeigentum führen kann.

#### *bb) Operationelle Entflechtung*

Während § 7 EnWG die formal gesellschaftsrechtliche Trennung vorschreibt, bestimmt § 8 die Trennung inhaltlich näher. Nach § 8 Abs. 1 EnWG hat das vertikal integrierte Versorgungsunternehmen dafür Sorge zu tragen, dass der Netzbetrieb hinsichtlich Organisation, Entscheidungsgewalt und Ausübung des Netzgeschäfts unabhängig agieren kann. Personen mit Leitungsfunktion im Netzbetrieb müssen für die Ausübung dieser Tätigkeiten einer betrieblichen Einrichtung des Netzbetreibers und dürfen nicht einer betrieblichen Einrichtung der Wettbewerbsbereiche des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens angehören.<sup>144</sup> Alle Personen, die in anderen Bereichen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Tätigkeiten für den Netzbetrieb wahrnehmen, müssen insoweit der Leitung des Netzbetriebs unterstellt werden.<sup>145</sup>

Hinsichtlich der für Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte müssen die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse unabhängig von der Leitung des Gesamtunternehmens vom Netzbetreiber vorgenommen werden können.<sup>146</sup> Allerdings erkennt das Gesetz vor dem Hintergrund ansonsten verfassungsrechtlich bedenklicher Eingriffe an, dass dem vertikal integrierten Versorgungsunternehmen wirtschaftliche Befugnisse zur Gesamtleitung und Aufsichtsrechte über die Geschäftsführung des Netzbetriebes verbleiben müs-

---

143 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), III 1.2, S. 12.

144 § 8 Abs. 2 Nr. 1 EnWG.

145 § 8 Abs. 2 Nr. 2 EnWG.

146 § 8 Abs. 4 S. 1 EnWG.

sen. Deshalb soll sich die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens gesellschaftsrechtlicher Instrumente bedienen können, insbesondere der Weisung, der Festlegung allgemeiner Verschuldungsobergrenzen und der Genehmigung jährlicher Finanzpläne, soweit dies zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Gesamtunternehmens erforderlich ist.<sup>147</sup> Weisungen zum laufenden Betrieb sind allerdings nicht erlaubt, ebenso Weisungen zu einzelne baulichen Maßnahmen an Energieanlagen, solange diese im Rahmen der Finanzplanung genehmigt wurden.<sup>148</sup>

Die betroffenen Unternehmen müssen die verbindlichen Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäfts im so genannten Gleichbehandlungsprogramm festlegen.<sup>149</sup> Hierin müssen die einzelnen Pflichten und Sanktionen bei Verstößen beschrieben werden.<sup>150</sup> Das Gleichbehandlungsprogramm muss den im Rahmen des Netzbetriebs beschäftigten Mitarbeitern bekannt gemacht werden. Ebenso ist es der Bundesnetzagentur zu übermitteln.<sup>151</sup> Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen hat gleichzeitig eine Person oder Stelle zu benennen, die die Einhaltung des Gleichbehandlungsprogramms überwacht.<sup>152</sup> Dieser Gleichbehandlungsbeauftragte hat jährlich zum 31.03. einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen aufzustellen und der Regulierungsbehörde vorzulegen. Gleichzeitig ist der Bericht zu veröffentlichen.<sup>153</sup>

Diese inhaltlichen Anforderungen sind, anders als die formale gesellschaftsrechtliche Trennung nach § 7 EnWG, unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes umzusetzen. Dies entspricht zwar den Richtlinienvorgaben<sup>154</sup>, stellt die betroffenen Unternehmen aber vor erhebliche Herausforderungen.

### *cc) Ausnahmen von der rechtlichen und operationellen Entflechtung*

Soweit an das Energieversorgungsnetz des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, besteht die Pflicht zur rechtlichen und operationellen Entflechtung

---

147 § 8 Abs. 4 S. 2 EnWG.

148 § 8 Abs. 4 S. 4 EnWG.

149 § 8 Abs. 5 S. 1 EnWG.

150 § 8 Abs. 5 S. 3 EnWG.

151 § 8 Abs. 5 S. 1 EnWG.

152 § 8 Abs. 5 S. 1 EnWG a.E.

153 § 8 Abs. 5 S. 3 EnWG.

154 Vgl. Art. 30 Abs. 2 RL 2003/54/EG und Art. 33 Abs. 2 RL 2003/55/EG, die unmissverständlich nur die zeitliche Verschiebung der gesellschaftsrechtlichen Trennung zulassen.

tung nicht.<sup>155</sup> Die Ausnahmeregelung geht auf Art. 15 Abs. 2 a.E. RL 2003/54/EG, Art. 13 Abs. 2 a.E. RL 2003/55/EG zurück, die den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffnet, die Entflechtungsvorschriften nicht auf vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen anzuwenden, die weniger als 100.000 angeschlossene Kunden oder kleine isolierte Netze beliefern.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinienvorgaben dahingehend verstanden, dass für die Abgrenzung nicht auf die Liefer- sondern auf die Anschlussverhältnisse abzustellen ist. Die Regelung der Richtlinien ist in der Tat missverständlich: Die Bestimmungen könnten auch dahingehend interpretiert werden, dass die Pflicht zur Entflechtung immer dann besteht, wenn ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen mehr als 100.000 Kunden beliefert, die an das Energieversorgungsnetz insgesamt angeschlossen sind. Allerdings stellt sich dann systematisch die Frage, wieso für die Entflechtung des Netzbetriebes auf die Belieferung durch die Handelsabteilung des vertikal integrierten Versorgungsunternehmens abgestellt werden sollte. Sinnvoll lassen sich die Richtlinienvorgaben deshalb nur in der vom deutschen Gesetzgeber gewählten Art und Weise umsetzen. Der Kundenbegriff muss folglich netzbezogen verstanden werden.<sup>156</sup> Dies entspricht auch den Vorstellungen der Europäischen Kommission.<sup>157</sup>

Die Ausnahme greift, soweit weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Energieversorgungsnetz angeschlossen sind. Ansatzpunkt soll grundsätzlich der Netzanschlusspunkt sein.<sup>158</sup> Allerdings werden auch bei Vorhandensein nur eines physischen Netzanschlusspunktes in bestimmten Fällen „mittelbar“ angeschlossene Kunden hinzugerechnet: Beispielsweise soll bei einem Gebäude mit mehreren getrennten Wohnungen jeder Wohnung ein Anschluss zugeordnet werden.<sup>159</sup> Dies soll aber nicht gelten, wenn Wärme aus einer Gaszentralheizung bezogen wird.<sup>160</sup> Ampeln, die Straßenbeleuchtung, elektrifizierte Verkehrsmittel oder Telefonzellen sollen insgesamt jeweils als ein Kunde berücksichtigt werden.<sup>161</sup> Hingegen sollen Bündel- bzw. Filialkunden,

---

155 §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG.

156 So auch Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.1, S. 8.

157 Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr (Fn. 139), B 5.1, S. 16: Die Generaldirektion geht, ohne auf das Problem direkt einzugehen, davon aus, dass auf die Anschlussverhältnisse abzustellen ist.

158 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.1, S. 8; Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr (Fn. 139), B 5.1, S. 16.

159 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.1, S. 8.

160 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.1, S. 9.

161 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), Anlage 1 A, S. 35.

die mehrere Entnahmestellen innerhalb eines Netzgebietes betreiben, pro einzelner Entnahmestelle als Netzkunde gewertet werden; ebenso soll es sich bei kommunalen Entnahmestellen oder Sendemasten verhalten.<sup>162</sup> Im Ergebnis scheint diese Betrachtungsweise, die scheinbar willkürlich zwischen verschiedenen Entnahmekategorien differenziert, wenig nachvollziehbar. Die Behandlung von Bündelkunden oder kommunalen Abnahmestellen lässt sich mit den gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang bringen; es handelt sich schließlich jeweils nur um einen angeschlossenen Kunden. Eine pragmatische Lösung könnte sich hier über die sog. Anschlussnutzungsverhältnisse anbieten. Ein Anschlussnutzungsverhältnis besteht zwischen dem jeweiligen Netzbetreiber und dem tatsächlichen Nutzer eines Anschlusses an dessen Netz; es regelt die gegenseitigen Rechte und Pflichten. Der Vorteil dieser Lösung liegt in der Erfassung auch mittelbar angeschlossener Kunden wie beispielsweise Mietern in einem Mehrfamilienhaus, die, beispielsweise vermittelt über den Mietvertrag mit dem Eigentümer des Gebäudes und damit dem Anschlussnehmer, Anschlussnutzer des Hausanschlusses sind. Die Zahl der Anschlussnutzungsverhältnisse lässt sich vom jeweiligen Netzbetreiber wesentlich einfacher bestimmen.

Auch wenn die Anzahl der unmittelbar und mittelbar angeschlossenen Kunden die de-minimis-Grenze der Anschlüsse nicht übersteigt, kann dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen die Erleichterung der de-minimis-Klausel verwehrt sein, da in bestimmten Fällen die Anschlüsse mehrerer Energieversorgungsunternehmen zu addieren sind: Der Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens umfasst nach der Definition des § 3 Nr. 38 EnWG auch eine im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige Gruppe von Unternehmen, die im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Europäischen Fusionskontrollverordnung<sup>163</sup> miteinander verbunden sind. Eine derartige Verbindung liegt vor, wenn einem Unternehmen aufgrund der Verbindung eine bestimmende Einflussnahme ermöglicht wird. Entscheidend ist nicht die tatsächliche Praxis, sondern die rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit.<sup>164</sup> Bei Erwerb der Stimmenmehrheit wird von einer derartigen bestimmenden Einflussnahme ausgegangen.<sup>165</sup> Minderheitsbeteiligungen sollen in der Regel nicht zu einer entsprechend qualifizierten Einflussnahmemöglichkeit führen, wobei besondere Umstände allerdings auch hier einen bestimmenden Einfluss begründen können.

---

162 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), Anlage 1 B, S. 35.

163 VO 2004/129/EG des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsbl. L 24, S. 1.

164 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.2, S. 9.

165 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.2, S. 9 mit Verweis auf die „Mitteilung der KOM über den Begriff des Zusammenschlusses“ (98/C 66/02) vom 02.03.1998, Amtsbl. C 66/5.

Dies kommt insbesondere bei regelmäßiger Mehrheit in der Hauptversammlung, bei Vetorechten für wesentliche Entscheidungen oder bei vom Kapitalanteil abweichenden Stimmrechten in Betracht.<sup>166</sup> Eine entsprechende Kontrolle kann darüber hinaus ebenso durch den Erwerb von wesentlichen Vermögenswerten oder Nutzungsrechten am Vermögen, konzernrechtliche Organisationsverträge oder unter Umständen bei personellen Verflechtungen begründet werden.<sup>167</sup> Folglich könnte auch bei Dienstleistungen im Rahmen der Durchführung des Netzbetriebs Vorsicht geboten sein, da unter Umständen, beispielsweise bei einer damit verbundenen Pacht des Netzes, diese Grundsätze eingreifen könnten.

*dd) Informatorische Entflechtung*

Im Einklang mit den europäischen Vorgaben<sup>168</sup> hat der Gesetzgeber verbindliche Vorschriften zum Umgang mit netzbezogenen Informationen in § 9 EnWG festgeschrieben. Diese sind ausnahmslos von allen Netzbetreibern bzw. vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen anzuwenden; eine den §§ 7 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 6 S. 1 EnWG entsprechende Freistellung kleiner und mittlerer Unternehmen findet sich hier ebenso wenig wie im Rahmen der buchhalterischen Entflechtung.

Der diskriminierungsfreie Umgang mit Informationen wird als grundlegende Voraussetzung für die Entwicklung eines unverfälschten Wettbewerbs innerhalb der wettbewerbsfähigen Bereiche angesehen.<sup>169</sup> Deshalb verpflichtet § 9 Abs. 1 EnWG Netzbetreiber und vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zur Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen, von denen sie in Ausübung ihrer Tätigkeit als Netzbetreiber Kenntnis erlangen. § 9 Abs. 2 EnWG schreibt vor, dass die Offenlegung eigener „Netzbetreiber“-Tätigkeiten diskriminierungsfrei zu erfolgen hat.

Die eher unscheinbare Vorschrift erweist sich bei näherer Betrachtung als durchaus problematisch. Zunächst ist es erstaunlich, dass vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zur Vertraulichkeit neben den Netzbetreibern verpflichtet werden. Netzbetreiber sind nach § 3 Nr. 27 EnWG die Netz- und Anlagenbetreiber im Sinne der § 3 Nr. 2 bis 7 und 10 EnWG. Hierbei handelt es sich um natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Or-

---

166 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.2, S. 9.

167 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), II 2.2, S. 9.

168 Art. 12, 16 RL 2003/54/EG; Art. 10, 14 RL 2003/55/EG.

169 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), S. 23.

ganisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens<sup>170</sup>, die für Energieversorgungsnetze verantwortlich zeichnen. Damit sind alle nach den Beschleunigungsrichtlinien<sup>171</sup> von der Vertraulichkeit betroffenen Unternehmen bzw. Unternehmensbereiche angesprochen. Die gesonderte Verpflichtung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen führt hier nur zu Verwirrung, könnte man dies doch so interpretieren, dass ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen die Vertraulichkeit nur als juristische Person oder Unternehmensgruppe insgesamt wahren müsse, Informationen aber innerhalb des Unternehmens, auch zur hiermit verbundenen Handelsabteilung, ungehindert fließen können. Dass dies mit den Zielsetzungen der Bestimmung nicht in Einklang zu bringen ist, liegt auf der Hand; eine derartige Auslegung würde zudem den Richtlinienbestimmungen widersprechen, die jedenfalls im Gasbereich eine Weitergabe der betroffenen Informationen an verbundene Unternehmen explizit untersagen.<sup>172</sup> Die zusätzliche Benennung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens als Adressat der Verpflichtung ist missverständlich und überflüssig.

Auch die Abgrenzung der wirtschaftlich sensiblen Informationen, von denen der Netzbetreiber in Ausübung seiner Tätigkeit Kenntnis erlangt, und die Bestimmung der diskriminierungsfrei offen zu legenden, wirtschaftlich vorteilhaften Informationen des Netzbetreibers ist schwierig. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass eine Vielzahl unterschiedlichst strukturierter Netzbetreiber in Deutschland tätig sind, eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieser grundlegenden Bestimmung aber zur Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs unerlässlich ist. Insoweit wäre ein klares Signal der Regulierungsbehörden zur Auslegung der Begriffe wünschenswert; ein solches ist jedoch bisher nicht in Sicht: Nach Ansicht der Regulierungsbehörden handelt es sich bei den wirtschaftlich relevanten Informationen im Sinne des § 9 Abs. 2 EnWG um Informationen des Netzbetreibers über seine eigenen Tätigkeiten als Netzbetreiber, deren Kenntnis einem Netzkunden einen wirtschaftlichen Vorteil bringen kann.<sup>173</sup> Die Definition stellt eine bloße Leerformel dar, da gerade kein Ansatzpunkt für den wirtschaftlichen Vorteil genannt wird.

Netzkundeninformationen im Sinne des § 9 Abs. 1 EnWG sollen Daten oder Rückschlüsse aus Daten sein, von denen der Netzbetreiber oder ein von ihm be-

---

170 Dies sind nach § 3 Nr. 18 EnWG natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer die Verfügungsbefugnis besitzen.

171 Art. 12 und 16 RL 2003/54/EG und Art. 10 und 14 RL 2003/55/EG stellen für die Vertraulichkeit dementsprechend auch nur auf die Netzbetreiber ab.

172 Art. 10 Abs. 2 und 14 Abs. 2 RL 2003/55/EG.

173 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), S. 25 f.

auftragter Dritter in Ausübung des Netzgeschäftes Kenntnis erlangt hat und die Wettbewerbern der Netzkunden auf den vor- oder nachgelagerten Märkten einen Marktvorteil verschaffen könnten.<sup>174</sup> Die Frage ist hierbei schon, ob es sich wirklich nur um Daten handeln kann, die für Wettbewerber der Netzkunden von Interesse sind. Viel wahrscheinlicher ist es doch, dass Daten der Netzkunden für die Marktgegenseite (beispielsweise Daten der Anschlussnehmer, die für Konkurrenten des jeweiligen Lieferanten von Nutzen sein können) von Interesse und deshalb als wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich zu behandeln sind. Zwar werden von den Regulierungsbehörden einige Beispiele für Netzkunden- und Netzinformationen benannt, ohne jedoch eine Zuordnung zu der jeweiligen Informationskategorie vorzunehmen.<sup>175</sup> Gerade dies ist aber für die § 9 EnWG anwendenden Unternehmen entscheidend; der Netzbetreiber muss sich jetzt eigenverantwortlich Klarheit darüber verschaffen, ob die Information offen gelegt werden kann oder vertraulich behandelt werden muss.

Hier zeigt sich die Crux der Vorschrift: Eine Interpretation ist in viele Richtungen möglich; die eigentlich angestrebte Verhinderung der Informationsweitergabe innerhalb eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe, die zur Gewährleistung effektiven Wettbewerbs zwingend notwendig ist, wird aufgrund der unscharfen Trennlinien eher legitimiert als verhindert. Es steht zu befürchten, dass die entsprechenden Vorgaben leer laufen.

#### *ee) Buchhalterische Entflechtung*

Die Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung sind größtenteils dem bisherigen EnWG 2003 entnommen, wurden aber an den neuen ordnungsrechtlichen Rahmen und die verschärften Richtlinienvorgaben angepasst. Auch diese Bestimmungen sind von allen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen anzuwenden; eine Ausnahmeregelung für kleinere Verteilnetzbetreiber besteht nicht.

Energieversorgungsunternehmen<sup>176</sup> sind ungeachtet ihrer Rechtsform und ihrer Eigentumsverhältnisse zur Aufstellung, Testierung und Offenlegung des Jahresabschlusses nach den für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des HGB

---

174 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), S. 25.

175 Gemeinsame Auslegungsgrundsätze (Fn. 138), S. 26 f.

176 Bisher galt dies nur für Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung, nunmehr sind auch reine Energiehändler einbezogen, s. auch *Scholtka* in NJW 2005, S. 2421 (2424).



verpflichtet<sup>177</sup> und müssen im Anhang Geschäfte größeren Umfangs mit verbundenen und assoziierten Unternehmen gesondert ausweisen.<sup>178</sup>

Die eigentliche Regelung der buchhalterischen Entflechtung befindet sich in § 10 Abs. 3 EnWG. Danach müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen in ihrer internen Rechnungslegung getrennte Konten für jede Tätigkeit in den Bereichen Elektrizitätsübertragung und -verteilung, Gasfernleitung, -verteilung und -speicherung, Betrieb von LNG-Anlagen, Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors sowie außerhalb der Energiesektoren in der Weise führen, als ob sich dabei um eigenständige Unternehmen handeln würde.<sup>179</sup> Bei einzelnen, nicht eindeutig zuordenbaren Tätigkeiten ist eine Schlüsselung nach sachgerechten und für Dritte nachvollziehbaren Kriterien vorzunehmen.<sup>180</sup> Für jedes der einzelnen Konten ist eine eigenständige Bilanz und GuV zu erstellen.<sup>181</sup> Die Einhaltung dieser Pflichten ist im Rahmen des Jahresabschlusses zu testieren<sup>182</sup>; der testierte Jahresabschluss sowie die Einzel-Bilanzen und -GuVen sind der Regulierungsbehörde unverzüglich vorzulegen.<sup>183</sup>

Die Regelungen der buchhalterischen Entflechtung sind erstmals zu Beginn des ersten vollständigen Geschäftsjahres des Unternehmens nach Inkrafttreten des EnWG<sup>184</sup> anzuwenden; bis dahin gelten die §§ 9, 9a EnWG 2003 fort.<sup>185</sup>

#### **d) Liberalisierung des Messwesens**

Im Rahmen der Koalitionseinigung wurde auch die Liberalisierung des Zähler- und Messwesens in das Energiewirtschaftsgesetz aufgenommen. Bisher wurden die Messeinrichtungen regelmäßig durch die Versorgungsunternehmen betrieben. So sieht § 18 Abs. 1 AVBEltV<sup>186</sup> vor, dass das Elektrizitätsversorgungsunternehmen die vom Kunden abgenommenen Elektrizität durch Messeinrichtun-

---

177 § 10 Abs. 1 EnWG.

178 § 10 Abs. 2 EnWG.

179 § 10 Abs. 3 S. 1, 3, 4 EnWG.

180 § 10 Abs. 3 S. 5 EnWG.

181 § 10 Abs. 3 S. 6 EnWG.

182 § 10 Abs. 4 EnWG.

183 § 10 Abs. 5 EnWG.

184 In der Regel der 01.01.2006.

185 § 114 EnWG.

186 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden vom 21.06.1979, BGBl. I S. 684.

gen festzustellen hat, die den eichrechtlichen Vorschriften entsprechen muss. Gleiches gilt für Gasversorgungsunternehmen gemäß § 18 Abs. 1 AVBGasV<sup>187</sup>.

Dieses Zählermonopol wird nun aufgebrochen. Zwar ist der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen im Grundsatz nach wie vor Aufgabe des Netzbetreibers.<sup>188</sup> Allerdings kann dies auf Wunsch des Anschlussnehmers nunmehr auch von einem Dritten, dem sog. Messstellenbetreiber, vorgenommen werden.<sup>189</sup> Dieser muss den einwandfreien, den eichrechtlichen Vorschriften entsprechenden Betrieb der Messeinrichtung gewährleisten.<sup>190</sup> Die Messeinrichtung muss die vom Netzbetreiber nach sachlich gerechtfertigten und diskriminierungsfreien Erwägungen festgelegten technischen Mindestanforderungen sowie die Anforderungen an Datenumfang und –qualität erfüllen.<sup>191</sup> Nur wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, darf der Netzbetreiber die Übertragung auf den Dritten ablehnen; dies hat er in Textform zu begründen.<sup>192</sup> Die Übernahme des Messstellenbetriebs erfolgt aufgrund Vertrags zwischen Messstellenbetreiber und Netzbetreiber.<sup>193</sup> Der Messstellenbetreiber hat einen Anspruch auf Einbau einer in seinem Eigentum stehenden Messeinrichtung.<sup>194</sup>

Gleichzeitig enthält § 21b Abs. 3 S. 2 EnWG auch eine Verordnungsermächtigung zur Beseitigung des Messmonopols. Danach kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die Messung auf Wunsch des jeweiligen Anschlussnutzers von einem Dritten durchgeführt werden kann, der neben der einwandfreien Messung auch die Datenweitergabe garantieren muss.

Erwähnenswert ist, dass beide Bestimmungen nur einem Dritten, nicht aber dem Anschlussnehmer bzw. Anschlussnutzer selbst die Übernahme des Zählerwesens oder der Messung ermöglichen. Das ist vor allem auf höheren Spannungs- und Druckebenen unverständlich, da auch der Anschlussnehmer bzw. –nutzer selbst über das genügende Know-how zur Übernahme dieser Aufgaben verfügen kann. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift dürfte hier aber der Weg für eine ergänzende Auslegung verbaut sein.

---

187 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden vom 21.06.1979, BGBl. I S. 676.

188 § 21b Abs. 1 EnWG.

189 § 21b Abs. 2 S. 1 EnWG.

190 § 21b Abs. 2 S. 1, 5 Nr. 1 EnWG.

191 § 21b Abs. 2 S. 6, 5 Nr. 2 EnWG.

192 § 21b Abs. 2 S. 2, 3 EnWG.

193 § 21b Abs. 2 S. 7 EnWG.

194 § 21b Abs. 2 S. 4 EnWG.

### e) Grundversorgung

Auch die bisher unter dem Begriff der allgemeinen Versorgung<sup>195</sup> bekannte Anschluss- und Energiebelieferungspflicht gegenüber Tarifkunden zu standardisierten Bedingungen<sup>196</sup> und allgemeinen Tarifen<sup>197</sup> musste aufgrund der Trennung von Netz und Handel neu geregelt werden. Die Pflicht zur Einführung (bzw. Beibehaltung) einer Grundversorgung folgt dabei für den Elektrizitätsbereich direkt aus der Beschleunigungsrichtlinie Elektrizität.<sup>198</sup> In Deutschland war es bisher üblich, dass das Unternehmen, das der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht unterlag, durch den Konzessionsvertrag mit der Gemeinde bestimmt wurde.<sup>199</sup> Durch die Neukonzeption verbietet sich jetzt jedoch eine Verpflichtung des konzessionierten Unternehmens schon deshalb, weil nach dem gesetzgeberischen Willen im gesetzlichen Regelfall der Verpflichtung zur rechtlichen Entflechtung der entflochtene Netzbetreiber den Konzessionsvertrag mit der Gemeinde schließt, also ein Unternehmen, das gerade nicht im Lieferbereich tätig ist.<sup>200</sup> Folglich musste ein neues Kriterium für die Bestimmung des die allgemeine Belieferungspflicht übernehmenden Unternehmens gefunden werden. Varianten unterschiedlichster Art wären hier denkbar gewesen, beispielsweise hätte der Gemeinde durchaus das Recht zur Bestimmung des Grundversorgers übertragen werden können.

Der Gesetzgeber hat sich jedoch für ein objektives Kriterium entschieden<sup>201</sup>: Entscheidend ist die Marktstellung des Lieferanten im jeweiligen Netzgebiet. Nach § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG ist jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, Grundversorger. Das Gesetz definiert in § 3 Nr. 17 EnWG das Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung als Netz, das der Verteilung von Energie an Dritte dient und von seiner Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt ist, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen steht. In den meisten Fäl-

---

195 vgl. § 10 Abs. 1 EnWG 2003.

196 Die Bedingungen waren bisher einheitlich in der AVBEltV und der AVBGasV geregelt.

197 Eine Regelung existiert hier nur noch im Elektrizitätsbereich: Bundestarifordnung Elektrizität vom 18.12.1989 (BTOElt, BGBl. I S. 2255); diese Verordnung tritt am 01.07.2007 außer Kraft, vgl. Art. 5 Abs. 3 Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 2018).

198 Art. 3 Abs. 3 RL 2003/54/EG.

199 Vgl. § 13 Abs. 2 EnWG 2003.

200 Siehe hierzu Regierungsentwurf (Fn. 52), S. 124 f.

201 Siehe hierzu Regierungsentwurf (Fn. 52), S. 125.

len wird sich das Netz der allgemeinen Versorgung räumlich mit dem Gemeindegebiet decken. Der Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung hat alle drei Jahre, erstmals zum 01.07.2006 den Grundversorger für die nächsten drei Jahre festzustellen.

Einige interessante Fragestellungen können sich hier im Rahmen des Konzessionsübergangs benachbarter Netze der allgemeinen Versorgung ergeben. Übernimmt ein Netzbetreiber ein benachbartes Netz der allgemeinen Versorgung und bindet dies in das bestehende Netz ein, existiert nur noch ein derart qualifiziertes Netz. In diesem Fall kann es an sich auch nur noch einen Grundversorger für dieses Netz geben. Andererseits bestimmt der Betreiber des Energieversorgungsnetzes nur alle drei Jahre den Grundversorger. Ist er dann in der Übergangszeit an die Bestimmung des Grundversorgers im benachbarten Netz gebunden oder muss in diesem Fall abweichend hiervon der Grundversorger neu bestimmt werden? Es spricht einiges für die zweite Variante. Durch den Zusammenschluss der Netze entsteht ein neues Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung. In diesem existieren nicht zwei, sondern überhaupt kein Grundversorger. Folglich muss in diesem Fall der Grundversorger erstmals beim Zusammenschluss bestimmt und ab da alle drei Jahre ermittelt werden. Ebenso müsste es sich bei Ausbindungen nach erfolgter Abgabe einer Konzession verhalten.

Des weiteren ist fraglich, ob und wenn ja wie das Netz der allgemeinen Versorgung räumlich abzugrenzen ist. Die Definition des § 3 Nr. 17 EnWG gibt hierfür nichts her. Ohne räumliche Begrenzung würde aber folgende Situation eintreten: Je größer das jeweilige Netz der allgemeinen Versorgung wäre, je eher würde ein Grundversorger eine faktische Bestandsgarantie dieses Status mit den damit einhergehenden Vorteilen erzielen; je größer das Netz, umso schwieriger wäre es für ein Konkurrenzunternehmen, die benötigte Anzahl an Haushaltskunden in diesem Netz zu gewinnen. Der Grundversorger hingegen könnte durch den Status im angestammten Netz mühelos in kleineren Netzen der allgemeinen Versorgung die meisten Haushaltskunden durch gezielte Kundengewinnungsaktionen akquirieren. Beachtet man nun, dass de facto der bisherige Gebietsversorger aufgrund der derzeitigen Marktverhältnisse im bisherigen Konzessionsgebiet regelmäßig die meisten Haushaltskunden beliefert, würde diese Auslegung zu einer weiteren Marktverkrustung, nicht aber zu der gewünschten Belebung der Märkte führen. Dies gilt sowohl für den Strom- als auch erst recht für den Gasmarkt. Selbst eine räumliche Begrenzung auf beispielsweise das jeweilige Gemeindegebiet wird hier nicht großartig weiterhelfen, weil dabei eben auch die bisherigen Gebietsversorger großer Kommunen wesentliche Wettbewerbsvorteile gegenüber den Wettbewerbern erzielen würden.

Inhaltlich folgt die Grundversorgung der bisherigen Allgemeinen Versorgungspflicht. Der Grundversorger hat Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Prei-

se für die Versorgung in Niederspannung und –druck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen sowie zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen.<sup>202</sup>

Bisher war umstritten, ob bei einem Wechsel des Konzessionsinhabers die Lieferverhältnisse mit den im Tarifbereich versorgten Kunden auf den neuen Konzessionsinhaber übergehen.<sup>203</sup> In jedem Fall dürfte nun der Wechsel des Konzessionsinhabers in der Regel keinerlei Auswirkungen auf den Grundversorgerstatus und damit auf die Lieferverhältnisse haben, soweit sich an dem Status des Netzes selbst nichts ändert. Davon zu unterscheiden ist der Fall des Wechsels des Grundversorgers. Hierfür schreibt § 36 Abs. 3 EnWG vor, dass die von Haushaltskunden mit dem bisherigen Grundversorger geschlossenen Energielieferverträge zu den im Zeitpunkt des Wechsels geltenden Bedingungen und Preisen fortbestehen. Dies wird man wohl dahin verstehen müssen, dass die Energielieferverträge nicht zum neuen Grundversorger wechseln, weil dies zumindest zur Abänderung einer Bedingung, nämlich der des Vertragspartners des Kunden, führen würde. Andererseits ließe sich genauso gut mit den bisher zum Konzessionswechsel überwiegend entschiedenen Fällen argumentieren, dass der betroffene Kunde die durch die kartellaufsichtsrechtlichen Befugnisse gewährleistete staatliche Kontrolle der Grundversorgung einem ansonsten zu begründenden Normsonderkundenverhältnis vorzieht und deshalb aus Kundenschutzgesichtspunkten ein Wechsel des Grundversorgers nicht zum Verlust der Sicherheit staatlicher Überwachung führen darf. Hiergegen spricht freilich der vom Gesetzgeber bewusst eingeführte Wettbewerbsgedanke: Ein Wechsel des Grundversorgers kommt ja gerade nur dann in Betracht, wenn ein Lieferant mehr Haushaltskunden als der bisherige Grundversorger beliefert. Sollten ihm dann auch noch zusätzlich die bisher grundversorgten Kunden übertragen werden, wäre seine Wettbewerbsposition in dem betroffenen Netz über Jahre hinweg unangreifbar.

Bisher wird die Grundversorgung noch auf Grundlage der AVBEltV bzw. AVBGasV durchgeführt. Dies ist jedoch unbefriedigend, weil beide Verordnungen aufgrund des bisherigen Modells von einer integrierten Versorgung ausgehen. Dieser Missstand wird in demnächst beseitigt. Das Bundesministerium für Wirtschaft hat einen ersten Entwurf der sog. Grundversorgungsverordnungen Strom und Gas vorgelegt, die zukünftig die beiden bisherigen Verordnungen ersetzen und an die veränderten Rahmenbedingungen anpassen sollen.

---

202 § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG.

203 Dafür: LG Köln RdE 2003, S. 42ff, OLG Stuttgart RdE 2005, S. 307ff, LG Kiel Urt. v. 08.07.2005, Az: 14 O Kart 48/04, bestätigt durch Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 10.01.2006, Az: 6 U Kart 58/05; dagegen: LG Stuttgart RdE 2005, 174 mit Anm. Köhler/Ulshöfer mit weiteren Nachweisen.

#### **4. Ausblick**

Die deutsche Energiewirtschaft bewegt sich aufgrund des neuen Ordnungsrahmens, aber auch vor dem Hintergrund der sich grundlegend wandelnden globalen Energiemärkte in Richtung Restrukturierung. Es bleibt abzuwarten, wie sich die enormen administrativen Herausforderungen der betroffenen Unternehmen auf die Struktur der Strom- und Gasmärkte auf nationaler und europäischer Ebene auswirken werden. Hierbei spielen die Regulierungsbehörden aufgrund ihrer weitreichenden Eingriffs- und Steuerungsbefugnisse eine wesentliche Rolle. Es wäre zu wünschen, dass diese durch eine Regulierung mit Augenmaß die Vorteile der bisherigen Marktstrukturen nicht leichtfertig aufs Spiel setzen, sondern vorhandene Mängel der rechtlichen Rahmenbedingungen durch vorausschauende Gestaltung korrigieren. Wettbewerb lebt auch von der Vielfalt der Marktakteure. Wenn am Ende der Konsolidierung oligopolistische Märkte entstehen sollten, hat (auch) die Regulierung versagt. Und schließlich sei noch auf einen Aspekt hingewiesen, der, auch wenn er einmal Ausgangspunkt der angestoßenen Reformen war, sowohl während des Gesetzgebungsverfahrens als auch in der bisherigen Diskussion zu kurz gekommen ist: Im Mittelpunkt der Bemühungen um die Öffnung der Energiemärkte sollte nicht der Markt an sich, sondern der Kunde stehen.

## Die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs in der Europäischen Union

Georg Becker\*

### 1. Einleitung

Der Schienenverkehr war seit jeher national abgeschottet. Grenzüberschreitender Eisenbahnverkehr bedeutete immer, dass an der Grenze die Nachbarbahn den Zug übernahm und auf ihrem Territorium betrieb. „Grenzüberschreitender“ Verkehr im eigentlichen Sinn fand nur ausnahmsweise statt, beispielsweise auf den großen Strecken München-Salzburg oder im „kleinen Grenzverkehr“ wie etwa im Elsass oder in Maas-Rhein Region „Euregio“. Die erste grenzüberschreitende Eisenbahnverbindung Europas besteht bereits 1844 zwischen Lüttich und Aachen. Nach der Liberalisierung des Flugverkehrs war offensichtlich, dass diese auch vor dem Schienenverkehr nicht Halt macht. Dieser Beitrag stellt einen kurzen Abriss der europäischen Eisenbahnpolitik von 1991 bis heute dar.

#### a) *Deregulierung – Privatisierung – Liberalisierung*

Im Zusammenhang mit der Wettbewerbspolitik im öffentlichen und halböffentlichen Bereich der Europäischen Gemeinschaft in den vergangenen Jahrzehnten ist insbesondere auf die Begriffe der „Liberalisierung“, „Deregulierung“ und „Privatisierung“ einzugehen: Genau abgrenzbar sind diese Begriffe nicht, sie stehen häufig in Kontext mit der Anspruch an einen „schlanken Staat“, der in seine wesentlichen Aufgaben beschränkt bleiben soll.<sup>1</sup>

„Deregulierung“ bedeutet nicht grundsätzlich Abbau von Rechtsnormen, sondern vielmehr, Regeln hin zu wirtschaftlicher Freiheit zu verändern.<sup>2</sup> Diese neue und andersartige Regulierung durch den Staat (auch „Re-Regulierung“<sup>3</sup> genannt) wird eher mit dem besser klingenden Begriff „Liberalisierung“ bezeichnet.

Seit einigen Jahren stehen die leitungsgebundenen Energieversorger sowie Telekommunikation, Postwesen und eben der Verkehrssektor im Mittelpunkt der Li-

---

\* Master of European Studies, Pers. Referent von Rainer Wieland MdEP, Europäisches Parlament, Brüssel.

1 Gaupp, Der Netzzugang im Eisenbahnwesen, Hamburg 2004, S. 1.

2 Deregulierungskommission: Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991, S. 1.

3 Gaupp, a.a.O., S. 2.

beralisierungs- und Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft. Gemein haben alle diese Bereiche, dass sie Netze bzw. ortsfeste Einrichtungen voraussetzen.<sup>4</sup> Die Liberalisierung dieser Sektoren gewann unter dem Aspekt des freien Zugangs für alle Wettbewerber an politischer und juristischer Relevanz. Diese Marktöffnung wird allerdings – sowohl durch die Ausnahmen von der Anwendung der Wettbewerbsregeln im europäischen Primärrecht und im nationalen Recht als auch durch nationale staatliche Regulierungen – erheblich erschwert, da die oftmals über Jahrzehnte entstandenen staatlichen Monopole die Etablierung von privaten Wettbewerbern praktisch verhindert haben. Der Staat ist damit gerade nach einer Marktöffnung gefordert, den Wettbewerb in diesem Sektor zu sichern und sogar zu fördern.<sup>5</sup> Ihm kommt dabei eine dreifache Verantwortung zu: Zunächst muss er entscheiden, ob die Infrastruktur überhaupt als (staatliche) Grundversorgung aufrecht zu erhalten ist und wenn ja, in welcher Art und in welchem Umfang. Des Weiteren muss der Staat Regulator und anschließend „Hüter des Wettbewerbs“ sein. Schließlich muss er darüber zu befinden, ob die Infrastruktur in staatlichem Eigentum verbleiben soll oder privatisiert werden kann.<sup>6</sup> Diesen Spagat galt es bei allen Marktöffnungen im Bereich der ehemals staatlich oder staatsnah organisierten öffentlichen Dienstleistungen zu erbringen.

### **b) Europäische Verkehrspolitik**

Öffnung der Märkte und Freizügigkeit von Waren und Personen sind die Grundziele der Europäischen Union. Bereits im EWG-Vertrag, spätestens aber mit der Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes am 1. Januar 1993, mit der die „vier Freiheiten“ gewährleistet sind, sollte der freie und unbeschränkte Verkehr insbesondere von Waren und Personen gewährleistet sein. Zwar blieb niemals eine Tonne liegen, allerdings war der grenzüberschreitende Warenaustausch durch die „Barrieren“ an den Grenzen gerade im Eisenbahnverkehr sehr langsam. Einen gemeinsamen Markt für Verkehrsleistungen gab es allerdings nicht.

Obwohl es gerade beim Verkehr in der Natur der Sache liegt, politische und physische Grenzen zu überwinden, Märkte zu vereinen und Menschen einander näher zu bringen, war Verkehrspolitik bis zum Jahr 1985 nur in wenigen Aus-

---

4 Zäch, Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen; in Ehrenzeller (Hrsg.): Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 935f.

5 Dies trifft insbesondere auf die netzgebundenen Infrastrukturen wie z. B. Eisenbahnen zu.

6 Fagagnini, Neuorientierung bei nationalen Infrastrukturen, in Ehrenzeller (Hrsg.): Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 800 ff.



nahmen ein europäisches Thema; beispielsweise in der Wettbewerbspolitik oder im Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Die Europäische Kommission stellte zwar bereits in ihrem Binnenmarkt-Weißbuch von 1985 fest, dass die Verkehrspolitik ein mit dem Binnenmarkt eng verknüpfter Bereich sei, der sowohl zu seiner Fortschreitung beitrage als auch selbst davon profitiere.<sup>7</sup> Indes bemängelte die Kommission, dass innergemeinschaftliche Beförderungen vielfach kontingentiert seien und die Anwendung unterschiedlicher nationaler Sicherheitsbestimmungen einen grenzüberschreitenden Warenverkehr behindere.<sup>8</sup> Dies mag an der „merkantilistischen Grundhaltung“<sup>9</sup> der Mitgliedstaaten liegen, die für den Verkehrsbereich bedeutet, dass grenzüberschreitender und internationaler Verkehr nicht der neoliberalen Ordnung im Handel der Nachkriegszeit folgte, sondern nationale Transportunternehmen so weit wie möglich vor ausländischer Konkurrenz schützen sollte. Die Begrenzung bestand zum einen in den infrastrukturellen bzw. technischen Grenzen, bei denen die nationalen Verkehrswege miteinander vernetzt werden müssen.<sup>10</sup> Darüber hinaus müssen natürlich auch die gesetzlichen Hürden abgebaut werden, um die Transportkosten für grenzüberschreitenden Verkehr, die die gleiche Wirkung haben wie Zölle, zu senken.<sup>11</sup>

### **c) Die Gemeinsame Verkehrspolitik der EG**

Im europäischen Primärrecht zählt mit Artikel 3 Abs. 1 lit. f EGV eine gemeinsame Verkehrspolitik bereits seit den Römischen Verträgen 1957 zur den Grundsätzen der Europäischen Gemeinschaft. Allerdings kann man eine „eigenständige Ordnung der Verkehrsmärkte“ nicht annehmen, denn sie ist nicht mehr als ein politisches Ziel, zu dem sich die Mitgliedstaaten verpflichtet haben.<sup>12</sup> Die Blockade, die eben den Schutz bestimmter Verkehrsmittel und dem aller nationalen Verkehrsunternehmen dienen sollte, wurde durch das Argument untermauert, die Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen sowohl national wie europäisch sei unbedingte Voraussetzung der Liberalisierung.

Das Europäische Parlament war schon immer ein Verfechter einer gemeinsamen Verkehrspolitik und wies wiederholt auf die eher dürftigen Ergebnisse und die

---

7 Weißbuch der Europäischen Kommission: Vollendung des Binnenmarktes (KOM 85(310) endg. vom 14.06.1985, S. 8. (Im Weiteren zitiert als „Binnenmarkt-Weißbuch“).

8 Ebenda, S. 13.

9 Basedow, Europäische Verkehrspolitik, Tübingen 1987, S. 8.

10 Köberlein, Kompendium der Verkehrspolitik, Oldenburg 1997, S. 267.

11 Ebenda, S. 268.

12 Basedow, Der Transportvertrag, Tübingen 1987, S. 182.

Verzögerungen seitens der Mitgliedstaaten hin. In den Jahren 1967 bis 1970 forderte es den Rat mehrfach auf, unverzüglich eine gemeinsame Verkehrspolitik als wesentlichen Bestandteil des gemeinsamen Marktes zu implementieren.<sup>13</sup> Als der Rat den Aufforderungen des Parlaments keine Folge leistete, reichte es am 24. Januar 1983 beim Europäischen Gerichtshof Untätigkeitsklage gegen die bislang praktizierte Verzögerungstaktik einer gemeinsamen Verkehrspolitik des Rates ein.

In dieser Klage stellte das EP zwei Anträge: Zum einen sollte die Untätigkeit und der Verstoß des Rates gegen den Vertrag, eine gemeinsamen Verkehrspolitik zustande zu bringen, kritisiert werden. Außerdem wurde die Vertragsverletzung des Rates gerügt, über 16 konkrete Vorschläge der Kommission ignoriert zu haben. Im März 1983 traten die Kommission dem Parlament, die Niederlande dem Rat als Streithelfer bei.

Der EuGH entschied in Bezug auf den ersten Antrag, dass die Formulierungen in Artikel 70 ff. EGV wenig hinreichend und daher nicht justitiabel seien.<sup>14</sup> Lediglich wurde der Klage insofern stattgegeben, dass der EuGH den Rat zu den in Art. 71 EGV genannten Verpflichtungen zur Dienstleistungsfreiheit und zur Zulassung von EG-Ausländern zur Kabotage<sup>15</sup> verurteilte. Der zweite Antrag des EP wurde komplett abgewiesen, da sich die Verpflichtung des Rates bereits aus der Feststellung des ersten Antrags ergebe.<sup>16</sup>

Das Urteil war der eigentliche Beginn der Europäischen Verkehrspolitik: die bislang abgeschotteten und von zahlreichen Ausnahmeregelungen gekennzeichneten europäischen Verkehrsmärkte wurden sukzessive harmonisiert und liberalisiert, um ungleiche Standortbedingungen innerhalb der EG auszugleichen. Auch das Weißbuch zum Binnenmarkt trug im Kapitel Verkehr dem Urteil Rechnung und die Kommission schlug konkrete Maßnahmen zur Liberalisierung der Verkehrsdienstleistungen vor.<sup>17</sup>

## 2. Europäische Eisenbahnpolitik

Die Verkehrsströme werden – auch bedingt durch die Erweiterung der EU nach Osten – weiterhin erheblich zunehmen und dabei werden die Eisenbahnen ihren

---

13 So in einer EntschlieÙung vom 22. Juni 1967, vom 14. Februar 1968 sowie vom 12. März 1970.

14 EuGH 22. Mai 1985 – Rs. 13/83 (Parlament ./ Rat), Erwägungen Nr. 47-53.

15 Unter Kabotage versteht man das Erbringen von Transportdienstleistungen durch einen Transportunternehmer, der weder zum Startpunkt noch zum Zielpunkt einen Bezug hat. Der Begriff wird sowohl auf Personen- wie auch auf Gütertransporte angewandt.

16 EuGH 22. Mai 1985 – Rs. 13/83 (Parlament ./ Rat), Erwägungen Nr. 78.

17 Binnenmarkt-Weißbuch, Ziffer 108ff.

Anteil an den Verkehrsträgern insgesamt ausbauen müssen. In den vergangenen 15 Jahren ist insbesondere die Vergemeinschaftung des Eisenbahnsektors Schwerpunkt der Arbeit der Kommission im Verkehrssektor geworden, da man sich zwischen Rat, EP und Kommission einig ist, dem „Verkehrsinfarkt“ in Europa nur durch die Verlagerung des Personen- und Güterverkehrs von der Straße auf die Schiene begegnen zu können. Und dazu müsse der Wettbewerb in dem bislang von den „Brüsseler Reformaktivitäten“<sup>18</sup> verschonten Eisenbahnsektor Einzug halten, in der Erwartung, dass der intramodale Wettbewerb die Qualität der Dienstleistung Eisenbahntransport erhöhen und die Wettbewerbsposition der Bahn gegenüber anderen Verkehrsträgern verbessern werden. In der allgemeinen Diskussion um den Wettbewerb der Eisenbahn wird der geforderte diskriminierungsfreie Zugang zur Infrastruktur regelmäßig mit dem Argument der internen Quersubventionierung der Eisenbahnen zwischen lukrativem Fernverkehr und den im Rahmen der Daseinsvorsorge erbrachten Nahverkehr zurückgewiesen.<sup>19</sup> Dabei ist diese Argumentation nicht überzeugend: Ohne Wettbewerbsdruck würde für das System, das gemeinwirtschaftliche Dienste durch interne Subventionen bzw. Übernahme der Defizite durch den Staat erbringen kann, kein Anreiz für die Eisenbahnunternehmen bestehen, rationell zu arbeiten.<sup>20</sup> Dem kann entweder durch Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen Einhalt geboten werden, da dann die Leistung an den Bieter mit dem geringsten staatlichen Zuschuss vergeben werden kann. Oder aber durch einen „regulierten“ freien Wettbewerb, bei dem sich die Konkurrenten nicht etwa die „Rosinen“, d. h. die lukrativen Fernverkehrsstrecken, herausuchen können, sondern dass dies sich im Trassenpreis widerspiegelt. Konkret bedeutet das, eine lukrative Fernstrecke entsprechend wesentlich teurer ist als eine Nahverkehrsstrecke in der Fläche. Zum Dritten wäre mit Trennung der Aufgaben des *Service public* und deren Abgeltung von den kommerziellen Tätigkeiten der Eisenbahngesellschaften bereits genüge getan.

Ein weiteres Argument der Verzögerung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor – im Vergleich zu anderen Verkehrsträgern wie Flugverkehr oder Binnenschifffahrt – war die prekäre finanzielle Lage vieler staatlicher Eisenbahnunternehmen, die meist durch die große und veraltete Streckennetze und rollendem Material, unflexible Unternehmensgröße in Bezug auf das Dienst- und Arbeitsrecht sowie die preistreibenden Erfordernisse für öffentliche Aufträge sowie die enge

---

18 Paulweber/Weinand, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 8/2001, S. 240.

19 Burmeister, Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2001, S. 31.

20 Wittenbrink, Privatisierung im Schienenverkehr, in: Ewers, Privatisierung des Schienenverkehrs, Göttingen 1993, S. 218.

Anbindung an den Staat bedingt war.<sup>21</sup> Im Gegensatz zu den Kraftfahrzeugen – sowohl PKW wie LKW – wurden technische Vorschriften für Eisenbahnen kaum europaweit geregelt; es gab im Gegenteil zahlreiche, den grenzüberschreitenden Verkehr eher behindernde Maßnahmen wie z. B. der Austausch von Zugführern und Lokomotiven an den Grenzen, unterschiedliche Lade- und Beetzellungsvorschriften, Inspektionen etc. Im Bereich des Eisenbahnverkehrs gab es zwar bereits seit Beginn des 20. Jahrhunderts Verbände, die sich um bestimmte technische Harmonisierungen kümmerten, die aber nur soweit es die nationale Politik zulassen wollte.<sup>22</sup>

Da die Eisenbahn in den letzten Jahren sukzessive Marktanteile an den Straßenverkehr verloren hatte, sah man in Brüssel die Lösung vor allem in der Liberalisierung dieses Marktes, die zu einer besseren Bahn führen sollte. Ausfluss dieser Liberalisierungspolitik waren auch zwei bedeutsame Urteile des EuGH zur Privatisierung von Staatsunternehmen: Der Gerichtshof legt Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV dahingehend aus, dass bei der Tätigkeit von Staatsunternehmen die hoheitlichen Funktionen von unternehmerischer Tätigkeit zu trennen sind.<sup>23</sup> Wenn ein Staatsunternehmen über die Bedingungen des Wettbewerbs bzw. der Wettbewerber entscheiden kann, so widerspricht dies dem Prinzip der Chancengleichheit „in einem System unverfälschten Wettbewerbs“ und daher sind Aufsichtsfunktion und unternehmerische Tätigkeit strikt zu trennen.<sup>24</sup>

#### **a) Erste Schritte des Gemeinschaftsrechts**

Gemeinschaftsrechtlich sind die ersten Schritte einer Harmonisierung bereits Ende der 1960er Jahre ergriffen worden: Die Verordnung (EWG) 1191/69 des Rates vom 26.06.1969 über das „Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs“ sah vor, die den Verkehrsunternehmen auferlegten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes aufzuheben. Nur dann, wenn die Sicherstellung der Verkehrsbedienung nicht anders gewährleistet werden kann, soll die Verpflichtung aufrechterhalten werden können. Dies ist insbesondere auf die Initiative Frankreichs zurückzuführen, wo

---

21 *Basedow*, Wettbewerb auf dem Verkehrsmärkten, Heidelberg 1989, S. 258f.

22 So z.B. der Internationale Eisenbahnverband (UIC). Oder auch multilaterale Abkommen zur Harmonisierung in der Eisenbahnindustrie.

23 EuGH, Rs. C-202/88, Slg. I-1223, Urteil vom 19. März 1992. *Paulweber/Weinand*, a.a.O., m. w. N., S. 234.

24 *Paulweber/Weinand*, a.a.O., S. 234.

man unter dem Begriff „service public“<sup>25</sup> versuchte, rechtliche Ausnahmege-nehmigungen für diesen Bereich durchzusetzen.

### **b) Die Eisenbahnrichtlinie**

Ein wirklich bedeutsamer Meilenstein der europäischen Eisenbahnpolitik für die Reform- und Wettbewerbfähigkeit war die Richtlinie 91/440 EWG<sup>26</sup>, die so ge-nannte „Eisenbahnrichtlinie“. Bislang war das europäische Eisenbahnrecht weit-gehend durch nationales öffentliches Eisenbahnrecht bestimmt. Dabei ging es vor allem um die Regelungen der Finanzbeziehungen zwischen Staat und Eisen-bahnunternehmen.

Um den Eisenbahnunternehmen den Zutritt zum Gemeinsamen Markt zu ermög-lichen und diesen zu fördern, schlug die Kommission dem Rat nach jahrelangen wenig erfolgreichen Bemühungen eine Richtlinie vor, in der den Staatsunter-nehmen als Monopolisten und fast ausschließlich national ausgerichtete Unter-nehmen mit kaum grenzüberschreitende Verkehrsleistungen die Konkurrenz zu den Unternehmen des Straßen- und Luftverkehrs dadurch ermöglicht wird, dass sie die grenzüberschreitende Leistung vom Versender zum Empfänger selbst erbringen.<sup>27</sup> Bei grenzüberschreitendem Eisenbahnverkehr wurden in der klassi-schen Struktur die Leistungen dann nicht von einem, sondern von allen beteilig-ten Unternehmen nacheinander erbracht. Kernelement der Neuerung ist die vom Staat unabhängige Stellung der Eisenbahnunternehmen sowie der diskriminie-rungsfreie Zugang zur Infrastruktur. Im Vorfeld der Beratungen zur RL 91/440 wurden die Bestimmungen nicht auf die nationalen staatlichen Unternehmen be-schränkt, sondern gelten für alle Eisenbahnunternehmen, um die Gründung von neuen Unternehmen zu fördern.<sup>28</sup>

Der Anwendungsbereich der Richtlinie unterscheidet einerseits Eisenbahnunter-nehmen als öffentlich-rechtliche oder private Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, welches Eisenbahnverkehrsdienstleistungen zur Beförderung von Personen oder Gütern erbringt, die nicht als reiner Stadt-, Vorort- oder Regio-nalverkehr ausgelegt sind. Andererseits definiert die Richtlinie die Infrastrukturbetreiber, die als Einrichtung oder Unternehmen für die Errichtung und die Un-terhaltung der Fahrwege verantwortlich sind. Vor allem die folgenden vier Ele-

---

25 Dieser Begriff ist statt mit dem unzutreffenden Terminus „öffentlicher Dienst“ zutref-fender mit „gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“ zu übersetzen.

26 Richtlinie zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft vom 29. Juni 1991.

27 *Riegger*, Wettbewerb im Eisenbahnverkehr, Augsburg 1999, S. 99.

28 Ausgenommen von den Regeln sind lediglich die Verkehrsleistungen im Kanaltunnel.

mente werden in der Richtlinie geregelt, die auch heute noch für Wettbewerb entscheidende Kriterien darstellen.

*aa) Unabhängigkeit der Geschäftsführung der Eisenbahnunternehmen vom staatlichen Einfluss*

Geschäftsführung, Verwaltung und interne Rechnungsführung und –kontrolle der Eisenbahnunternehmen müssen vom Staat unabhängig sein. Eine Privatisierung verlangt die Richtlinie nicht, obwohl dies beim ersten Entwurf der Richtlinie angedacht war. Allerdings ist eine weitergehende organisatorische oder auch rechtliche Trennung möglich. Die Eisenbahnunternehmen sollen wettbewerbsfähig werden und als eigenständige wirtschaftlich geführte Unternehmen am Markt bestehen. Die Unabhängigkeit der Geschäftsführung vom Staat gilt jedoch nur für Eisenbahnunternehmen, nicht für die Infrastrukturbetreiber. Ob die Regeln auf sie anwendbar sind, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Sollte der Staat bestimmte Auflagen an die Eisenbahnunternehmen stellen, so müssen diese über öffentliche Aufträge abgewickelt werden.

*bb) Buchhalterische Trennung von Fahrweg und Betrieb*

Das zweite Ziel der Richtlinie, die Trennung des Rechnungswesens zwischen Infrastrukturbetrieb und der Erbringung von Verkehrsleistung, ist die Konsequenz aus der Unabhängigkeit der Eisenbahnunternehmen von staatlichem Einfluss. Da aber die Infrastrukturbetreiber noch staatlich verwaltet werden können, ein Transfer öffentlicher Gelder aber verboten ist, ist eine Trennung der Verwaltung und des Rechnungswesens nur folgerichtig. Eine organisatorische Trennung der Unternehmensbereiche kann von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden. Ziel ist es, hierdurch einen diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten, da der Infrastrukturbetreiber gerade nicht am Wettbewerb beteiligt sein kann. Der Netzzugang für Dritte ist gegen Zahlung von transparent berechneten Weegeentgelten bei der Trassennutzung zu regeln. Durch die Trennung der Teilbereiche ist eine (verdeckte) Quersubventionierung nicht mehr möglich. So sollen möglichst reelle Trassenpreise berechnet werden, um Wettbewerbern nicht die Kosten des Transportbetriebes aufzubürden, obwohl sie nur die Infrastruktur benutzen.

*cc) Entschuldung der Eisenbahnunternehmen*

Die Verschuldung der Eisenbahnunternehmen der EU 15 lag 1994 bei 1,8 % des Bruttoinlandsproduktes.<sup>29</sup> Diese Schuldenlasten konnten die Wettbewerbsfähigkeit der Eisenbahnen in Frage stellen. Die Mitgliedstaaten werden angehalten,

---

29 Weißbuch „Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn in der Gemeinschaft“, KOM(96)421 endg., 30. Juni 1996, S. 48.

gemeinsam mit den Eisenbahnunternehmen geeignete Mechanismen zur Entschuldung der Unternehmen einzuleiten. Allerdings nennt die Richtlinie keine Frist, innerhalb derer diese finanzielle Gesundung geschehen sollte. Die Gewährung von Beihilfen für die Tilgung der Schulden muss jedoch die Artikel 73, 87 und 88 EGV berücksichtigen. Dabei konnten vor allem die Schulden aus den Investitionsprogrammen sowie Aufwendungen aus der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen übernommen werden.

*dd) Zugangsrechte zur Infrastruktur für internationale Gruppierungen*

Ein Hauptaugenmerk richtete die Kommission auf die Öffnung der Schienennetze für ausländische Eisenbahnunternehmen. Internationalen Gruppierungen<sup>30</sup> werden für den Personenverkehr Zugangs- und Transitrechte für die Mitgliedstaaten eingeräumt, in denen sie ihren Sitz haben ein, ein Transitrecht besteht mit geschlossenen Türen (d. h. ohne Halt) auch in anderen Mitgliedstaaten. Beispiele dafür sind die Eisenbahnunternehmen Thalys, Eurostar und CisAlpino. Damit sind die Trassen nicht unbeschränkt für jedes europäische Eisenbahnunternehmen liberalisiert, sondern der Zugang ist abhängig von den Vereinbarungen zwischen dem Infrastrukturbetreiber und den Eisenbahnunternehmen. Für den grenzüberschreitenden kombinierten Güterverkehr geht die Marktöffnung wesentlich weiter: jedes in einem Mitgliedstaat ansässige Eisenbahnunternehmen hat vollen Zugang zu allen Schienennetzen, davon ausgeschlossen ist jedoch die Kabotage.<sup>31</sup>

Die Eisenbahnrichtlinie war der erste Schritt zur Reform des Eisenbahnsektors und „Ausdruck einer verkehrspolitischen Vision“, die beinhaltet, dass vom Staat unabhängige Eisenbahnunternehmen auf dem europäischen Netz sich wettbewerbsfähig gegenüber stehen.<sup>32</sup> Allerdings ist im Rückblick auf die Eisenbahnrichtlinie kritisch festzustellen, dass der Liberalisierungsgrad für internationale Gruppierungen zu gering und die buchhalterische Trennung von Infrastruktur und Fahrbetrieb zu zaghafte war. Auch die staatliche Unabhängigkeit der Eisenbahnunternehmen war noch nicht erreicht.<sup>33</sup> Zur Umsetzung der Richtlinie kündigten zahlreiche nationale Eisenbahngesellschaften erheblichen Widerstand an-

---

30 Verbindungen von mindestens zwei Eisenbahnunternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten zum Zwecke der Erbringung grenzüberschreitender Verkehrsleistungen zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 3, 5. Spiegelstrich RL 91/440).

31 *Streinz*, EUV/EGV, München 2003, Art. 71 Rn 45.

32 *Ebenda*, Rn 46.

33 *Hilbrecht*, Die Politik der Europäischen Kommission zur Herausbildung eines europäischen Eisenbahnsystems, in: Deutsche Verkehrswissenschaftliche Gesellschaft Europäische Eisenbahnpolitik – letzte Chance für Europas Eisenbahnen?, Bergisch-Gladbach 2001, S. 11.

gemeldet; insbesondere bei der französischen Staatsbahn SNCF stieß die Richtlinie auf Ablehnung.<sup>34</sup>

Grundsätzlich sollte die ergänzend erlassene Richtlinie 95/18/EG über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen sicherstellen, dass durch einheitliche und allgemeine Normen die Rechte auf Zugang zur Infrastruktur gleichermaßen gewahrt waren. In der Ratsarbeitsgruppe Verkehr bestand von Anfang an Unklarheit darüber, welches Verhältnis der Richtlinienentwürfe zur RL 91/440 haben sollten.<sup>35</sup> Eine Genehmigung kann nur dann versagt werden, wenn die Anforderungen an die Zuverlässigkeit, die finanzielle Leistungsfähigkeit oder die Haftpflichtversicherung nicht ausreichen.

Zur Vereinheitlichung und Präzisierung wurde weiterhin ergänzend zu Art. 10 RL 91/440 die Richtlinie 95/19/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten und Erhebung von Weegeentgelt erlassen. Damit sollte ein einheitliches System für die Zuweisung der Fahrwege und der Berechnung der Trassen geschaffen werden. Danach mussten die Mitgliedstaaten eine für die „Zuweisung von Fahrwegkapazitäten“ zuständige Stelle bestimmen, die nicht zwingend staatlich sein musste. Diese war für die diskriminierungsfreie, aber marktwirtschaftliche und uneingeschränkte Vergabe von Zugtrassen und Gleichbehandlung der Eisenbahnunternehmen zuständig.

Beide Richtlinien haben den Mitgliedstaaten großen Ermessensspielraum eingeräumt, wie der „diskriminierungsfreie Zugang“ umzusetzen ist. Darüber hinaus berücksichtigen beide Richtlinien lediglich die Regelung bei bereits gegründeten Eisenbahnunternehmen, nach welchen Vorschriften die Niederlassung neuer Unternehmen jedoch konkret geregelt sein soll, ist Sache der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.

### **c) *Revitalisierung der Eisenbahn***

Fünf Jahre nach der Eisenbahnrichtlinie legte die Kommission ein Weißbuch über „eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn“ vor.<sup>36</sup> Darin kritisierte sie den kontinuierlichen „Niedergang der Eisenbahnen“ seit 1970 durch die verstärkte Individualmobilität im Personenverkehr und die „Just-in-time“-Lieferungen im Güterverkehr auf der einen Seite. Dazu komme der Rückgang der Schwerindustrie und die Effizienz und scheinbare Preisgünstigkeit im Straßenverkehr, da in diesem Sektor bei der Kostenbetrachtung häufig die externen Kosten außer Acht gelassen werden. Auf der anderen Seite sei der Rückgang des

---

34 *Aberle*, Transportwirtschaft, München/Wien 1996, S. 151.

35 *Holst*, in: *Frohnmeier/Mückenhausen*, EG-Verkehrsrecht, München 2003, Rn 3.

36 Weißbuch „Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn in der Gemeinschaft“, KOM(96)421 endg., 30.07.1996.



Anteils der Eisenbahnen am Gesamtverkehr durch eine zunehmende Unflexibilität und fehlenden Investitionen der Eisenbahnen im Vergleich zum Verkehrsträger Straße bedingt.<sup>37</sup> Gerade im intermodalen Güterverkehr hatten die Straßenverkehrsunternehmen durch die Beförderung der Güter in einem Fahrzeug über mehrere Stationen und Grenzen hinweg oftmals einen Wettbewerbsvorteil im Hinblick auf die Beförderungsgeschwindigkeit. Die Kommission forderte Eisenbahnen, die als wettbewerbsfähige Wirtschaftsunternehmen geführt werden und eine klare Trennung zwischen ihnen und dem Staat. Alles in allem zeichnete die Kommission aber ein eher trostloses Bild der europäischen Eisenbahn.

Um den Eisenbahnsektor zu fördern, sah die Kommission die einzige Möglichkeit, die Dienstleistungsfreiheit stufenweise auch auf den Verkehrssektor anzuwenden. Dabei forderte sie einen offenen Fahrwegzugang im grenzüberschreitenden Güter- und Personenverkehr. Durch den Wettbewerbsdruck sollten neue Eisenbahnunternehmen die bestehenden Unternehmen zu einem besseren Service anhalten. Dabei sei auch entscheidend, dass die „Eisenbahnrichtlinie“ zügig in allen Mitgliedstaaten umgesetzt werde.<sup>38</sup> Insbesondere im Schienengüterverkehr sollte bis Ende 1996 eine vollständige Öffnung des Fahrwegs ermöglicht werden. Dazu sollten so genannte „transeuropäische Güterfreeways“ eingerichtet werden, d. h. bestimmte Trassen durch mehrere Mitgliedstaaten, die für den grenzüberschreitenden Güterverkehr unter einfachen Zugangsbedingungen von allen interessierten Eisenbahnunternehmen und nicht nur von Gruppierungen genutzt werden können. Darunter war vor allem die schnelle Abfertigung der Züge an den Grenzen zu verstehen, die bis dahin einen zur Straße wettbewerbsfähigen Güterschienenverkehr verhinderte. Dazu lud die Kommission alle bestehenden und potentiellen Eisenbahnbetreiber ein, um zu erörtern, wie solche Freeways eingerichtet werden könnten. Diese Freeways wurden 1998 erstmals auf freiwilliger Basis eingerichtet.<sup>39</sup>

#### **d) Das erste EU-Eisenbahn(infrastruktur)paket**

Im Frühjahr 2001 setzte die Kommission die begonnene Liberalisierung der Eisenbahnen mit dem „ersten EU-Eisenbahn(infrastruktur)paket“ fort. Dieses besteht aus drei Richtlinien.<sup>40</sup> Ziel dieser Maßnahmen, die bis zum 15. März 2003 in nationales Recht umgesetzt werden mussten, war eine weitere Öffnung der Eisenbahngüterdienste und die weitergehende Unabhängigkeit von Fahrbetrieb

---

37 Ebenda, S. 8 ff.

38 Ebenda, S. 18.

39 *Holst*, a.a.O., Kapitel 21, Rn. 30.

40 RL 2001/12/EG zur Änderung der „Eisenbahnrichtlinie“, RL 2001/13/EG zur Änderung der RL 95/18/EG und RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten jeweils vom 5.03.2001.

und Schiene. Da die Mitgliedstaaten die Förderung der Entwicklung der Eisenbahnen in der Gemeinschaft weitgehend nicht befriedigend erreicht haben, reagierte der europäische Gesetzgeber entsprechend auf die unterschiedlich stark geöffneten Verkehrsmärkte. Insbesondere der diskriminierungsfreie Zugang zur Infrastruktur konnte vielfach nicht gewährleistet werden und erforderte daher weitere koordinierende Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene.<sup>41</sup> Innerhalb der EU bestand nach wie vor ein großes Ungleichgewicht beim Ausmaß der Marktöffnung: Vor allem in Frankreich, Spanien und Belgien ist der staatliche Monopolbetrieb weitgehend vor Wettbewerbern geschützt.

### *Neue Regelungen zum Zugang zur Infrastruktur*

Die RL 2001/12 zur Änderung der RL 91/440 lässt die Zugangsrechte der internationalen Gruppierungen unverändert. Neu hingegen sind die Zugangsrechte zum transeuropäischen Schienengüternetz (TERFN) für jedes Eisenbahnunternehmen. Zu dem TERFN, das etwa 50.000 Streckenkilometer umfasst, gehört jeweils auch der Schienenzugang zu Häfen und Terminals. Über das Netz werden nach Aussagen der Kommission etwa 70–80 % des Schienengüterverkehrs abgewickelt.<sup>42</sup> Damit ist aber nur eine Teilliberalisierung verwirklicht worden, denn die Zugangsrechte gelten zum einen nur für den Güterverkehr und zum anderen nicht für das gesamte Netz, sondern nur für die TERFN, wie vom Rat gewünscht. Dies bedeutet für Speditionsunternehmen und andere Unternehmen mit hohem Transportbedarf, neue Märkte und Kunden erschließen bzw. eigenen, hohen Transportbedarf besser bewältigen zu können.<sup>43</sup> Auf Druck des Europäischen Parlaments wurde jedoch eine großzügige Übergangsfrist eingerichtet:<sup>44</sup> Ab dem 15. März 2008 müssen alle Netze für den grenzüberschreitenden Güterverkehr zugänglich gemacht werden. Darüber hinaus sprach sich der Europaabgeordnete *Georg Jarzembowski* (EVP-ED, DE) für die Erweiterung der Netzöffnung auf den nationalen und grenzüberschreitenden Personenverkehr ab dem Jahr 2010 aus, um „im Jahr 2010 endlich tatsächlich ein gemeinsames Netz in der Europäischen Union“<sup>45</sup> zu haben. Damit ist die Liberalisierung des Schienenverkehrs gerade auf der nationalen Ebene unter dem Aspekt des Gemeinsamen Marktes, auf dem jeder Dienstleistungen frei anbieten kann, nur ein ganz kleines Stückchen weiter gekommen. Angesichts der seitens der Mitgliedstaaten

---

41 Siehe Erwägungsgrund 4 RL 2001/13.

42 [http://europa.eu.int/comm/transport/rail/overview/infrastructure\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/transport/rail/overview/infrastructure_de.htm) (Abruf am 17.05.2005).

43 So z.B. die Werkseisenbahn der BASF AG (Rail4chem) oder die IKEA Rail AB.

44 Sitzungsdokument des EP A5-0013/2001 endg. vom 23. Januar 2001, S. 5.

45 Protokoll der Plenarsitzung des EP vom 4. Juli 2000.

geschützten Eisenbahnmärkte ist die erreichte Marktöffnung durchaus ein Erfolg.

Im „ersten Eisenbahnpaket“ wird neben der weitergehenden Marktöffnung die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen geringfügig geändert. Dabei geht es vor allem um die Voraussetzungen und das Verfahren der Genehmigung für Eisenbahnunternehmen, die in einem Mitgliedstaat erteilt und in der gesamten Gemeinschaft wirksam wird.<sup>46</sup> Somit ist diese Genehmigung gemeinschaftsweit Voraussetzung für Eisenbahnunternehmen für den Zugang zur Infrastruktur.<sup>47</sup>

Für die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten müssen die Eisenbahnunternehmen bereits aufgrund Art. 11 RL 95/19/EG eine Sicherheitsbescheinigung vorlegen, die in nicht diskriminierender Weise zu erteilen ist, sofern die erforderliche Ausbildung des Personals und die Zulassung des rollenden Materials nachgewiesen ist. Diese Sicherheitsbescheinigung wird von nationalen Stellen unabhängig bzw. ergänzend zur Genehmigung und im Einklang mit Gemeinschaftsrecht ausgestellt.

Bei der Zuweisung der Fahrwegkapazitäten wurden in der RL 2001/14/EG im Vergleich zur RL 95/19/EG vollkommen neue Grundlagen gelegt: Die bislang eher spärlich formulierte „Zuweisung von Fahrwegkapazität“ hat den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum dazu eingeräumt. Nun findet sich die Legaldefinition der Fahrwegkapazität als „die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugtrassen einzuplanen“ in Art. 2 der neuen Richtlinie.

Den Infrastrukturbetreibern kommt bei Umsetzung der Bereiche Weegeentgelte und Fahrwegzuweisung eine wichtige Rolle zu. Problematisch ist dabei, dass die zumeist als ehemalige Staatsbetriebe organisierten Schienenbetreiber mit den Eisenbahnunternehmen eng verbunden waren und heute noch sind, wenn der Mitgliedstaat sich für die „Holdingleösung“ entschieden hat. Das bedeutet, dass potentiell eine Gefahr der Bevorzugung der ehemaligen Monopolisten und damit eine Diskriminierung anderer Marktteilnehmer besteht.

Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, eine Regulierungsstelle bei den nationalen Verkehrsministerien oder einer anderen Behörde einzurichten, die von den Infrastrukturbetreibern, Zuweisungsstellen und Antragsstellern unabhängig ist.<sup>48</sup> Aufgabe der Regulierungsstellen soll insbesondere die Klärung von Verletzungen der Rechte der Eisenbahnunternehmen durch die Infrastrukturbetreiber so-

---

46 Erwägungsgrund 3 RL 2001/13/EG.

47 Art. 1 Nr. 4 lit. a RL 2001/12/EG definiert Eisenbahnunternehmen als „nach geltendem Gemeinschaftsrecht zugelassene öffentlich-rechtliche oder private Unternehmen“.

48 Art. 30 Abs. 1 RL 2001/14/EG.

wie die diskriminierungsfreie Festsetzung der Weegeentgelte sein. Die Entscheidungen der Regierungsstelle müssen justitiabel sein. Diese gemeinschaftsrechtlich begründeten Regulierungsstellen, die es auch in anderen liberalisierten Sektoren – wie z. B. Strom, Telekommunikation – gibt, sind wichtige Einrichtungen, um Zugangsrechte gerade bei ehemals staatlichen Monopolen entsprechend kontrollieren zu können.

**e) Das Zweite Eisenbahnpaket**

Über die Regulierung hinaus müssen die tatsächlichen, vor allem technischen Unterschiede in den Mitgliedstaaten, die sich gegen einen gemeinsamen Eisenbahnbinnenmarkt auswirken, beseitigt werden. Dabei handelt es sich insbesondere um Fragen der Sicherheit und der Interoperabilität. Die europäische Kommission hat diese Problematik erkannt und kündigte bereits am 23. Januar 2002 – noch bevor die Umsetzungsfrist für das Erste Eisenbahnpaket am 15. März 2003 endete – an, ein auf der Grundlage des bestehenden Gemeinschaftsrechts basierendes neues Maßnahmenpaket vorzulegen, das sich auf das Weißbuch „Verkehr“<sup>49</sup> stützt. Kommissarin *de Palacio* stellte fünf Maßnahmen zur Beschleunigung der Schaffung eines integrierten Eisenbahnraumes vor, dessen Ziel es ist, die für den Eisenbahnsektor bereits geltenden europäischen Vorschriften unverzüglich zu ergänzen.

Das zweite Eisenbahnpaket der Kommission ist am 28. März 2003 in seinen wesentlichen Bestimmungen von der Mehrheit im Rat angenommen worden.<sup>50</sup> *De Palacio* erklärte dazu, dass die „physischen und technischen Barrieren im europäischen Schienengüterverkehr“ fallen würden und bis spätestens zum 1. Januar 2007 ein gemeinsamer offener Schienengüterverkehrsmarkt entstanden sein würde.<sup>51</sup>

Die einzelnen Regelwerke des Pakets werden im Folgenden dargestellt.

---

49 Europäische Kommission: Weißbuch: „Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“, 2001.

50 Die Dringlichkeit hatte auch der Europäische Rat erkannt und forderte in seiner Sitzung am 20./21. März 2003 den Verkehrsministerrat auf, dieses Paket schnellstmöglich zu verabschieden (Rats-Dokument 8410/03).

51 Pressemitteilung der Kommission vom 17. März 2004 (IP/04/359).

*aa) Eisenbahn-Sicherheitsrichtlinie*<sup>52</sup>

Diese Richtlinie soll die unterschiedlichen nationalen Sicherheitsstandards im Eisenbahnwesen vereinheitlichen, um Unfälle in Zukunft besser vermeiden zu können und um aufgrund einheitlicher Standards eine bessere Öffnung der nationalen Märkte realisieren zu können. Die unterschiedlichen Standards haben sich als unzureichend erwiesen und behindern das reibungslose Funktionieren des Eisenbahnverkehrs, obwohl das Sicherheitsniveau anerkanntermaßen wesentlich höher ist als im Straßenverkehr. Die Benutzung des Schienenverkehrs steht – anders als im Straßenverkehr – nur entsprechend amtlich zertifizierten und hoch qualifizierten Personen zu. Auch ist die Leit- und Signaltechnik – ob automatisch oder manuell bedient – wesentlich ausgereifter. Bislang übliche Selbstregulierung wird nun öffentlich-rechtlichen Regelungen weichen, die dann auch allen national zugelassenen Eisenbahnunternehmen zugänglich gemacht werden müssen. Neu eingeführt werden Sicherheitsbehörden der Mitgliedstaaten, die zum einen den Eisenbahnunternehmen Sicherheitsbescheinigungen und zum anderen den Infrastrukturbetreibern Sicherheitsgenehmigungen ausstellen.<sup>53</sup>

*bb) Agenturverordnung*<sup>54</sup>

Um die gemeinsamen Lösungen zur Interoperabilität und Sicherheit zu entwickeln, ist die Europäische Eisenbahnagentur gegründet worden und hat am 15. Juli 2004 ihre Arbeit an ihrem Dienstsitz Valenciennes und Lille in Frankreich aufgenommen<sup>55</sup>. Der Generaldirektor der GD TREN, *François Lamoureux* erklärte anlässlich der ersten Sitzung des Verwaltungsrates, dass die „[...] Agentur, die heute in Valenciennes ihre Arbeit aufnimmt, [...] ein wesentliches Element der Politik der Europäischen Union zur Förderung der Entwicklung des Eisenbahnsektors darstellen [...]“ wird.<sup>56</sup>

---

52 Richtlinie 2004/49/EG vom 29. April 2004 über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung („Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit“), ABl. 2004 L 220, S. 16ff. vom 21.06.2004.

53 Art. 10, 11 RL 2004/49/EG.

54 Verordnung (EG) Nr. 881/2004 vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur, ABl. 2004 L 220, S. 3 ff. vom 21.06.2004.

55 Die Büros der Agentur werden in Valenciennes sein, während die von der Agentur durchgeführten internationalen Sitzungen in Lille stattfinden werden.

56 Rede des Generaldirektors *François Lamoureux*, Valenciennes 15. Juli 2004.

Ziel und Kernaufgabe der Agentur ist es, in technischen Angelegenheiten, bei der Durchführung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Eisenbahnsektors und vor allem zur Entwicklung eines gemeinsamen Sicherheitskonzeptes beizutragen und auszuarbeiten. Ihre Tätigkeiten erstrecken sich entweder auf Empfehlungen oder Stellungnahmen an die Kommission oder in Stellungnahmen an die entsprechenden mitgliedstaatlichen Behörden.<sup>57</sup>

Die Europäische Eisenbahnagentur ist – im Gegensatz zu den nationalen Regulierungsbehörden – keine europäische Regulierungsstelle und besitzt demnach auch keine autonome Entscheidungskompetenz. Vielmehr sind ihre Entscheidungen und Stellungnahmen Grundlagen der rechtlich bindenden Entscheidungen der Kommission und können auch von den nationalen Regulierungsstellen herangezogen werden.

*cc) Änderung der Interoperabilitätsrichtlinien<sup>58</sup>*

Ziel dieser Änderungsrichtlinie ist es, die schon geltenden Richtlinien zur Schaffung eines transeuropäischen Eisenbahnnetzes weiterzuführen, um technische Spezifikationen im Hochgeschwindigkeitsnetz und im konventionellen Netz zu harmonisieren. Die wesentlichen Änderungen dieser Richtlinie beziehen sich auf die gemeinsame Ausarbeitung, Änderung und Annahme von „technischen Spezifikationen für die Interoperabilität“ (TSI), die von der insbesondere von der „Europäischen Vereinigung für die Interoperabilität im Bereich der Bahn“<sup>59</sup> (AEIF) in Zusammenarbeit mit der Europäischen Eisenbahnagentur ausgearbeitet werden sollen. Allerdings haben die Mitgliedstaaten mehr Möglichkeiten, nationale Gegebenheiten zu berücksichtigen und von gemeinsamen TSI abzuweichen.

---

57 Art. 2 VO EG/881/2004.

58 Richtlinie 2004/50/EG vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie 96/48/EG über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems und der Richtlinie 2001/16/EG über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems, ABl. 2004 L 220, S. 40 ff. vom 21.06.2004.

59 Die AEIF ist eine Vereinigung, die auf Initiative der EU-Kommission gegründet wurde, um die technischen Spezifikationen für Interoperabilität (TSI) auszuarbeiten und der Kommission vorzulegen. AEIF ist sowohl für die Entwicklung von TSI für das europäische Hochgeschwindigkeitszugsystem wie für konventionellen Schienenverkehr zuständig. AEIF bringt Vertreter der Infrastrukturbetreiber, der Eisenbahnunternehmen und der Industrie zusammen. Es wurde von der UIC, von UNIFE und von UITP gegründet und wird von der Europäischen Kommission unterstützt.

*dd) Änderung der Richtlinie 91/440/EWG<sup>60</sup>*

Der Eisenbahngüterverkehrsmarkt ist nach wie vor insbesondere im Vergleich zum Straßenverkehr nicht ausreichend wettbewerbsfähig. Mit der Öffnung dieses Marktes für den Kabotageverkehr<sup>61</sup> durch Schaffung der legislativen Voraussetzungen im Gemeinschaftsrecht soll die Effizienz der Schiene gestärkt werden.

Die Änderung der Eisenbahnrichtlinie sieht vor, dass alle zugelassenen Eisenbahnunternehmen das Recht auf einen Zugang zum transeuropäischen Schienengüterverkehrsnetz erhalten und spätestens zum 1. Januar 2006 Zugang zum gesamten Netz für grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr. Ab 2008 sollen alle Schienenfrachtdienste Zugang zum grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr haben.

*ee) Beitritt der EG zu OTIF<sup>62</sup>*

Als letzte Maßnahme im „zweiten Eisenbahnpaket“ hat der Rat die Kommission ermächtigt, Verhandlungen im Hinblick auf einen Beitritt der Gemeinschaft zur zwischenstaatlichen Organisation für den internationalen Eisenbahnverkehr (OTIF) zu führen. OTIF geht zurück auf das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr von 1890, das als völkerrechtlicher Vertrag eine Verwaltungsunion mit Sitz in Bern schaffte.<sup>63</sup> Im Jahr 1980 erfolgte eine umfassende Revision und am 1. Mai 1985 wurde mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) – über den Frachtverkehr hinaus – die Zwischenstaatliche Organisation für den internationalen Eisenbahnverkehr (OTIF) eingerichtet, die sowohl völkerrechtlich wie auch in den nationalen Rechtsordnungen eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Zweck der OTIF, die 42 Staaten in Europa, Nordafrika und im Nahen Osten als Mitglied hat, ist es vor allem, eine einheitliche Rechtsordnung für die Beförde-

---

60 Richtlinie 2004/51/EG vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. 2004 L 220, S. 58 ff. vom 21.06.2004.

61 Kabotagegüterverkehr ist der Transport auf dem Gebiet eines Staates durch einen Spediteur, der in diesem Staat nicht ansässig ist.

62 Beschlusses des Rates über den Abschluss der Vereinbarung über den Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zum Übereinkommen über den Internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des Änderungsprotokolls von Vilnius vom 3. Juni 1999 durch die Europäische Gemeinschaft, KOM(2003) 696 endgültig vom 17.11.2003, nicht im Amtsblatt veröffentlicht.

63 Diese Verwaltungsunionen des 19. Jahrhunderts waren die Folge diplomatischer Konferenzen und wurden in den verschiedenen staatlichen Sektoren wie Postdienste, Fernmeldedienste, gegründet.

rungen von Personen, Gepäck und Gütern im durchgehenden internationalen Eisenbahnverkehr aufzustellen. Seit 1999 steht die OTIF nicht nur Staaten offen, sondern auch regionalen Organisationen offen. Am 1. Juli 2006 tritt das neue COTIF in Kraft; zum selben Tag wird die EU Mitglied der OTIF.

*ff) Fazit des „Zweiten Eisenbahnpakets“*

Zusammengefasst knüpft das „Zweite Eisenbahnpaket“ an die Erfolge des „Ersten Eisenbahnpakets“ an und verfolgt weiterhin konsequent das Ziel, die Integration des Eisenbahnmarktes zu beschleunigen und einen effektiveren Wettbewerb auf der Schiene zu ermöglichen. Dabei stehen im Rahmen des Paketes zum einen die fünf Rechtsvorschriften, die sich auf die Verbesserung der Interoperabilität und der Sicherheit sowie die weitere und schnellere Öffnung des Marktes für Eisenbahndienste in Europa konzentrieren und zum anderen sollen künftige Initiativen Eisenbahnmarktes beleben und zur Verbesserung der Qualität der Eisenbahndienste beitragen.

*f) Das dritte Eisenbahnpaket*

Als letzte Domäne steht vor allem die Freigabe des Schienenpersonenverkehrs auf der Agenda. Noch bevor der Vermittlungsausschuss seine Stellungnahme zum „Zweiten Eisenbahnpaket“ abgegeben hatte, legte die Europäische Kommission am 3. März 2004 Vorschläge für das „Dritte Eisenbahnpaket“ vor, das Maßnahmen zur Neubelebung des Schienenverkehrs in Europa enthält. Das Paket besteht aus einer Mitteilung, vier Gesetzgebungsmaßnahmen und einer Arbeitsunterlage der Dienststellen der Kommission bezüglich einer erweiterten Wirkungsanalyse der Marktöffnung im Eisenbahnpersonenverkehr.<sup>64</sup> Grundlage dieses Maßnahmenpaketes ist das Weißbuch zur europäischen Verkehrspolitik<sup>65</sup>, welches ein Aktionsprogramm für eine gemeinsame Verkehrspolitik vor allem mit ökologischer Nachhaltigkeit, Sicherheit und Sicherung von Fahrgastrechten vorschlägt. Ein weiteres Novum des Weißbuchs ist der Vorschlag, den grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr bis spätestens 2010 zu öffnen.

Im Einzelnen bedeutet dies:

---

64 [http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package2003/new\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package2003/new_de.htm), (Abruf am 19 Juni 2005).

65 Weißbuch: „Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“, 2001.



*aa) Weitere Marktöffnung durch Änderung der Eisenbahnrichtlinie<sup>66</sup>*

Mit einem Entwurf einer weiteren Revision der Eisenbahnrichtlinie 91/440 soll die Fahrgastbeförderung im grenzüberschreitenden Verkehr bis zum Jahr 2010 ermöglicht werden. Ähnlich dem Flugverkehr sollen auch günstige grenzüberschreitende Eisenbahnverkehrsdienstleistungen im Wettbewerb angeboten werden können, sofern die strengen Regeln zur Eisenbahnsicherheit eingehalten werden können, wie es 1999 und 2003 vom Europäischen Parlament gefordert wurde. Konkret verlangte das EP die Öffnung aller Personenbeförderungsdienstleistungen bis zum 1. Januar 2008.<sup>67</sup> Da die Vorschriften zum grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr im Laufe des Jahres 2004 in den Mitgliedstaaten eingerichtet waren, wird deren Anwendung zu beobachten sein und auf den grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr anwendbar sein. Die Sicherheitsrichtlinie aus dem „Zweiten Eisenbahnpaket“ wird dabei ebenso gelten wie die Zertifizierung von Zugführerpersonal. Entscheidend bei der Öffnung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs wird die Freigabe der Personenkabotage sein, da eine Marktöffnung ohne Kabotage kaum messbare Auswirkungen auf den Markt hätte. Die nationalen Eisenbahnunternehmen würden dann Konkurrenz bekommen können und die Kommission verspricht sich davon sinkende Preise, da die derzeitigen Eisenbahnunternehmen durch Billigfluganbieter erheblich unter Druck geraten. Derzeit hat der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr einen Marktanteil von ca. 10 %, sollte das Kabotageverbot weiterhin bestehen bleiben, kann ein grenzüberschreitender Verkehrsdienst unrentabel bleiben und führt schließlich weiterhin zu einzelnen nationalen Zugverkehrsmärkten.

*bb) Rechtsvorschrift über die Rechte der Fahrgäste<sup>68</sup>*

Ähnlich den Passagierrechten bei Überbuchungen und Verspätungen im Flugverkehr sollen Fahrgäste beim grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr geschützt werden. In der Verordnung hat die Kommission vorgeschlagen, die Mindestvorschriften für die Information der Fahrgäste, die Vorgehensweise bei Verspätungen, die Beschwerdebearbeitung und die Betreuung von Personen mit eingeschränkter Mobilität festlegt. Diese Verordnung soll als Grundlage dienen,

---

66 Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (Vorlage der Kommission), KOM(2004) 139 vom 03. März 2004.

67 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments, P5\_TA(2003)0453 vom 23. Oktober 2003.

68 Vorschlag für eine Verordnung über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr (Vorlage der Kommission), KOM(2004) 143 endg. vom 03. März 2004.

freiwillige, darüber hinaus gehende Maßnahmen mit den Fahrgastorganisationen auszuhandeln. Die Eisenbahnverbände lehnten eine gesetzliche Regelung der Fahrgastrechte ab, sie verwiesen vielmehr auf die Ausarbeitung einer eigenen Fahrgastcharta. Die Kommission sieht jedoch den europäischen Gesetzgeber gefordert, gerade die Haftung der Eisenbahnunternehmen und Ausgleichszahlungen für Verspätungen und Zugausfällen nicht auf freiwilliger Basis, sondern gesetzgebend zu regeln und zwar in Form einer Verordnung, die den Mitgliedstaaten keinen Spielraum in der Umsetzung lässt.

Das Europäische Parlament änderte diesen Vorschlag stark ab: Die Entschädigungspflichten sollen auch für den innerstaatlichen Eisenbahnverkehr gelten. Auch die Höhe der Entschädigung ändert das Parlament zugunsten der Fahrgäste.<sup>69</sup>

*cc) Zertifizierungsrichtlinie für Triebfahrzeugführer<sup>70</sup>*

Nach der Schaffung des rechtlichen Rahmens für die Marktöffnung und -regulierung erwies es sich als erforderlich, neben der Sicherheitsrichtlinie auch die Zertifizierung von Fahrzeugführern zu harmonisieren, um zum einen deren Interoperabilität und Verwaltung zu erleichtern und zu verbessern und zum anderen unter Wahrung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus die Freizügigkeit des Zugpersonals zu ermöglichen. Die Sozialpartner, vertreten durch die GEB und die Europäische Transportarbeiter-Föderation (ETF) haben bereits im Februar 2003 Gespräche aufgenommen, die schlussendlich die Einrichtung eines (vorläufigen) Systems für die Erteilung einer europäischen Fahrerlaubnis für Triebfahrzeugführer hat, solange diese Richtlinie noch nicht in Kraft getreten ist. Die Kommission stützt sich in ihrem Richtlinienvorschlag in Bezug auf medizinische und psychologische Eignung, wiederkehrende Prüfung und Beschreibung der Standards weitgehend auf die Vereinbarung der GEB und ETF.

*dd) Verordnung über die Mindestqualität im Schienengüterverkehr<sup>71</sup>*

Seit dem 15. März 2003 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Eisenbahnunternehmen für die Erbringung grenzüberschreitender Schienenverkehrsdienste einen offenen Zugang zum transeuropäischen Schienengüterverkehrsnetz zu er-

---

69 Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 28. September 2005.

70 Vorschlag für eine Richtlinie über die Zertifizierung von mit dem Führen von Triebfahrzeugen und Lokomotiven im Eisenbahnnetz der Gemeinschaft betrauten Zugpersonal, KOM(2004) 142 endg. vom 03. März 2004.

71 Vorschlag über eine Verordnung über Entschädigungen bei Nichterfüllung vertraglicher Qualitätsanforderungen im Schienengüterverkehr, KOM(2004), 144 endg. vom 03. März 2004.

möglichen, was auch in einigen Mitgliedstaaten<sup>72</sup> in nationales Recht umgesetzt wurde. Obwohl das Verkehrsvolumen wieder leicht zugenommen hat, gibt es noch sehr große Probleme in Bezug auf die Qualität der Schienengüterverkehrsdienstleistungen. Dies spiegelt sich vor allem in den Verspätungen der Güterzüge wider: 1999 hatten 40 % aller Güterzüge mehr als 30 Minuten Verspätung, 2002 waren es bereits 52 % und 7 % waren mehr als 24 Stunden zu spät.<sup>73</sup> Dies schadet der Strategie der Kommission, mehr Güter auf die Schiene zu verlagern und schreckt potentielle Kunden von einem Umstieg auf die Bahn ab. Im Gegensatz zu den traditionellen Unternehmen, die entsprechende Entschädigungsklauseln häufig gar nicht zum Vertragsbestandteil werden lassen, schließen neue Anbieter häufig einen Qualitätsvertrag ab, bei dem das Eisenbahnunternehmen entsprechend der Verspätung Entschädigungszahlungen leisten muss.<sup>74</sup> Daher begrüßen gerade die privaten Anbieter diesen Verordnungsentwurf nicht, da die in diesen Entschädigungsklauseln bislang ein Marktvorteil ihrer Leistungen sehen.<sup>75</sup> Die Kommission schlägt in ihrem Richtlinienentwurf vor, Entschädigungszahlungen über die Regelungen des COTIF hinaus gemeinschaftsweit so zu regeln, dass sich die realen Marktbedingungen widerspiegeln und mittels moderner Qualitätssicherungssysteme eine eventuelle Nicht- oder Schlechterfüllung eindeutig dokumentiert werden können. Die beteiligten Verbände sprachen sich bei einer Anhörung für eine Regelung aus, die lockerer angewandt werden sollte als im Kommissionsvorschlag vorgesehen. Sie wurden dabei von den Mitgliedstaaten unterstützt. Die Kundenverbände hingegen befürworteten den Kommissionsvorschlag generell, die Interessen der etablierten Eisenbahnen lehnten den Entwurf der Kommission mit Verweis auf die Kosten strikt ab.

Nachdem der Verkehrsausschuss des Europäischen Parlaments am 19. April 2005 die Berichte verabschiedet hat, nahm am 28. September 2005 das Plenum das Dritte Eisenbahnpaket an. Allerdings hat das Parlament die Öffnung des Eisenbahnmarktes bereits für 2008 vorgesehen und nicht erst für 2010, wie der ursprüngliche Vorschlag der Kommission lautete.<sup>76</sup> Außerdem forderte das Parlament, die nationalen Eisenbahnmärkte bis zum 1. Januar 2012 für den Wettbewerb zu öffnen; die Kommission hatte eine solche Öffnung nicht vorgesehen.

Der Verkehrsministerrat nahm das Paket am 5. Dezember 2005 an, allerdings wurde die vom Parlament vorgeschlagene Erweiterung der Fahrgastrechte von

---

72 So funktioniert der freie Zugang vor allem in Schweden, Dänemark, Deutschland, Vereinigtem Königreich, Niederlanden, Österreich und Italien.

73 Studie der „Union internationale des sociétés de transport combiné Rail – Route“ (U-IRR) 2002.

74 Interview mit einem Vertreter eines Verbandes, der die Eisenbahnbenutzer repräsentiert.

75 Ebenda.

76 Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 28. September 2006.

75 % Erstattung bei mehr als drei Stunden Verspätung zurückgewiesen. Auch die Öffnung der nationalen Netze ab 2012 lehnte der Rat ab; der grenzüberschreitende Verkehr wird – wie von der Kommission vorgeschlagen – nun 2010 für den Wettbewerb geöffnet.<sup>77</sup>

### **3. Schlussfolgerung**

Auch nach der Liberalisierung und teilweisen Privatisierung der Eisenbahnunternehmen in einigen Mitgliedstaaten ist die Eisenbahnpolitik besonders von nationalen Befindlichkeiten geprägt. Ein gemeinsamer europäischer Eisenbahnraum wie etwa im Straßen- oder im Luftverkehr wird daher noch einige Zeit auf sich warten lassen. Allerdings müssen auch die Anstrengungen der ehemaligen Staatsbahnen anerkannt werden, die in Behördenstruktur organisiert waren und sich nun dem Wettbewerb stellen müssen. Angesichts der aktuellen Diskussion über den Börsengang der Deutschen Bahn AG als „integriertes Modell“, d. h. einschließlich des Konzernteils DB Netz (Infrastrukturbetreiber), kommt die Frage und Kritik auf, ob die vor allem auf Betreiben Deutschlands unterbliebene obligatorische gesellschaftsrechtliche Trennung von Fahrbetrieb und Schiene in der Eisenbahnrichtlinie aus dem Jahr 1991 nicht schon ein „Geburtsfehler“ und eine falsche Weichenstellung in der ersten Stunde war.

---

77 Memo 05/464 der Sitzung des Verkehrsministerrates vom 05. Dezember 2005.

## Liberalisierung und Privatisierung im Bereich der Trinkwasserversorgung

Gerald G. Sander\*

Alles ist aus dem Wasser entsprungen!!  
Alles wird durch das Wasser erhalten!

*Johann Wolfgang von Goethe, Faust II*

### Einleitung

Nachdem der Fokus der EU in den vergangenen Jahrzehnten vorwiegend auf den freien Warenhandel gerichtet war, rückte in den letzten Jahren immer stärker der Dienstleistungsverkehr in das Blickfeld europäischer Liberalisierungspolitik.<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang wird in der EU und in Deutschland seit einiger Zeit vor allem intensiv über die Liberalisierung von Diensten der sog. Daseinsvorsorge diskutiert, und ein Ende der Debatte ist noch lange nicht abzusehen. Den Liberalisierungsintentionen seitens der EU stehen in Deutschland oft die gewachsenen Strukturen der kommunalen Erbringung von am Gemeinwohl orientierten Dienstleistungen, unter anderem beispielsweise der kommunalen Trinkwasserversorgung, entgegen.<sup>2</sup> Auch wenn das Gemeinschaftsrecht Privatisierungen nicht ausdrücklich vorschreibt, führen die Liberalisierungen mit der Einführung von Wettbewerbsregeln, einschließlich des Vergaberegimes, in letzter Konsequenz zu diesem Phänomen. Unabhängig von europarechtlichen Vorgaben finden in den Nationalstaaten aber schon jetzt Privatisierungen im Trinkwassersektor statt, von denen man sich insbesondere Effizienzsteigerungen und die finanzielle Konsolidierung kommunaler Haushalte verspricht.

---

\* Dr. iur., M. A., Mag. rer. publ.; wiss. Mitarbeiter am Institut für Rechtswissenschaft an der Universität Hohenheim; Lehrbeauftragter an den Universitäten Tübingen, Budweis und Pilsen.

1 Vgl. etwa den Bericht der Kommission „Der Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“ (KOM (2002) 441 endg.) sowie die Diskussion um die EG-Dienstleistungsrichtlinie (KOM (2004) 2 endg.).

2 Hierzu allgemein *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, in: DVBl. 2003, S. 686 ff.; *Sandmann*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main u. a. 2005; *Kolb*, Aktuelle Entwicklungen der europarechtlichen Vorgaben für die kommunale Daseinsvorsorge, in: LKV 2006, S. 97 ff.

Bei der Diskussion um Liberalisierung und Privatisierung der Trinkwasserversorgung werden jedoch häufig die Besonderheiten des Gutes übersehen. Wasser als universelles Lösungs- und Transportmittel des menschlichen Organismus ist neben der Luft das einzige Lebensmittel, das nicht substituierbar ist. Außerdem wird es als Hygienemittel eingesetzt. Deshalb muss es nach Qualität und Menge jederzeit so verfügbar sein, dass sein Gebrauch der menschlichen Gesundheit dient.<sup>3</sup> Nicht das Wasser als Handelsware, sondern der Gesundheitsschutz sollte somit bei der Betrachtung im Vordergrund stehen. Dieses Gesundheitsschutzziel lässt sich am besten durch öffentlich kontrollierte oder beherrschte Wasserversorger verwirklichen.

Deutschland weist im weltweiten Vergleich zudem eine sehr hohe Versorgungssicherheit auf und hat sich bei der Wasserbewirtschaftung den Grundsätzen der Nachhaltigkeit und Vorsorge verschrieben. Wegen der sehr kostenintensiven, leitungsgebundenen Infrastruktur handelt es sich bei der Trinkwasserversorgung ferner um einen Bereich, der die Merkmale eines natürlichen Monopols aufweist.<sup>4</sup>

## 1. Formen von Liberalisierung und Privatisierung

### a) *Liberalisierung*

Bei einer Liberalisierung handelt es sich um die Einführung von Marktmechanismen in Bereiche, die bislang durch den Staat monopolisiert waren. Bei einer Liberalisierung ist grundsätzlich zwischen dem Wettbewerb *im* Markt und dem Wettbewerb *um* den Markt zu unterscheiden.<sup>5</sup> Von einem Wettbewerb im Markt wird gesprochen, wenn die Marktöffnung darauf abzielt, dass der Wettbewerb um den Endverbraucher gestärkt wird, indem z. B. das Gebietsmonopol aufgehoben wird und die verschiedenen Anbieter dieselbe Leitung benutzen können. Allerdings ist die Schaffung gemeinsamer Versorgungsnetze im Wassersektor aus gesundheitlicher sowie hygienischer Sicht wegen der stattfindenden Durchmischung der Wässer bedenklich und die Errichtung paralleler Netze sehr kos-

---

3 Dieter, Trinkwasser: Marktfrei oder frei von Schadstoffen?, in: Umweltmedizin in Forschung und Praxis 2000, S. 307 (307).

4 Nicht zuletzt deswegen und wegen der Nichtsubstituierbarkeit ist der Vorgang eben nicht mit dem Brotkauf beim Bäcker vergleichbar; siehe zu diesem verfehlten Vergleich das Minderheitenvotum der FDP-Arbeitsgruppe in der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, BT-Drs. 14/9200, S. 519.

5 Siehe zu dieser Unterteilung auch Becker, Europäische Daseinsvorsorge. Die Politik der EU zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlverpflichtung, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin 2005, S. 27.

tenintensiv. Ein Wettbewerb um den Markt findet statt, wenn die Anbieter im Wettbewerb um das zeitlich befristete Recht zur Wasserversorgung in einem Versorgungsgebiet stehen. Das einschlägige Wettbewerbsinstrument ist in diesem Zusammenhang das Ausschreibungsverfahren mit der Vergabe einer langfristigen Konzession an den obsiegenden Bieter. Weil die Gebietsmonopole hierbei bestehen bleiben können, handelt es sich um das zurzeit am meisten diskutierte Liberalisierungsmodell. Weiterhin ist auch der Wettbewerb um einzelne, spezifische Dienstleistungen wie Qualitätskontrollen oder die Instandsetzung und die Unterhaltung baulicher Anlagen der Wasserversorgung möglich, die ebenfalls im Wege von Ausschreibungsverfahren vergeben werden können.<sup>6</sup>

### **b) Privatisierung**

In der Praxis führen Liberalisierungen in den betroffenen Sektoren zu Privatisierungen. Grundsätzlich können drei Arten von Privatisierungen unterschieden werden. Eine *formelle* Privatisierung (Organisationsprivatisierung) liegt vor, wenn organisatorisch an die Stelle eines Trägers öffentlicher Verwaltung eine juristische Person des Privatrechts tritt, die Anteile dieser Privatrechtsperson jedoch ganz oder mehrheitlich in den Händen der öffentlichen Verwaltung verbleiben. Von einer *funktionalen* Privatisierung spricht man, wenn eine Behörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Private einschaltet, wobei das Anlagevermögen sowie die öffentlich-rechtliche Verantwortung weiterhin bei ihr verbleiben. Kommt der Partner aus dem privatwirtschaftlichen Bereich, liegt eine echte funktionale Privatisierung vor; geht der private Partner dagegen aus einer Kommune hervor, besteht eine unechte funktionale Privatisierung. Eine *materielle* Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) findet statt, wenn sich der Staat aus der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe zurückzieht und die Erledigung der Aufgabe privater Initiative überlässt. Im Falle einer unechten Aufgabenprivatisierung werden zeitlich befristete Konzessionen erteilt, so dass nach Fristablauf die Kommunen wieder die Wasserversorgungseinrichtungen übernehmen, während bei einer echten Aufgabenprivatisierung kein solches Rückholrecht besteht.

### **c) Hauptargument für Privatisierungen: niedrigere Preise**

Die Befürworter von Privatisierungen erhoffen sich vor allem eine bessere Qualität des Gutes zu niedrigeren Preisen sowie eine höhere Effizienz. In der Praxis lassen sich diese Phänomene allerdings im Trinkwassersektor nicht generell nachweisen. In Berlin ist der Trinkwasserpreis nach einer Teilprivatisierung, unter anderem wegen der vertraglich garantierten Rendite, Anfang 2004 um 15 %

---

6 Zur Einführung von Wettbewerbsinstrumenten in der Trinkwasserversorgung siehe Winkler, Wettbewerb für den deutschen Trinkwassermarkt. Vom freiwilligen Benchmarking zur disaggregierten Regulierung, Baden-Baden 2005.

und Anfang 2005 nochmals um 5,4 % gestiegen. Im Jahre 2009 wird er bereits um 30 % über dem Preis vor der Teilprivatisierung von 1999 liegen. Potsdam hatte aufgrund der von den Privaten prognostizierten Preisentwicklungen die Teilprivatisierung sogar rückgängig gemacht. Auch in Rostock hat sich der Wasserpreis nach der Einführung eines Betreibermodells mit Eurawasser von 1993 bis 2004 um 24 % auf 1,90 Euro/m<sup>3</sup> erhöht, während er bei den Hamburger Wasserwerken, einer 100-prozentigen Tochter der Hansestadt, in den vergangenen Jahren nahezu konstant bei 1,49 Euro/m<sup>3</sup> lag.<sup>7</sup> Etwaige Effizienzgewinne, die sich infolge der Privatisierung einstellen sollen, werden auch nicht hoch ausfallen können, denn über zwei Drittel der Kosten der Wasserversorgung verschlingen allein die Wartung und der Betrieb der Leitungsnetze. Private Versorger könnten aus diesem Grund versucht sein, Anreize zum Wassersparen, Investitionen in die Rohrnetzpflege sowie den kostspieligen Schutz des Grundwassers zugunsten der Rendite zu vernachlässigen, wie es sich bereits bei den Privatisierungen in England und Wales gezeigt hat.

## 2. Privatisierungsbeispiele in Europa

### a) *Privatisierung der Trinkwasserversorgung in England und Wales*

#### aa) *Vollständige Privatisierung der Wasserversorgung*

In England und Wales wurde mit dem Water Act von 1989 eine Privatisierung der zehn Regional Water Authorities durchgeführt,<sup>8</sup> indem sämtliche Wasser- und Klärwerke vollständig verkauft wurden. Den neu entstandenen Aktiengesellschaften wurde ein Großteil der Schulden erlassen, sie bekamen Zuschüsse für ökologische Maßnahmen und steuerliche Vorteile sowie eine Betreiberlizenz für 25 Jahre. Die privaten Wasseranbieter sind dabei einer Preisregulierung durch das Office of Water Services (OFWAT), einer Überwachung der Trinkwasserqualität durch die Drinking Water Inspectorate (DWI) sowie einer Kontrolle der Umweltauflagen durch die Environmental Agency (EA) unterworfen. Zusätzlich wurden nach öffentlichen Protesten aus Gründen des Verbraucherschutzes regionale Verbraucherkomitees sowie im Jahr 2000 ein autonomer Konsumentenrat geschaffen. Die hohe Zahl an Aufsichts- und Regulierungsbehörden sowie die spätere institutionelle Stärkung des Verbraucherschutzes zeigen, dass ein ursprünglich mit der Privatisierung verfolgtes Ziel, nämlich ein geringeres Maß an Regulierungen zu erreichen, sich nicht erfüllt hat. Die Privati-

---

7 Die Welt vom 8. Juli 2004.

8 Zu den Gründen *Green*, The lessons from the privatisation of the wastewater and water industry in England and Wales, in: Holzwarth/Kraemer (Hrsg.), Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland, Berlin 2001, S. 135 (144 ff.).



sierung hat immerhin dazu geführt, dass erstmals die Vorgaben der Trinkwasser-richtlinie<sup>9</sup> der EG nahezu erfüllt wurden.

Trotz Einrichtung der Preisregulierungsbehörde OFWAT stiegen aber die Rechnungen der Privathaushalte durch Privatisierungen in England und Wales zwischen 1989/90 und 1998/99 um real 46 %.<sup>10</sup> In den ersten fünf Jahren verdreifachte sich die Zahl derjenigen Haushalte, denen wegen unbezahlter Rechnungen das Wasser abgestellt wurde, auf 18.636.<sup>11</sup> Im Jahr 2001 wurden die Wasseranbieter durch die Regulierungsbehörde gezwungen, ihre Wasserpreise um durchschnittlich 13,7 % zu senken.

*bb) Gefahren für die Umwelt infolge mangelhafter Infrastruktur*

Erhaltungs- und Erneuerungsmaßnahmen der Infrastruktur sind mit Abstand der größte Kostenfaktor im Wassersektor. Erhebliche Einsparungen können deshalb vor allem durch geringere Investitionen in die Netze erzielt werden, wie die englisch-walisischen Privatisierungsfolgen zeigen. In der Zeit von 1993 bis 1998 stieg dort der Anteil der Hauptwasserrohre, die sich in schlechtem Zustand (Grade 4 und 5) befanden, von 9 % auf 11 %.<sup>12</sup> Thames Water Ltd. hatte 1995 als größter Wasserversorger angekündigt, sein auf insgesamt 2,1 Mrd. britische Pfund Sterling veranschlagtes Investitionsprogramm für die nächsten fünf Jahre um 350 Mio. Pfund Sterling zu kürzen.<sup>13</sup> Andere Anbieter wie Yorkshire Water und North West Water folgten dem Beispiel, um die hohen Dividenden für die Aktionäre beibehalten zu können. Nahezu der gesamte Umsatzzuwachs ging laut Regulierungsbehörde als Dividende an die Aktionäre.<sup>14</sup>

Die Vernachlässigung der Rohre kann dazu führen, dass ein verstärkter chemischer Desinfektionseinsatz stattfindet, um vorsorglich ein technisch einwandfreies Wasser einzuspeisen. Wasserverluste bergen die Gefahr, dass Fremdwasser von außen in die Leitungen eindringt und das Trinkwasser verunreinigt. Die Rohrleitungen im Vereinigten Königreich kennzeichnet ein Wasserverlust von

---

9 Richtlinie 80/778/EWG (ABl. EG 1980 Nr. L 229, S. 11); abgelöst durch Richtlinie 98/83/EG (ABl. EG 1998 Nr. L 330, S. 32).

10 OFWAT Memorandum vom 18. März 1998, in: House of Commons Research paper 98/117, Dezember 1998.

11 *Lobina/Hall*, UK Water privatization – a briefing, Public Services International Research Unit, University of Greenwich, February 2001, S. 16.

12 House of Commons Select Committee on the Environment, Seventh Report 1999-2000: Water Prices and the Environment, HC 597 vom 14. November 2000, para. 186.

13 Observer vom 12. Februar 1995.

14 *Hall/Lobina*, Public Sector Alternatives To Water Supply And Sewerage Privatisation. Case Studies, in: International Journal of Water Resources Development 2000, Nr. 1, S. 35 ff.

24 %, während dieser in Deutschland nur 8 % beträgt. Mangelnder Quellschutz und vernachlässigte Rohrnetze sind im englischen Trinkwasser auch immer noch verantwortlich für die Probleme mit Blei, Nitrat und Polyzyklischen Aromatischen Kohlenwasserstoffen.<sup>15</sup> Das DWI berichtete, dass in den Kategorien Nitrit-, Eisen-, Blei sowie Pestizidbelastungen mehr als 20 % der untersuchten Zonen den gesetzlichen Vorgaben nicht entsprachen.<sup>16</sup> Die privaten Wasseranbieter in England und Wales waren Ende der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts außerdem für 20 % der Wasserverschmutzungsunfälle verantwortlich.<sup>17</sup> In den Jahren 1997/98 wurden sämtliche zehn privaten Wasserversorger wegen Umweltvergehen zu Geldstrafen verurteilt.

### **b) Das französische Konzessionsmodell**

In Frankreich sind seit etwa 150 Jahren die Kommunen – gegebenenfalls auch in einem interkommunalen Verbund – für die Trinkwasserversorgung verantwortlich. Sie können allerdings darüber entscheiden, ob sie die Aufgabe der Wasserversorgung an ein privates Unternehmen abgeben.<sup>18</sup> Der Marktanteil der Privaten an der Wasserversorgung betrug im Jahr 2000 79 %.<sup>19</sup> Grundlage hierfür ist eine Konzessionsvergabe der Gemeinde an einen privaten Anbieter, wobei die Gemeinde aber weiterhin die Verantwortung für die Wasserversorgung behält und sie ebenfalls Eigentümerin der Infrastruktur (Bauwerke, Netze etc.) und zuständig für die Kontrolle der Wasserpreise bleibt. Die Konzession wird nach einem gesetzlich festgelegten Ausschreibungsverfahren vergeben und in der Regel in einem Delegationsvertrag mit maximal 20 Jahren Laufzeit niedergelegt. Bei der Neuvergabe der Konzession kommt es aber nur sehr selten vor, dass eine Kommune den Wasseranbieter wechselt. Die drei französischen Anbieter Veolia Water (vormals Vivendi-Générale des Eaux), Ondo Services, ein Unternehmen der Suez Environnement (vormals Suez-Lyonnaise des Eaux), sowie die Société d'Aménagement Urbain et Rural (SAUR) beliefern rund 98 % der von Privaten versorgten Haushalte.<sup>20</sup> Hier offenbart sich das prinzipielle Bedenken im Zu-

---

15 Umweltbundesamt (Hrsg.), Nachhaltige Wasserversorgung in Deutschland, Berlin 2001, S. 82 f.

16 Zit. nach *Shaoul*, Water Clean Up and Transparency, Manchester 1998, S. 27.

17 *Environment Agency*, Spotlight on business environmental performance, Bristol 1999.

18 Ausführlich hierzu *Barraqué/Grand d'Esnon/Van de Vyver*, Experiences in France, in: Holzwarth/Kraemer (Hrsg.), Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland, Berlin 2001, S. 199 ff.

19 *Scherrer* u. a., Liberalisierung Öffentlicher Dienstleistungen durch das GATS, Wien 2005, S. 81.

20 *Hemmer/Höferl/Hollos*, Privatisierung und Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in der EU, Teil 8: Wasser und Abwasser, Wien 2002, S. 12.

sammenhang mit der Liberalisierung des Wassemarktes, dass letztlich nämlich nur öffentliche Monopole durch private Monopole abgelöst werden. In Frankreich liegen die Preise privater Anbieter zudem um ca. 30 % höher als die Preise in Gemeinden, die von öffentlichen Unternehmen versorgt werden.<sup>21</sup>

Neben hohen Preisen und minderer Qualität war insbesondere ein Aufsehen erregender Korruptionsskandal, in den der frühere Bürgermeister der Stadt verwickelt gewesen war, verantwortlich für die Rekommunalisierung der Wasserversorgung in Grenoble im Jahr 2000. 1989 hatte der Stadtrat beschlossen, die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung mittels eines Konzessionsvertrages mit einer Laufzeit von 25 Jahren an die Compagnie de Gestion des Eaux du Sud-Est zu übertragen. Zuvor war über 100 Jahre die Wasserversorgung von Grenoble ein öffentlicher Betrieb, der jedes Jahr einen Gewinn erwirtschaftete, der in den Haushalt der Stadt floss.<sup>22</sup> Der Bürgermeister ließ sich, wie später herauskam, von der Tochter des Wasserkonzerns Suez-Lyonnaise (jetzt Odeo) Wahlkämpfe bezahlen und Geschenke in Höhe von fast 3 Mio. Euro machen.<sup>23</sup>

### **c) Privatisierungen in Mittel- und Osteuropa**

Seit den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts stehen die Länder Mittel- und Osteuropas vor großen Struktur- und Kostenproblemen in der Wasserwirtschaft. Industrieabbau, sinkender Wasserverbrauch, steigende Preise, weil die Kosten für die Instandhaltung schlecht durchspülter Rohre zunehmen, prägen hier oft das Bild.

Aufgrund des hohen Investitionsbedarfs in die Wassernetze in Mittel- und Osteuropa und der dazu fehlenden Geldmittel auf staatlicher Seite haben dort private Wasseranbieter zahlreiche Wasserversorgungen übernommen. So ist die deutsche RWE beispielsweise in Zagreb und Budapest tätig geworden. Marktführer im Wassersektor der Tschechischen Republik ist der französische Konzern Veolia Water. Er ist für die Hauptstadt Prag und Umgebung sowie zahlreiche weitere Städte, wie z. B. Kladno, Pilsen und Teplice, zuständig.

---

21 Nach einer Studie des zum Umweltministerium gehörenden Umweltinstituts Frankreichs aus dem Jahr 2001.

22 *Stadler/Hoering*, Das Wasser-Monopoly – Von einem Allgemeingut und seiner Privatisierung, Zürich 2003, S. 95 f.

23 Sowohl der Bürgermeister als auch der Vertreter des Wasserkonzerns wurden danach zu Haftstrafen verurteilt.

### 3. Trinkwasserversorgung in Deutschland

#### a) Liberalisierung durch Wegfall der Gebietsmonopole

##### aa) Die rechtliche Ausgangslage

Das deutsche Bundeswirtschaftsministerium stellte bereits Überlegungen an, ob die Trinkwasserversorgung durch Liberalisierungsmaßnahmen dem Wettbewerb unterworfen werden soll,<sup>24</sup> was in der Folge zur Zunahme von Privatisierungen in diesem Bereich geführt hätte. Für Privatisierungen in diesem Sektor gibt es in Deutschland zwar bereits zahlreiche Beispiele, allerdings sind die Unternehmenseigentümer zumeist kommunale Körperschaften. Die ungefähr 6.700 deutschen Wasserversorger sind zu ca. 85 % öffentlich-rechtliche Versorger mit 52 % der Wasserabgabemenge und zu etwa 15 % privatrechtliche Gesellschaften mit 48 % der Abgabemenge, darunter z. B. Stadtwerke GmbHs. Nur 1,6 % der Versorger befinden sich vollständig in privatem Eigentum.

Diese Situation erklärt sich auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung damit, dass die Unternehmen als Folge der Freistellung vom Kartellrecht nach § 131 Abs. 8, § 103 alte Fassung des GWB nur im Rahmen von Gebietsmonopolen tätig sein dürfen. Die Versorgungsunternehmen schließen mit den jeweiligen Gebietskörperschaften Konzessionsverträge ab, die ihnen das ausschließliche Recht zusichern, innerhalb der Gebietskörperschaft die Endverbraucher mit Trinkwasser zu versorgen. Daneben bestehen Demarkationsverträge zwischen zwei Unternehmen oder zwischen Unternehmen und Gebietskörperschaften, in denen sich die Vertragsparteien verpflichten, die Versorgung im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei zu unterlassen. Aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs der Gemeindeordnungen müssen sich die Bürger zudem des lokalen Versorgers bedienen und haben keine Auswahl zwischen verschiedenen Versorgungsunternehmen.<sup>25</sup> Für rein private Anbieter ist diese Situation für ein Engagement in der Regel uninteressant, da sie keine Aussichten auf hinreichendes Wachstum haben.

Eine Marktöffnung in diesem Sektor durch Aufhebung des § 103 a.F. GWB und den damit verbundenen Wegfall des Gebietsmonopols würde letztlich zu einer stark zunehmenden Privatisierung zugunsten rein gewinnorientierter, wirtschaftlicher Privateigentümer führen. Für private Anbieter wäre es dann lohnend, sich

---

24 Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Endbericht, Juli 2001 (Forschungsvorhaben 11/00), S. 63 f.

25 Frenz, Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft, in: ZHR 2002, S. 307 (312).

wegen der neu entstehenden Wachstumschancen durch erfolgreiche Verdrängung der Konkurrenz im Wettbewerb verstärkt in den Trinkwassermarkt einzukaufen.

Auch wenn die Entschließung des Bundestages vom März 2002 zum Antrag „Nachhaltige Wasserwirtschaft in Deutschland“<sup>26</sup> und der Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz der Länder vom Dezember 2002 zur „Neustrukturierung der Wasserwirtschaft“ zunächst einen Schlusstrich unter die Liberalisierungsdebatte gesetzt haben, werden unter dem Stichwort „Modernisierung der Wasserwirtschaft“ Ziele verfolgt, welche die Kommunen bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge erheblich unter Druck setzen.<sup>27</sup> Im diesem Kontext werden insbesondere die Zusammenführung von Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungssystemen, die Einführung eines Benchmarking-Verfahrens, der Ausbau von kommunalen Kooperationen und die Relativierung des Örtlichkeitsprinzips angesprochen. Außerdem fordern unverändert einige politische Kräfte im Parlament die Abschaffung der Gebietsmonopole.<sup>28</sup>

#### *bb) Gefahren für die menschliche Gesundheit*

Als Folge einer Liberalisierung, die den Verbrauchern durch Abschaffung des Gebietsmonopols die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern ermöglicht, könnten aber erhebliche Risiken für die menschliche Gesundheit entstehen.<sup>29</sup> Derzeit liegt die deutsche Trinkwasserqualität im internationalen Vergleich auf einem Spitzenplatz, weil die national vorgeschriebenen Standards über denen der EG-Trinkwasserrichtlinie<sup>30</sup> liegen und das Gut das am besten kontrollierte Lebensmittel darstellt. Durch die Verbindung der lokalen Leitungsnetze würden gemeinsame Wasserversorgungsnetze mit Durchleitungsrechten entstehen, in denen Wasser unterschiedlicher Herkunft verschnitten werden. Sollte das

---

26 BT-Drs. 14/7177, Antrag der Abgeordnet Ursula Burchardt u. a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 17. Oktober 2001.

27 Siehe hierzu *Krüger*, Ein Element unter Druck. Wasser und Wassermärkte zwischen Regulierung und Privatisierung, in: Brunnengräber (Hrsg.), Globale öffentliche Güter unter Privatisierungsdruck, Münster 2003, S. 197 ff.

28 Vgl. etwa das Minderheitenvotum der FDP-Arbeitsgruppe in der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, BT-Drs. 14/9200, S. 519.

29 Hierzu auch *Kluge/Lux/Schramm*, Marktöffnung in der Trinkwasserversorgung – Entwicklung von Verbraucherschutzpositionen, Institut für sozial-ökonomische Forschung GmbH, Frankfurt am Main, 11. April 2001; *Brackemann* u. a. (Hrsg.), Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung. Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Berlin 2000, insb. Kapitel 4 u. 6.3.

30 Richtlinie 98/83/EG (ABl. EG 1998 Nr. L 330, S. 32).

Mischwasser unklarer Herkunft die gesetzlichen Grenzwerte überschreiten, stellt sich die Frage, an wen sich die Aufsichtsbehörde haftungsrechtlich halten soll.<sup>31</sup> Außerdem entfällt der Anreiz für den einzelnen Anbieter, ein besonders reines Wasser in das Netz einzuspeisen, da eine Durchmischung der Wässer stattfindet und er deshalb nicht mehr aus dem Vorteil seiner speziellen Trinkwasserqualität Nutzen ziehen kann. Auch könnten sich infolge der veränderten Wasserzusammensetzung alte Ablagerungen in den Rohren lösen und in den Haushalten der Endverbraucher zu Gesundheitsschäden führen.

### **b) Ausgewählte Privatisierungsbeispiele**

Unbeeindruckt von der Liberalisierungsdebatte in der Öffentlichkeit findet in deutschen Kommunen jedoch bereits eine fast unbemerkte, stetig fortschreitende Privatisierung statt. Hierzu im Folgenden einige ausgewählte Beispiele.

Stuttgart hat das städtische Aktienpaket in Höhe von 42,5 % an der Neckarwerke Stuttgart AG (NWS)<sup>32</sup> sowie seine 9-prozentige Beteiligung an der Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) im Jahr 2002 an die EnBW veräußert.<sup>33</sup> Damit wurde die technische Infrastruktur der Wasserversorgung, einschließlich der Leitungen, Pumpstationen und Wasserspeicher, vollständig und endgültig an die EnBW verkauft. Der zwischen der Stadt Stuttgart und der Technischen Werke der Stadt Stuttgart AG (TWS) abgeschlossene Konzessionsvertrag über die Wasserversorgung, der auch für die Rechtsnachfolgerinnen NWS und EnBW Gültigkeit besitzt, hat eine Laufzeit bis Ende 2013. Außerdem veräußerte Stuttgart seine Anteile in Höhe von 33,3 % an der Infrastruktur der Bodenseewasser- und der Landeswasserversorgung an die EnBW. An der EnBW hält der kommunale Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW) mit 44,5 % die gleiche Beteiligung wie der französische Mitaktionär Electricité de France (EdF). Eine Übernahme der Mehrheit an Deutschlands drittgrößtem Stromproduzenten durch den französischen Staatskonzern konnte vorerst noch verhindert werden, als die OEW Anfang 2005 ihren Anteil gleichfalls aufstockte und mit der EdF wieder gleichzog. Da sich die EnBW auf den Börsengang vorbereitet, orientiert sie sich schon heute in ihrer Unternehmenspolitik am Kapitalmarkt. Auch Frankreich hat den Gang der EdF an die Börse mittlerweile eingeleitet.

Die Wasserversorgung in Rostock wird seit 1993 im Wege eines Betreibermodells mit einer Konzessionserteilung auf 25 Jahre von dem privatwirtschaftli-

---

31 *Dieter*, Trinkwasser: Marktfrei oder frei von Schadstoffen?, in: Umweltmedizin in Forschung und Praxis 2000, S. 307 (308).

32 Die NWS ging 1997 aus einer Fusion der Neckarwerke Elektrizitätsversorgungs-AG Esslingen und der TWS hervor. 2003 kam es zum Zusammenschluss mit der EnBW.

33 Auch der Neckar-Elektrizitätsverband (NEV) sowie Landkreise, Städte und Gemeinden, die im NEV zusammen geschlossen sind, verkauften ihre Anteile an der NWS.

chen Unternehmen Eurawasser GmbH<sup>34</sup> geleistet. ThyssenKrupp und Ondeo Services (ehemals Suez-Lyonnaise des Eaux) waren seit 1991 an dem deutsch-französischen Gemeinschaftsunternehmen beteiligt. Seit dem Verkauf der 50 %-Beteiligung von ThyssenKrupp im Jahr 2002 hält Ondeo sämtliche Anteile. Die technische Infrastruktur der Wasserversorgung verbleibt im kommunalen Eigentum, Eurawasser hat aber die Auflage, ausreichende Investitionen in sie vorzunehmen.

Die Kieler Ratsversammlung billigte im Juli 2000 einstimmig den Teilverkauf der Stadtwerke Kiel AG an TXU Europe Ltd. Die britische Tochtergesellschaft des texanischen Konzerns TXU Corp. erwarb 51 % der Stadtwerke zu einem Kaufpreis von rund 450 Mio. DM. Anschließende Grundstücks- und Werkwohnungsverkäufe sowie die nahezu Halbierung des Investitionsvolumens verbesserten die Bilanz. Dies trug mit dazu bei, den Wert der TXU-Aktie in den USA zu steigern. Im November 2002 beantragte der Konzern jedoch Insolvenz und beendete seine Aktivitäten in Europa. Nach einem äußerst schleppenden Verkaufsprozess mit wenigen Bietern übernahm die Mannheimer MVV Energie AG, an der mittlerweile die EnBW Anteile von E.ON übernommen hat, im Jahr 2004 das Aktienpaket.

In Berlin werden die Wasserbetriebe als Anstalt des öffentlichen Rechts geführt. Im Jahr 1999 wurden 49,9 % der Anteile für 3,3 Mrd. DM an ein rein privates Konsortium aus RWE<sup>35</sup>, Vivendi (jetzt Veolia) und der Allianz, die sich allerdings 2002 zurückzog, veräußert. In dem zunächst geheimen Konsortialvertrag wurde die Betriebsführung an den Minderheitseigentümer übertragen. Der Vertrag garantiert den Konzernen zudem eine jährliche Rendite von ca. acht Prozent bei einer Laufzeit von 28 Jahren. Weil sich die Rendite auf das „betriebsnotwendige Kapital“ bezieht, wächst die Berechnungsgrundlage für die garantierte Rendite, z. B. durch Neubewertung der Immobilien oder durch getätigte Investitionen. Zur Erfüllung dieser Vereinbarung musste Berlin bereits auf Einnahmen verzichten, da die bisherigen Preiserhöhungen nicht ausreichten, um die Forderungen der Investoren zu bedienen. Für das Jahr 2004 belief sich der Einnahmeverzicht auf 41,2 Mio. Euro.<sup>36</sup>

In Potsdam ist der Abwasserpreis nach dem Verkauf eines 49-prozentigen Anteils an den Wasserwerken und der Übertragung der Betriebsführung an Eura-

---

34 von Weizsäcker, Management success at Rostock, Germany, in: von Weizsäcker/Young/Finger (Hrsg.), Limits to Privatization. How to Avoid too Much of a Good Thing, London/Sterling, VA, 2005, S. 39 f.

35 Die Aktionärsstruktur der RWE AG wies im Juli 2005 noch 31 % kommunale Aktionäre aus.

36 Schermer, Geheime Verträge, garantierte Gewinne, in: Welt am Sonntag vom 7. November 2004.

wasser Ende 1997 innerhalb von zwei Jahren von 4,92 DM/m<sup>3</sup> (1998) auf 8,80 DM/m<sup>3</sup> (2000) gestiegen. Angesichts einer angekündigten weiteren Preiserhöhung auf 10,10 DM/m<sup>3</sup> und einer von Eurawasser errechneten Verdopplung des Preises auf 16,40 DM/m<sup>3</sup> bis 2017 wurde der Vertrag im Juni 2000 von der Stadt gelöst und die bereits privatisierten Anteile wurden zurückgekauft.

Im Ruhrgebiet und Münsterland versorgt die Gelsenwasser AG über 30 Kommunen mit Wasser. Zunächst befand sich der Konzern zu 80,51 % im Besitz des Energiekonzerns E.ON, Ende Juli 2003 wurden die Anteile von der Wasser und Gas Westfalen GmbH (Stadtwerke Bochum GmbH/Stadtwerke Dortmund AG) aus kartellrechtlichen Gründen übernommen.

Die obigen Beispiele zeigen zum einen die große Vielfalt an Privatisierungsvorgängen, zum anderen, dass große private Wasser- und Energieunternehmen wie Veolia Environnement, Ondeo Services, RWE/Thames Water oder E.ON/Thüga vor allem in lukrative Ballungsräume, Groß- und Mittelstädte einsteigen.<sup>37</sup> Die Unternehmen bauen sich dabei zu sog. Multi-Utility-Unternehmen mit den Bereichen Energie, Abfall und Wasser etc. aus.<sup>38</sup> Der Handel mit Trinkwasser ist heute zu einem einträglichen Geschäft geworden. Der deutsche Wassermarkt wird auf ca. 25 Mrd. Euro veranschlagt. Für die EU-15 wird das Umsatzvolumen im Wasserbereich auf etwa 80 Mrd. Euro geschätzt.<sup>39</sup>

#### 4. Liberalisierungsbestrebungen der EU

##### a) *Einleitung*

Die auf nationaler Ebene teilweise geforderten Liberalisierungsmaßnahmen werden auch von der EU unterstützt, hier vornehmlich durch die Vorhaben der Kommission.<sup>40</sup> Die Wasserversorgung wird zunächst in der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG<sup>41</sup> noch als Leistung der Daseinsvorsorge im Sinne der Mittei-

---

37 Weltweit organisierten z. B. im Jahr 2001 Suez-Lyonnaise (jetzt Ondeo) die Wasserversorgung in Jakarta/Indonesien, Casablanca/Marokko, Santiago de Chile und Amman/Jordanien sowie Vivendi (jetzt Veolia) in Mexiko City, Caracas/Venezuela, Sydney/Australien und Kalkutta/Indien.

38 Veolia Environnement beispielsweise mit den Sparten Transport (Connex), Energie (Dalkia), Abfallentsorgung (Onyx) und Wasserversorgung (Veolia Water).

39 *Europäische Kommission*, Binnenmarktstrategie. Vorrangige Aufgaben 2003 – 2006, KOM (2003) 238 endg.; *Wetzel*, Brüssel will Wassermarkt stärker liberalisieren, in: *Die Welt* vom 19. Oktober 2004.

40 *Scharpf*, Der Einfluss des Europarechts auf die Daseinsvorsorge, in: *EuZW* 2005, S. 295 ff.; *Schink*, Kommunale Daseinsvorsorge in Europa, in: *DVBl.* 2005, S. 861 ff.

41 *ABl. EG* 2000 Nr. L 327, S. 1.



lung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“<sup>42</sup> begriffen.<sup>43</sup> Im Rechtsakt ist weiterhin festgeschrieben, dass Wasser keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut ist, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss.

Im Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2003<sup>44</sup> wird betont, dass die Regeln des Binnenmarktes, das Wettbewerbsrecht sowie das Beihilferegime bezüglich staatlicher Subventionen im Grundsatz auch für öffentliche Unternehmen gelten. Zudem klingt die Tendenz zu weiterer Liberalisierung und Verschaffung von Marktzutritt im Bereich der Daseinsvorsorge an. Die Wasserversorgung wird von der Kommission als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft, was die Anwendung der Wettbewerbs- und Beihilfevorschriften der Gemeinschaft zur Folge hat (vgl. Art. 86 Abs. 2, Art. 87 Abs. 1 EGV, aber auch Art. 16 EGV). Hieran sind dann auch die kommunalen Monopole der Wasserversorgung zu messen, die grundsätzlich die Wettbewerbsfreiheit in der EU beeinträchtigen.

In ihrer „Binnenmarktstrategie. Vorrangige Aufgaben 2003 – 2006“ kündigte die Kommission ferner an, künftig „die rechtliche und administrative Situation im Wasser- und Abwassersektor“ und mögliche regulatorische Maßnahmen zu prüfen. Der Wassersektor sei nämlich nach wie vor fragmentiert und seine Modernisierung könne zu Effizienzgewinnen führen.<sup>45</sup> Aus diesem Grund schickte die Kommission im Mai 2003 einen Fragebogen an die EU-Mitgliedsländer zur Auskunftserteilung über die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Strukturen der Wasserwirtschaft im jeweiligen Staat.

Das Europäische Parlament sprach sich dagegen in Entschlüssen am 14. Januar 2004 zum Grünbuch der Kommission und am 11. März 2004 zur Binnenmarktstrategie dafür aus, dass keine Liberalisierung der Wasserversorgung stattfinden soll. Allerdings forderte es eine „Modernisierung“ des Bereichs, wobei wirtschaftliche Grundsätze mit Qualitäts- und Umweltstandards sowie mit der erforderlichen Effizienz im Einklang stehen müssen. Eine großzügige Interpretation dieser Forderung könnte aber durchaus Liberalisierungsspielräume eröffnen.

---

42 KOM (2000) 580 endg.

43 Allgemein zu Dienstleistungen im Spannungsfeld von nationaler Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2002.

44 KOM (2003) 270 endg.

45 KOM (2003) 238 endg.

Nach den Aussagen im Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2004<sup>46</sup> verzichtet die Kommission zwar zunächst auf eine Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, verfolgt aber ihre sektorale Politik weiter. Mit der Verabschiedung zweier Richtlinien am 31. März 2004<sup>47</sup> und ihrer Veröffentlichung am 30. April 2004 ist ein neues europäisches Vergaberegime in Kraft getreten. Die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG bezieht sich dabei auf die Bereiche Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste.

## ***b) Anmerkungen zur Sektorenrichtlinie 2004/17/EG***

### *aa) Sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie*

Die Sektorenrichtlinie (SRL) bezweckt die Schaffung eines europäischen Raums für das öffentliche Auftragswesen im Rahmen des EG-Binnenmarktes in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste. Von der Richtlinie werden alle Tätigkeiten der Bereitstellung und des Betriebes fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser sowie die Einspeisung von Trinkwasser in die Netze erfasst (Art. 4 Abs. 1 der SRL). Die Richtlinie findet auch auf die Vergabe von Aufträgen und die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber Anwendung, die eine vorgenannte Tätigkeit ausüben, wenn diese Aufträge mit Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben im Zusammenhang stehen, soweit die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 % der mit den entsprechenden Vorhaben bzw. Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht, oder mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern im Zusammenhang stehen (Art. 4 Abs. 2 der SRL).

Dagegen fällt die Einspeisung von Trinkwasser in Netze zur Versorgung der Allgemeinheit durch einen Auftraggeber, der kein öffentlicher Auftraggeber ist, nicht in den Anwendungsbereich, wenn die Erzeugung von Trinkwasser durch den betreffenden Auftraggeber erfolgt, weil sie für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die nicht in die Bereiche Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung und Postdienste fällt und die Einspeisung in das öffentliche Netz nur von dem Eigenverbrauch des betreffenden Auftraggebers abhängt und bei Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 % der gesamten Trinkwassererzeugung des Auftraggebers ausmacht (Art. 4 Abs. 3 der SRL).

---

46 KOM (2004) 374 endg.

47 Richtlinie 2004/17/EG (ABl. EU 2004 Nr. L 134, S. 1) sowie Richtlinie 2004/18/EG (ABl. EU 2004 Nr. L 134, S. 114).

Außerdem findet die Richtlinie keine Anwendung auf Bau- und Dienstleistungskonzessionen in den betreffenden Sektoren (Art. 18 der SRL),<sup>48</sup> auf Aufträge, die ein Auftraggeber an ein verbundenes Unternehmen vergibt oder die ein gemeinsames Unternehmen vergibt, das mehrere Auftraggeber ausschließlich zur Durchführung der betreffenden Tätigkeiten gebildet haben (Art. 23 der SRL), sowie auf Aufträge, die von bestimmten Auftraggebern zur Beschaffung von Wasser vergeben werden (Art. 26 der SRL). Im Gegensatz zur Wasserversorgung, also der Weiterleitung an den Endverbraucher, besteht keine Ausschreibungspflicht der kommunalen Versorgungsunternehmen bei der Vergabe von Aufträgen zur Wasserbeschaffung, da hier aus Qualitätsgründen eine Versorgung aus nahe gelegenen Quellen sinnvoll ist. Allerdings lässt die Formulierung als Ausnahmetatbestand befürchten, dass später auch die Wasserbeschaffung einbezogen werden soll.

*bb) Einzelne Rechtsfragen der Vergabeproblematik*

i) Die Veräußerung von Unternehmensanteilen durch die öffentliche Hand stellt keinen Beschaffungsvorgang dar und fällt damit – soweit keine Auftragsvergabe daran gekoppelt ist – ebenso aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts heraus wie die Aufnahme eines privaten Investors als Mitgesellschafter.<sup>49</sup>

ii) Bei einer reinen Organisationsprivatisierung, wenn das Unternehmen also zu 100 % in Besitz der Kommune ist und nur in ihrem Gebiet tätig ist, finden die Vergaberegeln nach Art. 23 der SRL wegen Vorliegens eines sog. In-house-Geschäfts, das heißt Personengleichheit von Auftraggeber und Auftragnehmer, keine Anwendung.<sup>50</sup> Problematisch sind aber vor allem die Fälle, wenn die Kommune an einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen beteiligt ist. Bisher wurde in der Praxis selbst die Auftragsvergabe an ein Unternehmen mit kommunaler Minderheitsbeteiligung als In-house-Geschäft angesehen.<sup>51</sup> Diese Rechtsauffassung ist nach dem Urteil des EuGH von Anfang 2005<sup>52</sup> nicht mehr

---

48 Infragestellung dieser Regelung bei Übernahme eines Gebietsmonopols, das mit Gebietsschutz, Anschluss- und Benutzungszwang ausgestattet ist, durch einen Privaten als Konzessionär bei *Koenig/Haratsch*, Die Ausschreibung von Versorgungsgebieten in der Wasserwirtschaft, in: DVBl. 2004, S. 1387 (1390).

49 *Frenz* (Fn. 25), S. 331 ff.

50 So auch *Vinz*, Genderaspekte bei der Privatisierung von öffentlichen Dienstleistungen am Beispiel der Energie- und Wasserversorgung, Frankfurt am Main 2005, S. 6 f.

51 Dazu *Bergmann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, Hamburg 2005, S. 225 ff. m.w.N.

52 EuGH Slg.2005, S. I-1 ff. – Rs. C-26/03; siehe hierzu *Vetter/Bergmann*, De-facto-Vergaben und In-house-Geschäfte im Lichte des effet utile, in: EuZW 2005, S. 589 ff.; *Pape/Holz*, Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte, in: NJW 2005, S.

haltbar, weil er nunmehr entschieden hat, dass schon eine Minderheitsbeteiligung von Privaten die Annahme eines In-house-Geschäftes ausschließt und damit eine öffentliche Ausschreibung notwendig ist.<sup>53</sup>

iii) Ein weiteres Urteil des EuGH<sup>54</sup> aus dem Jahr 2005 wird zudem nachhaltige Auswirkungen auf die interkommunale Zusammenarbeit in Deutschland haben. Nach dieser Entscheidung ist es nicht zulässig, Kooperationsvereinbarungen zwischen verschiedenen Einrichtungen des öffentlichen Rechts pauschal und generell vom Vergaberecht auszunehmen. Eine interkommunale Zusammenarbeit fällt nämlich nur dann nicht unter das Vergaberegime, wenn die beauftragende Körperschaft die beauftragte Körperschaft kontrolliert wie eine eigene Dienststelle und die beauftragte Körperschaft im Wesentlichen für die kontrollierende Gebietskörperschaft oder die kontrollierenden Gebietskörperschaften tätig ist.<sup>55</sup> Die Beauftragung einer Nachbarkommune, z. B. mit der Abfallsorgung, ist nach herrschender Meinung wegen der Selbständigkeit der beauftragten Körperschaft ausschreibungspflichtig.<sup>56</sup> Kritisch könnte die Situation auch für die Gründung und Beauftragung von Zweckverbänden werden, denn bei einem engen Verständnis des Urteils wäre ebenfalls eine Ausschreibungspflicht gegeben, da jede einzelne Gemeinde in einem aus mehreren Kommunen gegründeten Zweckverband nicht die vollständige Kontrolle über die neue Einrichtung – wie über ihre eigene Dienststelle – ausübt.<sup>57</sup> Allerdings soll nach überzeugender Ansicht die gemeinsame Beherrschung des Zweckverbandes

---

2264 ff.; *Hausmann/Bultmann*, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle“, in: *NVwZ* 2005, S. 377 ff.; *Krohn*, „Aus“ für In-house-Vergaben an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, in: *NZBau* 2005, S. 92 ff.

53 So bereits *Koenig/Haratsch* (Fn. 48), S. 1389 f.

54 EuGH Slg. 2005, S. I-139 ff – Rs. C-84/03.

55 EuGH Slg. 1999, S. I-8121 ff. – Rs. C-107/98 „Teckal“.

56 *Steiff*, Interkommunale Auftragsvergabe unterliegt dem Kartellvergaberecht, in: *NZBau* 2005, S. 205 ff.; *OLG Düsseldorf*, *NZBau* 2005, S. 398; *OLG Frankfurt am Main*, *NZBau* 2004, S. 692 (Urteilsbesprechung bei *Ziekow/Siegel*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“?, in: *VerwArch* 2005, S. 119 ff.); a.A. *Burgi*, Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang ist, in: *NZBau* 2005, S. 208 ff., der argumentiert, dass die Vergabepflicht nicht davon abhängen kann, ob ein Staat eine zentralistische oder eine föderale Organisationsform mit kommunaler Selbstverwaltung gewählt hat, da der EU die Kompetenz für die nationale Verwaltungsorganisation fehlt und diese eine souveräne Entscheidung der Mitgliedstaaten darstellt (S. 210).

57 Zur Beurteilung der Ausschreibungspflicht insbesondere auf der Grundlage von § 99 *GWB Schröder*, Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden, in: *NVwZ* 2005, S. 25 ff.

durch die in ihm vertretenen Gemeinden für die Vergabefreiheit ausreichen.<sup>58</sup> Dies setzt aber voraus, dass es sich bei dem Zweckverband um ein reines Kommunalunternehmen handelt, denn ein vergabefreies Geschäft liegt nie vor, wenn an dem Auftragnehmer privatwirtschaftliche Unternehmen beteiligt sind.

iv) Bei der Privatisierung kommunaler Wasserversorgungsmonopole, wenn also ein privatwirtschaftlicher Versorger die Monopolstellung des kommunalen Anbieters übernehmen soll, wird eine beihilferechtliche Ausschreibungspflicht angenommen.<sup>59</sup> Das europäische Beihilferegime soll Anwendung finden, weil dem privaten Unternehmen ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV eingeräumt wird und die Kommission im Grünbuch zur Daseinsvorsorge die Wasserversorgung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft hat, für die gem. Art. 86 Abs. 2 EGV grundsätzlich die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln gelten.<sup>60</sup>

#### *cc) Diskussion um Vergabekriterien und Schwellenwerte*

Im Falle, dass ein Privater Aufträge erhalten soll, Dienstleistungen im oben skizzierten sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie für die Kommune zu erbringen, findet das Vergaberecht Anwendung. Ursprünglich sah der Kommissionsvorschlag hinsichtlich der Vergabeentscheidung nur ökonomische Kriterien für die Zuschlagserteilung vor, Umwelt- und Gesundheitsschutzgründe sollten dagegen keine Rolle spielen. Der Schwellenwert für verpflichtende europaweite Ausschreibungen lag für Liefer- und Dienstaufträge bei 400.000 Euro und für Bauaufträge bei 5,3 Mio. Euro. Nach starker Kritik des Vorschlages vonseiten des Europäischen Parlamentes, das Forderungen wie die Einbeziehung von Umweltkriterien, 800.000 Euro Schwellenwert für Liefer- und Dienstaufträge sowie 10 Mio. Euro für Bauaufträge erhob, legte der Rat einen Kompromissvorschlag vor, der nunmehr den „niedrigsten Preis“ oder das „wirtschaftlich günstigste Angebot“, das die Berücksichtigung von Umweltbelangen ermöglicht, als Vergabekriterien vorsieht. Die Schwellenwerte wurden leicht auf 499.000 Euro und 6.242.000 Euro erhöht. Damit konnte sich das Parlament nicht mit seinen weiter gehenden Forderungen durchsetzen. Zuletzt mit der Verordnung (EG)

---

58 *Dreher*, Das In-house-Geschäft, in: NZBau 2004, S.14 (17); *Krohn* (Fn. 52), S. 95; kritisch *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: Landes- und Kommunalverwaltung 2005, S. 521 (524).

59 *Koenig/Haratsch* (Fn. 48), S. 1391 f., die bei dieser Konstellation auch keine Gefahr für eine rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV sehen.

60 Ausführlich zur Vergabeproblematik *Hüser*, Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2005.

Nr. 2083/2005 der Kommission<sup>61</sup> wurden die Schwellenwerte dem internationalen Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen angepasst; sie betragen jetzt 422.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie 5.278.000 Euro bei Bauaufträgen. Die Mitgliedstaaten hatten bis zum 31. Januar 2006 Zeit, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

*dd) Ausblick für die Konzessionsvergabe*

Im Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen aus dem Jahr 2004<sup>62</sup> fragte die Kommission jetzt allerdings die Mitgliedstaaten, ob künftig auch die Konzessionsvergabe zwischen Kommunen und Versorgern ausschreibungspflichtig sein soll. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die Wasserwirtschaft in Deutschland. Nach Abschluss des Konsultationsprozesses hat die Kommission in einer Mitteilung zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften vom 15. November 2005<sup>63</sup> nun angekündigt, einen Rechtsrahmen für öffentliche Konzessionen näher zu prüfen. Ein diesbezüglicher Richtlinienvorschlag soll allerdings nicht vor 2007 unterbreitet werden.

Zudem hat der EuGH kürzlich entschieden, dass Dienstleistungskonzessionen zwar nicht unter das Regime der Vergaberichtlinien fallen, die öffentlichen Stellen aber bei der Vergabe sehr wohl die allgemeinen Regeln des EG-Vertrages sowie die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz beachten müssen, wenn kein In-house-Geschäft vorliegt.<sup>64</sup> Der Spielraum der Kommunen wird im Bereich der Daseinsvorsorge also immer enger.

*c) Ergebnis*

Auch wenn die große Liberalisierungsdebatte im Wassersektor in Europa mit dem Beschluss des Europäischen Parlaments vordergründig beendet scheint, üben Kommission und EuGH doch stetigen Einfluss auf die nationalen Wassermärkte aus. Ein Ende dieser Einflussnahme ist angesichts der Äußerungen und Vorhaben der Kommission, insbesondere im Bereich der Beschaffungen und der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft (ÖPP), noch nicht abzusehen. Die Kommission wird künftig verstärkt bemüht sein, die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln ebenfalls in den nationalen Wassermärkten durchzusetzen.

---

61 ABl. EU 2005 Nr. L 333, S. 28.

62 KOM (2004) 327 endg.

63 KOM (2005) 569 endg.

64 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03 „Parking Brixen“.

## Schlusswort

In zahlreichen europäischen Staaten, wie etwa in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und den skandinavischen Ländern, zeigt sich derzeit erheblicher Widerstand der Bürger gegen Liberalisierungen und Privatisierungen im Trinkwassersektor.

In den Niederlanden besteht seit 2004 ein gesetzliches Verbot der Überantwortung der Wasserversorgung an Private. Auch müssen jene Anteile an Wasserversorgern, die im Zuge von Stadtwerks-Privatisierungen bereits an nichtstaatliche Unternehmen veräußert worden sind, in öffentlichen Besitz zurückgeholt werden.

Hamburg hat im Jahr 2005 ein „Gesetz zur Sicherstellung der Wasserversorgung in öffentlicher Hand“ beschlossen. Dieses Gesetz regelt in nur einem Paragraphen: „Die öffentliche Wasserversorgung obliegt der Freien und Hansestadt Hamburg als staatliche Aufgabe. Wird die Aufgabe durch Unternehmen in privater Rechtsform wahrgenommen, sind die Gesellschaftsanteile vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand zu halten.“ Die Hamburger Stadtwerke GmbH, eine 100-prozentige Tochter der Stadt, leistet Konzessionsbeiträge von ca. 30 Mio. Euro und erwirtschaftet trotz unterdurchschnittlicher Preise und hoher Investitionen einen jährlichen Gewinn von knapp 40 Mio. Euro für die Stadt.<sup>65</sup>

Kritiker von Privatisierungen im Wassersektor bezweifeln vor allem, dass die Preise sinken werden und die hohe Qualität des Trinkwassers beibehalten wird.<sup>66</sup> Die oben erwähnten Beispiele veranschaulichen diese Bedenken. Auch für die Unternehmen haben sich die wirtschaftlichen Erwartungen nur bedingt erfüllt. RWE, bislang drittgrößter Wasserversorger der Welt, beabsichtigt sich von Thames Water und American Water zu trennen.<sup>67</sup> In einem ersten Schritt will RWE American Water veräußern. Dabei seien sowohl ein Börsengang als auch der Verkauf an Finanzinvestoren denkbar. Nachdem dieser Verkauf in die Wege geleitet worden sei, werde nach Trennungsmöglichkeiten auch für Tha-

---

65 Vgl. die jeweiligen Geschäftsberichte der Hamburger Wasserwerke GmbH.

66 So warnt eine Studie des Münchner Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung vor einer Privatisierung der deutschen Trinkwasserversorgung wegen der negativen Erfahrungen in Großbritannien und Frankreich, weil dort kein echter Wettbewerb entstanden sei und die Wasserqualität abgenommen habe; vgl. *Egerer*, Marktstrukturveränderungen in der Trinkwasserversorgung. Eine Analyse ökonomischer, ökologischer und sozialer Auswirkungen am Beispiel Deutschlands, ifo Beiträge zur Wirtschaftsforschung, 22, München 2005.

67 Von den Trennungsplänen sind nur die Aktivitäten in Berlin sowie in Mittel- und Osteuropa (Zagreb und Budapest) nicht betroffen, die auf die Vertriebstochter RWE Energy AG übertragen werden.

mes Water gesucht.<sup>68</sup> Beide Unternehmen gelten u. a. wegen extrem hohen Investitionsbedarfs in den nächsten Jahren in die Infrastrukturen als renditeschwach im Vergleich zur Strom- und Gassparte. Außerdem strich die britische Regulierungsbehörde im letzten Sommer die von Thames Water für die nächsten fünf Jahre beantragten Wasserpreiserhöhungen von insgesamt 38 Prozent auf 22 Prozent zusammen, so dass die vorgegebenen Renditeziele nicht mehr zu erreichen sein werden. Zu den in den Jahren 2000 von RWE für Thames Water und 2003 für American Water bezahlten Preisen gelten die Beteiligungen zurzeit jedoch als nicht verkäuflich.<sup>69</sup>

Auch die Auswirkungen der Privatisierung der Wasserversorgungen in Entwicklungsländern sind sehr umstritten. Insbesondere kam es vielerorts, wie etwa im bolivianischen Cochabamba, in der argentinischen Provinz Tucumán oder in Manila auf den Philippinen, zu extremen Preiserhöhungen.<sup>70</sup> Die Privatisierungsoffensive der Weltbank im Wassersektor der Entwicklungsländer in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts hat diesen Staaten nicht die erhofften Investitionen gebracht. So haben die ÖPPs in dem Zeitraum von 1990 bis 1999 in den Ländern mit schwachem oder mittlerem Einkommen den Zugang zur Wasserversorgung für die Armen nicht spürbar verbessert.<sup>71</sup>

Angesichts enger finanzieller Spielräume der deutschen Kommunen und des Staates ist jedoch künftig mit zunehmenden Öffentlich-Privaten-Partnerschaften in unterschiedlichen Bereichen wie etwa der Trinkwasserversorgung, der Abwasserentsorgung, dem Straßenbau, den Schulen, den Krankenhäusern etc. zu rechnen.<sup>72</sup> Hier ist es jedenfalls sinnvoll, einen gesetzlichen Rahmen für diese Formen der Kooperation zu schaffen.<sup>73</sup>

---

68 Handelsblatt vom 7. November 2005, S. 13.

69 Schulte, RWE will Wassergeschäft ausgliedern, in: Berliner Zeitung vom 24. Oktober 2005, S. 10. RWE hatte sich u. a. in Großbritannien, den USA, China und Chile für mehr als 20 Mrd. Euro in Wasserwerke eingekauft; Experten halten jetzt aber nur einen Verkaufserlös von bis zu 15 Mrd. Euro für realistisch; vgl. Koch, Dem Kaufrausch folgt die Ernüchterung, in: Stuttgarter Zeitung vom 8. November 2005, S. 11.

70 Zu einzelnen Beispielen Sander, Trinkwasserversorgung unter weltweitem Liberalisierungs- und Privatisierungsdruck, in: Sander/Scheel/Scorl (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen im Spannungsfeld von Staat, Wirtschaft und Europa, Frankfurt am Main u. a. 2005, S. 117 (130 f.).

71 Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Hrsg.), Strukturreformen des Wassersektors, BMZ Spezial Nr. 036/Dezember 2001, S. 11 ff.

72 Siehe auch Fleckenstein, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, in: DVBl. 2006, S. 75 ff.

73 Häfner, Aspekte einer Normierung von Public Private Partnership (PPP), in: LKV 2005, S. 340 ff.



## Zur Privatisierung der Wasserversorgungen am Beispiel Baden-Württemberg

Karl-Ernst Kappel\*

### 1. Streit ums Wasser auch in Deutschland?

Die Wasserknappheit in Frankreich<sup>1</sup>, Spanien und Portugal und nun auch in England<sup>2</sup> wird von den deutschen Medien aufmerksam verfolgt. Medienberichte über Veränderungen bei den deutschen Wasserversorgungen sind äußerst selten, Deutschland gilt bei der Wasserversorgung als Schlaraffenland<sup>3</sup>. Lediglich über die Zukunft der örtlichen Wasserversorgungen wird in einigen Kommunen gestritten.

Nach der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte soll nun auch die Wasserwirtschaft in Europa stärker wettbewerblich ausgerichtet werden. In Deutschland seien die Preise für Trinkwasser zu hoch, die Struktur der Wasserwirtschaft sei extrem zersplittert und müsse verändert werden, um Kosten zu senken und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wasserversorger auf dem Weltmarkt herzustellen - so lauten die Forderungen der EU-Kommission, der Wirtschaftsminister und der Versorgungskonzerne.

Kommunen fordern dagegen, dass die Wasserversorgung eine kommunale Aufgabe bleibt, da die Bürger mit den Leistungen der Gemeinden auf diesem Gebiet sehr zufrieden seien<sup>4</sup> und es neben den Preisen um ganz prinzipielle Fragen wie Versorgungssicherheit und Wasserqualität gehe<sup>5</sup>. Das Europäische Parlament

---

\* Dipl.-Finanzwirt (FH), Rechtsanwalt und Steuerberater bei der KOBERA Steuerberatungsgesellschaft GmbH, Herrenberg.

1 *Stuttgarter Zeitung* vom 02.05. und 24.06.2005: Wasserverbrauch beschränkt, weil die Grundwasserspiegel im Frühjahr so tief sind wie sonst im August; In 60 der 95 Departements rationieren die Behörden das Wasser.

2 *Stuttgarter Zeitung* vom 13.05., 16.06., 04.07.2005 und vom 17.03.2006: Wasserpolitik treibt hunderttausende Menschen auf Straße; Wie sich 2 Regionen einen Kampf ums Wasser liefern; In London ist es fast so trocken wie im Sudan; *Süddt. Zeitung* vom 20.05.2005: Die dürre Lage der Nation.

3 *Financial Times Deutschland* vom 17.5.2005, S. 33: Wenn das Wasser knapp wird.

4 73 % der Befragten sind gegen eine Privatisierung der Wasserversorgung, *ZfK* Jan. 2006, S. 1.

5 *FAZ* vom 28.09.2004, S. 22; *Schöneich* in *Zeitung für kommunale Wirtschaft (ZfK)* 6/2004, S. 3 zur von der EU-Kommission geforderten „strukturierten Debatte“; *Straub*,

hat mehrfach die Liberalisierungsabsichten der EU-Kommission abgelehnt und wie der Deutsche Bundestag lediglich eine Modernisierungsstrategie empfohlen<sup>6</sup>. Die EU-Kommission, insbesondere die Generaldirektionen Wettbewerb und Binnenmarkt, betreibt jedoch weiterhin eine Politik der Liberalisierung und Privatisierung des Wasser- und Abwassersektors unter wettbewerblichen Gesichtspunkten<sup>7</sup>.

In Deutschland findet der Streit über die Veränderung der Struktur der öffentlichen Wasserversorgung lediglich in Fachkreisen statt. Öffentliche Diskussionen entstehen nur, wenn Bürger erkennen, dass ihr örtlicher Wasserversorger verkauft werden soll. Der Wassernutzer weiß, dass er im Gegensatz zum Strom- oder Gaslieferanten auf seinen örtlichen Wasserversorger als dessen Zwangskunde angewiesen ist<sup>8</sup>.

Vollständige Daten über die Struktur der Wasserversorgung und den Stand der Privatisierung sind wie bei anderen öffentlichen Infrastrukturen kaum vorhanden<sup>9</sup>. Die vorliegenden Daten zur Unternehmensstruktur der Wasserversorgung sind unvollständig und unsystematisch. Die Statistiken der Verbände erfassen nur die jeweiligen Mitglieder. In den vorliegenden Untersuchungen werden unterschiedliche Kriterien zugrunde gelegt und entsprechend widersprüchliche Ergebnisse abgeleitet. Eine systematische Untersuchung zur Struktur der Wasserversorgungen in West-Europa hat der Österreichische Städtebund erstellt<sup>10</sup>.

Die Verbände der deutschen Wasserwirtschaft haben Anfang 2006 erstmals ein Branchenbild mit statistischen Daten zu den 1.266 verbandsangehörigen Wasserversorgungsunternehmen vorgelegt. Die über 4.000 kommunalen Regie- und Eigenbetriebe, die häufig zur gemeinsamen Wassergewinnung und Aufbereitung

---

MdL und Präsident des EU-Ausschusses der Regionen (AdR) in DStGB-Dokumentation Nr. 46, S. 38 und „Das Parlament“, Ausgabe 1-2/2005.

6 Beschlüsse des *EU-Parlaments* vom 14.01. und 11.03.2004 zum „Grünbuch zu Leistungen der Daseinsvorsorge“ und 2005; *Bundestags-Beschluss* „Nachhaltige Wasserwirtschaft“ vom 21.03.2002, BT-Drs. 14/7177.

7 Mitteilung der *EU-Kommission* zur Binnenmarktstrategie 2003-2006, 2004 S. 12/13.

8 *Merkel W.*, Risiken für eine Wasserwirtschaft im Wettbewerb, GWF Wasser, Abwasser 2002, S. 801.

9 *Schneider/Tenbücken* (Hrsg.) Der Staat auf dem Rückzug: Die Privatisierung öffentlicher Infrastrukturen (am Beispiel Telekommunikation, Elektrizität), Campus, 2004, S. 119.

10 Österreichischer Städtebund/Bundesarbeitskammer, [www.Staedte.at](http://www.Staedte.at), Studie „Internationaler Vergleich der Siedlungswasserwirtschaft“ vom 15.10.2003, erstellt vom *Institut für Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik der TU Wien* und *Ecologic-Institut für Internationale und Europäische Umweltpolitik*, Berlin/Brüssel.

in Zweckverbänden zusammengeschlossen sind, werden dabei bisher nur am Rande behandelt<sup>11</sup>.

## 2. Entwicklung der Unternehmen in den letzten Jahren

### a) *Entwicklungen in den europäischen Ländern*

In der europäischen Diskussion spiegeln sich die unterschiedlichen nationalen Grundansätze der Trinkwasserversorgung wider. In Skandinavien und Deutschland wird die Trinkwasserversorgung primär als Bereitstellung einer natürlichen Ressource verstanden, während in England und Frankreich das Konzept der „Wasserfabriken“ dominiert. Verstärkend wirkt die unterschiedliche Versorgungsstruktur, nämlich einerseits öffentliche Wasserversorger, die Aufbereitungstechnologien fremdbeziehen und andererseits private Wasserkonzerne, die diese Leistungen konzernintern erbringen und damit einen Umsatz- und Ergebnisbeitrag erzielen<sup>12</sup>.

In Frankreich wurde im Rahmen der Dezentralisierung die Wasserversorgung den Gemeinden als Aufgabe übertragen. Die Gemeinden übertrugen diese Aufgaben durch sog. Delegationsverträge mit einer maximalen Laufzeit von 20 Jahren im Wesentlichen auf drei große Privatunternehmen. Bei der Neuvergabe kommt es selten zu einem Wechsel, so dass letztlich private Monopole bestehen. Daneben gibt es 2.325 gemeindeeigene Regiebetriebe. Wasserversorgung und Abwasserentsorgung sind meist zusammengefasst. Es gibt so gut wie keine Privatisierung des Vermögens, die Städte bleiben Eigentümer ihrer Anlagen und Versorgungsnetze. 48 % der Städte versorgen 24 % der Bevölkerung, während 52 % der Städte mit 76 % der Bevölkerung einen Privaten beauftragt haben<sup>13</sup>, vor allem die drei Großkonzerne<sup>14</sup>.

In England und Wales wurde die Wasserversorgung bis 1974 weitgehend durch gemeindeeigene Unternehmen durchgeführt. Nach Übertragung auf die nationale Ebene wurden die Wasserbetriebe ab 1989 in Aktiengesellschaften umgewandelt und privatisiert. Diese Gesellschaften sind Eigentümer der gesamten Wasser- und Abwassersysteme einer Region<sup>15</sup>. Im Rahmen der Privatisierung wur-

---

11 Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2005, [www.vku.de](http://www.vku.de).

12 Klein, Europäische Wasserwirtschaft im Wandel, in Stuttgarter Berichte zur Siedlungswasserwirtschaft, München 2005, Bd. 180, S. 8.

13 Österr. Städtebund / Bundesarbeitskammer (Fn. 10), S. 279, 284.

14 Zum Streit um die Zukunft der Wassersparte bei der Fusion GdF/Suez s. Handelsblatt vom 20.03.2006; Enel wollte Suez-Wassersparte abstoßen, Handelsblatt vom 8.3. und FAZ vom 28.3.2006; Suez versorgt 3.000 Städte und Gemeinden, Stuttgarter Zeitung vom 27.02.2006.

15 Österr. Städtebund / Bundesarbeitskammer (Fn. 10), S. 151, 160.

den drei Aufsichtsbehörden geschaffen für die Überwachung der Trinkwasserqualität, der Preise und den Gewässerschutz. Für das Netz ist eine für kapitalmarktorientierte Unternehmen hinreichende Rendite wegen der Festlegungen der Regulierungsbehörden nicht zu erwirtschaften<sup>16</sup>. RWE plant deshalb, Thames Water wieder zu veräußern.

In den Niederlanden liegt die Verantwortung für die Trinkwasserversorgung bei den 12 Provinzen. Die Provinzen und die Gemeinden halten die Aktien an den 20 Wasserversorgungsgesellschaften. Die Regierung hat beschlossen, dass die Wasserversorgung in öffentlicher Hand bleibt, um die Bildung privater Monopole zu verhindern<sup>17</sup>.

In Österreich können die Kommunen wählen, ob sie die Dienstleistung Wasserversorgung selbst erbringen oder von anderen erbringen lassen. Trotz mehrjähriger Diskussion erfolgt die Trinkwasserversorgung weitgehend öffentlich. Nur bei zwei Wasserversorgern – für 6 % der Bevölkerung – sind Private als Minderheitsgesellschafter beteiligt.

## **b) Entwicklungen in Deutschland**

### *aa) Statistiken zur Struktur der Wasserversorgungsunternehmen*

Das DIFU beklagt in einer neueren Untersuchung das Fehlen einer Übersicht über den Stand der Privatisierung kommunaler Unternehmen<sup>18</sup>. Lediglich die Anzahl der Ausgliederungen kommunaler Ver- und Entsorgungsunternehmen in eine private Rechtsform kann der jährlichen VKU-Statistik entnommen werden. So haben 2002 von bundesweit 975 Mitgliedern des VKU etwa 650 Stadtwerke die Rechtsform der AG oder GmbH<sup>19</sup>. 263 dieser privatrechtlichen Unternehmen hatten 2002 einen Dritten als Mitgesellschafter. Bei 184 Gesellschaften hat ein Dritter eine Beteiligung zwischen 25 und 50 %, in 18 Fällen eine Mehrheit und in den restlichen Fällen eine Beteiligung von unter 25 %<sup>20</sup>.

---

16 RWE will sich bis 2007 von Thames Water und American Water Works wieder trennen, FAZ vom 05.11.2005 und RWE-Geschäftsbericht 2005, S. 21, 130; Lanz, [www.unser-wasser-hamburg.de](http://www.unser-wasser-hamburg.de), Privatisierung von Wasserwerken, Februar 2003, S. 3; Zu Wasserverlusten bis zu 25 % und zur Ausrüstung von nur 12 % der Liegenschaften mit Wasserzählern s. FAZ vom 28.03.2006.

17 Österr. Städtebund / Bundesarbeitskammer (Fn. 10), S. 407.

18 Deutsches Institut für Urbanistik (DIFU), Materialien, *Trapp/Bolay* in Vorwort und Einführung (S. 8) zu Privatisierung in Kommunen - eine Auswertung kommunaler Beteiligungsberichte, 2003, [www.difu.de](http://www.difu.de).

19 VKU, Geschäftsbericht 2002 des Verbandes kommunaler Unternehmen.

20 *Kostenbader*, Bayerischer Städtetag überarbeitet Positionspapier, ZfK 1/2003.

Nach Erhebungen des Statistischen Bundesamtes<sup>21</sup> gibt es in Deutschland 6.560 Wasserversorgungsunternehmen; rund 1.650 dieser Unternehmen versorgen 83 % der Bevölkerung. Die übrigen 17 % der Bevölkerung werden von rund 5.000 kleinen und kleinsten Unternehmen versorgt. Weit mehr als 90 % der Unternehmen sind kommunale Regie- oder Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften<sup>22</sup>.

Im Umweltgutachten 2002<sup>23</sup> beklagt der Sachverständigenrat (SRU), dass sich der Privatisierungsprozess nur zögerlich fortentwickelt habe. Der Anteil der „rein privaten Wasserversorger ohne öffentliche Beteiligung“ liege bei nur 1 bis 2 %. Der SRU bezieht sich auf eine Statistik des BGW<sup>24</sup> vom Jahr 2000, nach der die „rein privatwirtschaftlichen Unternehmen“ einen Anteil von 1,7 % an der Gesamtzahl der Unternehmen ausmachen und einen Anteil am Wasseraufkommen von 1 % haben. Die „gemischt öffentlich-privatwirtschaftlichen Gesellschaften“ mit 11,9 % Anteil an der Gesamtzahl der Unternehmen und 26,1 % Anteil am Wasseraufkommen rechnet der SRU offensichtlich auch nicht anteilig zu den privaten Unternehmen. Der SRU weist zutreffend darauf hin, dass infolge der Liberalisierung der Energiemärkte die großen Energieversorger zunehmend versuchen, sich an Stadtwerken und deren Wasserversorgungen zu beteiligen<sup>25</sup>.

Das Bundeskartellamt stellt in seinem Bericht 2001/2002 die Entwicklung der Beteiligungen der Energieversorgungskonzerne an Stadtwerken dar. Danach verfügten allein RWE und E.on mit ihren Tochtergesellschaften über 210 kommunale Minderheitsbeteiligungen. Vom 1.1.2000 bis 31.12.2002 haben RWE, E.on und EnBW zusammen 82 neue Beteiligungen an lokalen Strom-Weiterverteilern erworben. Nach dem 15. Hauptgutachten der Monopolkommission 2002/2003 hat die Konzentration in der Elektrizitätswirtschaft durch die nach der Marktöffnung einsetzende intensive Fusionsaktivität zusätzlich zugenommen<sup>26</sup>. Der Strom- und auch der Gasmarkt werden dominiert von den vier

---

21 Wasserleitfaden des BMWA vom Juli 2005, S. 5. Nach § 7 des Umweltstatistikgesetzes vom 16.08.2005 (BGBl. S. 2446) werden ab 2007 die Anlagen zur öffentlichen Wasserversorgung erfasst.

22 Cronauge, BWGZ, Die Gemeinde 2002, S. 323.

23 SRU, BT-Drs. 14/8792 vom 15.04.2002, S. 295 und Tabelle 3.2.3-1.

24 BGW, Geschäftsbericht 2000 des Bundesverband Gas- und Wasserwirtschaft; der zahlenmäßige Anteil der privatwirtschaftlichen WVU ist stark überschätzt, da die öffentlichen WVU fehlen, kritisch hierzu auch Egerer in IFO-Studie „Marktstrukturveränderungen in der Trinkwasserversorgung“, München 2005, S. 168 Fn. 53.

25 SRU (Fn. 23), Tz. 659.

26 Säcker/Boesche, Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, Betriebsberater 2001, S. 2329.

Versorgungskonzernen E.on, RWE, EnBW und Vattenfall („Besatzungszonen“), die über zahlreiche Beteiligungen an regionalen Weiterverteilern und Stadtwerken verfügen<sup>27</sup>. Branchenkenner vermuten, dass es bei den derzeit etwa 1.500 Netzbetreibern bei Strom und Gas zu einer weiteren Konzentration kommen wird und als Ergebnis des Wirkens der Bundesnetzagentur letztlich nur noch eine zweistellige Zahl übrig bleibt<sup>28</sup>.

Die Energieversorgungskonzerne sind über ihre Stadtwerke-Beteiligungen auch an einem erheblichen Teil der im Querverbund geführten kommunalen Wasserversorgungsunternehmen beteiligt<sup>29</sup>. Das Bundeskartellamt beobachtet das verstärkte Bemühen von Versorgungsunternehmen, Beteiligungen an kommunalen Wasserversorgungsunternehmen durch die Beteiligung an Querverbund-Unternehmen zu erwerben<sup>30</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob der aktuelle Strukturwandel der Energiewirtschaft die traditionell engen Bindungen von Wasser- und Energiewirtschaft in Deutschland lockern und sich rein kommunal orientierte wasserwirtschaftliche Strukturen herausbilden werden<sup>31</sup>.

- 
- 27 *Monopolkommission*, 15. Hauptgutachten 2002/2003 vom 09.07.2004, [www.monopolkommission.de](http://www.monopolkommission.de); bundesweit ist die E.on-Tochter Thüga AG an 120 Unternehmen der Energie- und Wasserversorgung beteiligt, s. ZfK 6/2004, S. 6; *Hellwig*, Vorsitzender der Monopolkommission: „Wir haben bei Strom und Gas fast schon wieder die Gebietsmonopole früherer Jahre“ in *Stuttgarter Zeitung* vom 27.03.2004. Nach *Klaue/Schwintowski*, *Strategische Minderheitsbeteiligungen in der deutschen Energiewirtschaft*, Baden-Baden, 2004, S. 12 halten insbes. die vier Verbundgesellschaften an den rd. 650 kommunalen Energieversorgungsunternehmen bereits mehr als 250 Minderheitsbeteiligungen. *Möschel* weist schon in DB 2001, S. 131 vom 19.01.2001 „Großfusionen im engen Oligopol - Fusionskontrolle am Beispiel der deutschen Stromwirtschaft“ darauf hin, dass E.on und RWE schon damals mehr als 130 Minderheitsbeteiligungen an EVUs halten; *ders.* ebenso in ZNER 2002, S. 2; zum faktischen Ausbleiben der Fusionskontrolle *Becker*, ZNER 2005, S. 108, 111. BDI in *Handelsblatt* vom 19.01.2006: *Besatzungszonen*.
- 28 *Staufert*, RheinEnergie AG, Köln bei *Handelsblatt-Jahrestagung Energiewirtschaft 2006*, ZfK Aktuell vom 19.01.2006 und MVV-Pressemitteilung 24.01.2006; zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Beteiligungen an Netzgesellschaften durch die vier Übertragungsnetzbetreiber s. *Säcker*, ZNER 2005, S. 270.
- 29 *Bundeskartellamt* in Diskussionspapier zu den Ausnahmereichen des Kartellrechts vom 29.09.2003, [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).
- 30 *Bundeskartellamt* (Fn. 29), S. 32, Fn. 100.
- 31 *Klein*, *Stuttgarter Berichte* (Fn. 12), Bd. 180, S. 21.

*bb) Die Wasserversorgungen in einzelnen Flächenländern*

In Bayern gibt es ca. 2.800 Wasserversorgungsunternehmen, davon 1.500 sehr kleine Einrichtungen<sup>32</sup>. Die Mehrzahl der 2.051 bayerischen Gemeinden führt ihre Wasserversorgung als Regie- oder Eigenbetrieb. Hinzu kommen Zweckverbände für die gemeinsame Wassergewinnung. In Bayern ist an vielen in Privatrechtsform geführten Stadtwerken die Thüga AG, eine 100 %-ige Tochter der E.on AG, als Minderheitsgesellschafter beteiligt.

In Niedersachsen gibt es nach dem Abschlussbericht des Umweltministeriums im April 2002 „nur“ zwischen 346 und 374 kommunale Wasserversorgungsunternehmen<sup>33</sup>.

In den neuen Bundesländern sind aus den ehemals 16 staatlichen Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsbetrieben (WAB) 550 Wasserversorgungs- und 1.050 Abwasserentsorgungsunternehmen hervorgegangen.

*cc) Entwicklungen bei Wasserversorgungen in einigen Städten und Regionen*

In Berlin wurde die Wasserversorgung in eine Anstalt des öffentlichen Rechts ausgegliedert<sup>34</sup>. An den Berliner Wasserbetrieben (BWB) hat sich 1999 ein Konsortium aus RWE und dem französischen Wasserkonzern Veolia mit 49,9 % beteiligt. Das Unternehmen hat seit 2000 „die von ihm beeinflussbaren Kosten“ um 30 % gesenkt. Die Tarife sind seit Anfang 2004 um 20 % gestiegen. Die BWB verhandelt mit dem Senat über eine weitere Erhöhung<sup>35</sup>.

Die Wasserversorgung in Rostock wird von der Eurowasser GmbH betrieben, deren Anteile der französische Wasserkonzern Ondeo hält. Dagegen hat die Stadt Potsdam die 1997 mit Eurawasser, einem Konsortium von Suez und Krupp-Thyssen, geschlossenen Verträge über den Betrieb und eine 49%-ige Beteiligung Mitte 2000 wieder gekündigt, weil ein starker Anstieg der Wasserpreise angekündigt wurde<sup>36</sup>.

Im Ruhrgebiet und im Münsterland versorgt die Gelsenwasser AG in ca. 30 Kommunen ca. 6 Mio. Menschen mit Wasser. Sie ist nach eigenen Angaben der

---

32 Kooperationsleitfaden Bayern, 1999, Hrsg. Staatsministerium für Umwelt, Städtetag und Gemeindetag, S. 6.

33 Abschlussbericht der Regierungskommission „Zukunftsfähige Wasserversorgung in Niedersachsen“, S. 27.

34 Gesetz zur Teilprivatisierung vom 17.05.1999, Drs 13/3367 des Abgeordnetenhauses Berlin; ZfK 7/1999.

35 Der Tagesspiegel vom 26.05.2005, S. 14: um 3 bis 4 %.

36 Österr. Städtebund/Bundesarbeitskammer (Fn. 10), S. 369, Handelsblatt vom 23.06.2000.

größte deutsche Wasserversorger. E.on hat seine Beteiligung an der Gelsenwasser AG von 80,5 % an die Stadtwerke Dortmund und Bochum verkauft. Damit war E.on der Auflage des Bundeswirtschaftsministeriums im Rahmen des Erwerbs der Ruhrgas AG nachgekommen<sup>37</sup>. Die beiden Stadtwerke beabsichtigen die Beteiligung eines Partners, der einen Teil des für 835 Mio. Euro erworbenen Aktienpakets übernimmt<sup>38</sup>.

Die RWE-Aktien werden zu rd. einem Drittel von Kommunen gehalten. Die Stadt Düsseldorf hat 2005 beschlossen, die unmittelbar von ihr gehaltenen RWE-Aktien zu veräußern. Eine Kommune muss nach Auffassung der Stadt nicht an einem Weltkonzern beteiligt sein. Eine Trennung sei auch für RWE besser, die dann die Chance bekomme, über Projekte wie die Trennung von der Wassersparte zu entscheiden, ohne dass in Beiräten darüber diskutiert werde<sup>39</sup>.

Die Stadt Kiel hat 51 % ihrer Aktien an den Stadtwerken an die britische Tochtergesellschaft eines texanischen Konzerns verkauft. Ende 2002 beantragte der Konzern Insolvenz und beendete seine Aktivitäten in Europa. Schließlich übernahm 2004 die Mannheimer MVV Energie AG die Aktien<sup>40</sup>.

In Hamburg wird die Wasserversorgung seit langem als GmbH mit der Stadt als Alleingesellschafter geführt. Nach dem Versuch des Senats, Minderheitsanteile zu verkaufen, wurde 2005 nach einem Volksbegehren ein „Gesetz zur Sicherstellung der Wasserversorgung in öffentlicher Hand“ vorgelegt. Damit wird erstmalig landesrechtlich festgelegt, dass die Wasserversorgung nicht an private Investoren verkauft werden kann. Das Gesetz lautet: „Die öffentliche Wasserversorgung obliegt der Freien und Hansestadt Hamburg als staatliche Aufgabe. Wird die Aufgabe durch Unternehmen in privater Rechtsform wahrgenommen, sind die Gesellschaftsanteile vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand zu halten.“<sup>41</sup>

Das DIFU hat die Beteiligungsberichte von 36 Städten ausgewertet. Danach sollen an 45 % der kommunalen Unternehmen im Wassersektor Dritte beteiligt sein<sup>42</sup>. Für die Wasserversorgungen dürfte der Anteil der Drittbeteiligungen wesentlich höher sein, da die Abwasserentsorgungen häufig in öffentlich-rechtlicher Form und damit ohne Drittbeteiligungen geführt werden<sup>43</sup>.

---

37 E.on AG, Geschäftsbericht 2004, S. 110.

38 *Zenke/Neveling/Lokau*, Konzentration in der Energiewirtschaft, München 2005, S. 324.

39 OB Erwin lt. Handelsblatt vom 27.11.2005.

40 Handelsblatt vom 03.05.2004, Bericht des Bundeskartellamtes 2003/2004, S. 130.

41 ZfK Mai 2005, S. 2 und VKU-ND 6/2005, S. 21.

42 Deutsches Institut für Urbanistik DIFU: *Trapp/Bolay* (Fn. 18), S. 31.

43 So auch Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2005, S. 9.



### 3. Die Wasserversorgung in Baden-Württemberg

#### a) *Wasservorkommen in Baden-Württemberg*

Baden-Württemberg ist ein wasserreiches Land, da die Grundwasserneubildung und der Zufluss von außen den Wasserbedarf um ein Mehrfaches übersteigen. Trotzdem gibt es Gebiete mit geringen Wasservorkommen, die ohne Wasserlieferung von außen nicht ausreichend versorgt werden können. Auch nach dem heißen Sommer 2003 ist die Trinkwasserversorgung im Lande nach wie vor sicher. Dies sei ein Beweis für die Leistungsfähigkeit der „überwiegend kommunal getragenen“ Trinkwasserversorgung im Land<sup>44</sup>.

Die Fernwasserversorgung durch die Zweckverbände Bodenseewasserversorgung (BWV) und Landeswasserversorgung (LWV) haben eine zentrale Bedeutung für die Sicherheit der Wasserversorgung vieler Gemeinden. Dank des alpinen Einzugsgebiets werde das Bodenseewasser praktisch nicht durch menschliche Einflüsse beeinträchtigt<sup>45</sup>. Szenarien und Strategien zum Globalen Wandel des Wasserkreislaufes werden mit den Auswirkungen auf den Wasserhaushalt der Oberen Donau im Rahmen des Programms GLOWA untersucht<sup>46</sup>.

#### b) *Wassergebühren und Wasserpreise*

Nach Art. 9 der WRRL haben die Mitgliedstaaten den Kostendeckungsgrundsatz zu berücksichtigen. Die auf EU-Ebene erarbeiteten Grundlagen zur Berechnung der Kostendeckung enthalten auch die Kosten der Substanzerhaltung<sup>47</sup>.

Die Gebühren für das Trinkwasser sind bei den öffentlich-rechtlichen Wasserversorgern auf der Grundlage des KAG durch das Kostendeckungsprinzip begrenzt. Wasserversorgungen können einen angemessenen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, die Möglichkeit der Gewinnerzielung ist somit gegeben<sup>48</sup>. Zu den Kosten gehört auch eine angemessene Verzinsung des aufgewandten (Eigen-)Kapitals<sup>49</sup>. Auch die Wasserpreise der in Privatrechts-

---

44 Umweltministerin Gönner, Stuttgarter Zeitung vom 23.08.2005.

45 *Mehlhorn/Geckeler* (BWV), in *Kristallklar* 11/2004, S. 8; zum Giftanschlag auf das Bodenseetrinkwasser und zum gesunkenen Bodenseepiegel s. *Stuttgarter Zeitung* vom 17.11.05.

46 Broschüre des Bundesministeriums für Bildung und Forschung: *Globaler Wandel des Wasserkreislaufs GLOWA*, 2005, S. 12, 15, [www.bmbf.de](http://www.bmbf.de).

47 Modernisierungsbericht der Bundesregierung vom 15.03.2006, S. 47.

48 § 14 KAG i.d.F. vom 31.03.2005; VGH Ba-Wü, Urteil vom 11.11.2004, 2 S 706/04.

49 *Driehaus*, *Kommunalabgabenrecht*, § 6 Abs. 2 Satz 4; *Reif*, *Preiskalkulation privater WVU*, Bonn, 2002, S. 32; zur kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei Stromnetzen s. § 7 *StromnetzentgeltVO* vom 25.7.2005.

form geführten (mehrheitlich) kommunalen Wasserversorger unterliegen weitgehend den Bindungen des KAG<sup>50</sup>.

Nach einer Vollprivatisierung gibt es keinerlei gebührenrechtliche Beschränkungen durch das Kostendeckungsprinzip, den Gleichheitssatz oder das Äquivalenzprinzip. Insbesondere ist eine Gewinnmaximierung bis zu den durch eine wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht gezogenen Grenzen erlaubt<sup>51</sup>.

Erfolgt die Wasserversorgung durch ein kommunales Unternehmen in Privatrechtsform, unterliegt dieses mit seinen privatrechtlichen Entgelten auch der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB durch die Landeskartellbehörde<sup>52</sup>. Ende 2004 hat das Landeskartellamt Baden-Württemberg gegen acht kommunale Wasserversorger Missbrauchsverfahren eingeleitet<sup>53</sup>. Es geht von einem durchschnittlichen Wasserpreis von 1,75 € pro m<sup>3</sup> aus und legt nach Presseberichten den von einem Querverbundunternehmen erhobenen Wasserpreis von 0,90 € als Vergleichsbasis zugrunde.

Häufig fehlt Wasserpreisvergleichen eine hinreichende Grundlage. Es werden weder die unterschiedlichen Voraussetzungen und Qualitätsanforderungen bei Bezug und Gewinnung noch die unterschiedlichen Kostenbestandteile und Subventionen offengelegt.

### **c) Wasserversorgung als kommunale Pflichtaufgabe?**

In Baden-Württemberg ist die Wasserversorgung nicht wie in den meisten anderen Bundesländern ausdrücklich durch Gesetz als Pflichtaufgabe festgelegt worden. Die Wasserversorgung ist aber dadurch zur Pflichtaufgabe geworden, dass das den Gemeinden bei der Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben grundsätzlich eingeräumte Ermessen sich „auf Null“ reduziert und damit zur Pflicht verdichtet hat. Nach § 10 Abs. 2 S. 1 GemO „schafft“ die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen.

Diese Vorschrift verpflichtet die Gemeinden, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit überall dort im Sinne der Daseinsvorsorge tätig zu werden, wo die Ein-

---

50 *BGH*, Urteil vom 5.4.1984, DVBl. 1984, S. 1118 und NJW 1985, S. 197 und vom 10.10.1991, DVBl. 1992, S. 369; *Giesberts/Schmuck*, DÖV 2003, S. 702; *Reif* (Fn. 49), S. 279, 280.

51 *Wiesemann*, NWB Fach 29 Nr. 38 vom 13.09.2004 S. 16, a.A. Wasserleitfaden des BMWA 2005, S. 10 Fn. 18.

52 Hierzu: *Lutz/Gauggel*, Gewerbearchiv 2000 S. 414: Wasserpreise in Bayern aus kartellrechtlicher Sicht, hierzu Schreiben des VKU an die Landeskartellbehörden vom 15.06.1998, VKU-ND 8/1998, S. 4.

53 Stuttgarter Zeitung vom 15.09.05.

wohner ganz überwiegend außerstande sind, sich auf Dauer und in gesicherter Weise mit dem Existenznotwendigen selbst zu versorgen. Gerade für die Trinkwasserversorgung trifft dies typischerweise zu<sup>54</sup>. Die Wasserversorgung gehört somit zwar „juristisch“ zu den freiwilligen Aufgaben der Gemeinden, in der Praxis wird sich allerdings keine Gemeinde dieser Aufgabe entziehen können, wenn ihre Einwohner andernfalls unversorgt blieben<sup>55</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Aufgabe nicht oder nicht hinreichend von einem Dritten wahrgenommen wird.

Nach dem vom Ministerium für Umwelt und Verkehr im Jahr 2000 mit Experten erarbeiteten Leitbild zur „Zukunftsfähigen Trinkwasserversorgung Baden-Württemberg“ sollen die Kommunen auch zukünftig die Verantwortung für die Sicherstellung der Trinkwasserversorgung tragen und sich den notwendigen Einfluss auf die Aufgabenerledigung sichern. Die Kommunen sollen auch bei Beteiligung privater Dritter ihren Einfluss behalten, um die Interessen der Bürger wahren zu können. Private sollen durch Kapital und know-how die Leistungsfähigkeit des Wasserversorgers stärken können, dessen Orientierung am Gemeinwohl sei aber zu gewährleisten<sup>56</sup>.

Nachdem einige Kommunen ihre Wasserversorgungen an große Energiekonzerne verkauft haben und die Konzerne sich um den Erwerb weiterer Wasserversorgungen bemühen, wurde die in § 108 GemO enthaltene Pflicht zur Vorlage von Konzessionsverträgen an die Rechtsaufsichtsbehörden und Einholung eines Sachverständigengutachtens ab 2006 auf die Wasserversorgungen ausgedehnt<sup>57</sup>.

#### **d) Struktur der Wasserversorgung in Baden-Württemberg**

Das Statistische Landesamt Baden-Württemberg kommt in einer Erhebung zur öffentlichen Wasserversorgung zu dem Ergebnis, dass die Wasserversorgung in Baden-Württemberg im Jahr 2001 fast vollständig durch Wasserversorger des öffentlichen Sektors erfolgte. Es stellt sich die Frage, wie stark sich die Struktur der Wasserversorgung in Baden-Württemberg in den letzten Jahren – auch

---

54 Scholz, Vors. Richter am VGH, BWGZ 1989, S. 239, 244 m.w.N.; Gern, Kommunalrecht Ba-Wü, 9. Aufl. 2005, S. 119; Ronellenfitsch, Voraussetzungen und Grenzen der materiellen Privatisierung in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.) Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 2004, S. 54, Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, S. 281-291 m.w.N., DStGB in Gt-info vom 05.02.2005, S.8: Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben (B: Wasserversorgung) dürfen von materieller Privatisierung nicht erfasst werden.

55 Scholz (Fn. 54) und Seeger/Gössl, KAG für Ba-Wü, § 9 Ziffer 13.

56 Leitbild „Zukunftsfähige Trinkwasserversorgung Baden-Württemberg“, 2000, S. 11.

57 Gesetz zur Änderung des Gemeindefinanzrechts, Begründung S. 11, in Kraft getreten am 01.01.2006.

schon vor 2001 – verändert hat und wie groß der privatwirtschaftliche Anteil heute tatsächlich ist.

Nach der Untersuchung des Statistischen Landesamtes<sup>58</sup> gab es 2001 in Baden-Württemberg 994 öffentlich-rechtliche Wasserversorgungsunternehmen der Gemeinden, davon waren 479 Regiebetriebe und 515 Eigenbetriebe. Hinzu kommen 193 Zweckverbände für die überörtlichen Gruppenwasserversorgungen und die beiden übergebietlichen Fernwasserversorgungen Bodenseewasserversorgung und Landeswasserversorgung<sup>59</sup>.

Zu den öffentlichen Unternehmen zählt das Statistische Landesamt offensichtlich auch alle 75 kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform (GmbH, AG, GmbH & Co KG und AG & Co KG) und zwar unabhängig davon, ob und mit welcher gesellschaftsrechtlichen Position privatwirtschaftliche Dritte beteiligt sind.

Die 1.110 Gemeinden haben nur 1.069 Endverteilungsunternehmen, weil auf einige Zweckverbände auch die Wasserverteilung übertragen wurde und einige Gemeinden ihre Wasserversorgungen verkauft haben. Den 1.262 kommunalen Wasserversorgern stehen im Jahr 2001 nach der Statistik 104 private Wasserversorger gegenüber. Dieser „private Sektor“ ist nur mit 0,5 % an der Wasserversorgung der Einwohner beteiligt<sup>60</sup>. Damit scheint es auf den ersten Blick zuzutreffen, dass die Wasserversorgung in Baden-Württemberg im Jahr 2001 fast vollständig durch Wasserversorger des öffentlichen Sektors erfolgt.

#### **4. Wasserversorgungsunternehmen als öffentliche oder privatwirtschaftliche Unternehmen?**

##### ***a) Öffentliche, gemischt-wirtschaftliche und privatwirtschaftliche Unternehmen***

Öffentliche Unternehmen sind öffentliche Einrichtungen, die von der Verwaltung beherrscht werden, aber gleichzeitig einen Teil der Wirtschaft bilden („öf-

---

58 *Krenzke*, Statistisches Landesamt, Baden-Württemberg in Wort und Zahl 6/2003, S. 272.

59 Zur Wasserversorgungsstruktur ausführlich *Schauwecker*, Zweckverbände in Baden-Württemberg, Stuttgart, 1989, S. 185 ff. und *ders.*, Bodensee-Wasserversorgung, Stuttgart, 1988. Wasserabgabe 2003 in Mio. m<sup>3</sup>: BWV rd. 140, LWV rd. 100. Der ZV NOW beliefert wiederum rd. 100 Städte und Gemeinden mit 20 Mio. m<sup>3</sup>.

60 *Krenzke* (Fn. 58), Tabelle 1.3.5.

fentliche Wirtschaft“)<sup>61</sup>. Sie handeln in der Absicht einer angemessenen Bedarfsdeckung, auch Daseinsvorsorge genannt<sup>62</sup>.

Es wird unterschieden zwischen Regiebetrieben, Eigenbetrieben und Eigengesellschaften als Gesellschaften in privater Rechtsform, deren Anteile vollständig von einer Gemeinde gehalten werden<sup>63</sup> und Zweckverbänden mit ausschließlich kommunalen Mitgliedern als öffentlichen Unternehmen. Die Wirtschaftsführung der ausgegliederten öffentlichen Unternehmen vollzieht sich nach einem Wirtschaftsplan, der vom Gemeinderat oder Aufsichtsrat genehmigt wird. Der Wirtschaftsplan ist öffentlich zugänglich und wird dem Haushaltsplan der Gemeinde als Anlage beigefügt.

Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen sind privatrechtliche Gesellschaften mit i.d.R. kommunalen Mehrheitsgesellschaftern und privatwirtschaftlichen Minderheitsgesellschaftern und Zweckverbände mit kommunalen, gemischt-wirtschaftlichen und seit jüngster Zeit auch privatwirtschaftlichen Mitgliedern<sup>64</sup>. Bei kommunaler Mehrheit unterliegen die Gesellschaften ebenfalls den Bestimmungen der Gemeindeordnung über die wirtschaftliche Betätigung und dem Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG).

Privatwirtschaftlich bestimmte Versorgungsunternehmen sind i.d.R. kapitalmarktorientiert und Teil eines international tätigen Energie- oder Wasserversorgungskonzerns.

### **b) Regiebetriebe und Eigenbetriebe**

Der Regiebetrieb Wasserversorgung ist rechtlich und wirtschaftlich Bestandteil der Gemeindeverwaltung. Der Eigenbetrieb ist dagegen wirtschaftlich und i.d.R. auch organisatorisch verselbständigt, rechtlich aber weiter Teil der Gemeinde. Das Vermögen ist aus der Gemeindeverwaltung ausgegliedert und wird finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde getrennt verwaltet. Der Eigenbetrieb wird auf der Grundlage der Gemeindeordnung, des Eigenbetriebsgesetzes sowie einer Betriebsatzung geführt<sup>65</sup>.

---

61 Püttner, Verwaltungslehre, 3. Aufl., München 2000, S. 262.

62 Püttner (Fn. 61), S. 264.

63 Püttner (Fn. 61), S. 265, Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 4. Aufl., Berlin 2003, S. 171.

64 Neudeutsch: Public Private Partnership PPP oder Öffentlich-private Partnerschaft ÖPP, s. Tettinger, Karriere einer Anglisme, NWVBl. 1/2005, S. 1 Organisations-PPP.

65 Kappel, BWGZ, Die Gemeinde 2004, S. 902: Wem gehört die Wasserversorgung in Baden-Württemberg?

### c) *Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform*

Die Versorgungsunternehmen vieler mittlerer und größerer Städte und Gemeinden werden traditionell im Querverbund<sup>66</sup> geführt. Sie betreiben neben der Strom- und/oder Gasversorgung die Wasserversorgung, häufig auch Verkehrsbetriebe und Bäderbetriebe. Seit der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte<sup>67</sup> und der Aufhebung des Vorrangs des Eigenbetriebs durch die Änderung der Gemeindeordnung vom Juli 1999<sup>68</sup> wurden Stadtwerke auch in Baden-Württemberg wieder verstärkt in privatrechtliche Gesellschaften umgewandelt<sup>69</sup>.

In der Regel wurden die Stadtwerke mit den Betriebszweigen der Energieversorgung mit der Wasserversorgung in eine gemeinsame Gesellschaft umgewandelt<sup>70</sup>. Die Energiekonzerne haben sich an diesen kommunalen Versorgungsgesellschaften häufig als sog. strategische Partner durch die Einbringung von Strom- oder Gasnetzen aus dem Stadtgebiet oder dem Umland oder durch Barkapital beteiligt.

Durch die Beteiligung an diesen Gesellschaften sind die Energiekonzerne somit meist auch an den Wasserversorgungen beteiligt<sup>71</sup>. Bei der Ermittlung der Höhe der Beteiligung wird i.d.R. der Ertragswert zugrunde gelegt. Die Wasserversorgung geht in diese Bewertung nur mit ihrem im Verhältnis zur Strom- und Gasversorgung geringen Ertragswert ein<sup>72</sup>.

### d) *Zweckverbände*

Die 193 Zweckverbände<sup>73</sup> sind zum großen Teil Zusammenschlüsse benachbarter Gemeinden, die durch die Gruppenwasserversorgungen ihren Trinkwasser-

---

66 VKU-Geschäftsbericht 2004/05, S. 40, 68: in Ba-Wü gibt es 83 Querverbundunternehmen mit Wasserversorgung; zum steuerlichen Querverbund: *Klingebiel* in Dötsch, KStG, Stand Juli 2005, Anhang zu § 8 Abs. 3 n.F. S. 40 und 87, BFH-Beschlüsse vom 25.01. und 27.04.2005: BMF zum Beitritt aufgefordert.

67 Umgesetzt in nationales Recht durch Energiewirtschaftsgesetz 1998.

68 Gesetz vom 19.07.1999, GBl. 1999, S. 292.

69 auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes und des Umwandlungssteuergesetzes.

70 anders z.B. Stadt Heilbronn: Wasserversorgung bleibt bei der Stadt, Heilbronner Stimme vom 08.06.2002.

71 *Hames* in ZfK 10/2001, S. 30: Wasser zwischen Kapital und Kommunen; Bundesministerium für Umwelt, Privatisierung in der Wasserwirtschaft, S. 19.

72 *Vogel*, Die Umwandlung des Eigenbetriebs Stadtwerke Karlsruhe, ZögU 1998 S. 118, Fn. 4; zum Ertragswert s. IDW S 1 Grundsätze der Durchführung von Unternehmensbewertungen, Wpg 2000, S. 825-842 und IDW ES 1 n.F., WPg 2005, S. 28-46.

73 Rechtsgrundlage ist das Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GKZ).

bedarf gemeinsam decken. Ein Drittel des Trinkwassers wird durch die ebenfalls als Zweckverbände organisierten Fernwasserversorger<sup>74</sup> bereitgestellt. Mitglieder der Zweckverbände sind Gemeinden, andere Zweckverbände und (kommunale, gemischt-wirtschaftliche und privatwirtschaftliche) Unternehmen in Privatrechtsform<sup>75</sup>. Das Stimmrecht der privatrechtlichen Unternehmen in den Versammlungen der Zweckverbände ist auf zwei Fünftel der Stimmenzahl beschränkt<sup>76</sup>. Diese Beschränkung gilt nicht für Unternehmen, an denen eine Gemeinde die Mehrheit der Anteile hält. Die Stimmen eines Mitglieds können nur einheitlich abgegeben werden (§ 13 Abs. 2 Satz 3 GKZ).

Der Zweckverband Bodensee-Wasserversorgung als größte deutsche Fernwasserversorgung liefert Trinkwasser an 177 Verbandsmitglieder mit 320 Städten und Gemeinden mit rund 4 Millionen Einwohnern. Der Zweckverband Landeswasserversorgung beliefert 108 Mitglieder, darunter 18 Zweckverbände<sup>77</sup>.

#### **e) Anteile an der Wassergewinnung nach der Unternehmensform**

Die vom Statistischen Landesamt im Jahr 2001 ermittelten 104 privaten Wasserversorger fördern zusammen nur ca. 1 Mio. m<sup>3</sup> Wasser. 309 kleinere und kleine Wasserversorger decken lediglich 1,6 % des Wasserbedarfs, während die 19 größten Wasserversorger annähernd 52 % der Wassermenge entnehmen.

Die 479 Regiebetriebe gewinnen 43 Mio. m<sup>3</sup> und die 515 Eigenbetriebe 149 Mio. m<sup>3</sup> Trinkwasser<sup>78</sup>. Von den 356 Mio. m<sup>3</sup> durch die Zweckverbände gewonnenen Wassermengen entfallen allein auf die Zweckverbände der Fernwasserversorgung 230 Mio. m<sup>3</sup>. Dies entspricht einem Drittel (33,4 %) des bereitgestellten Wassers. Dies zeigt die überragende Bedeutung der Fernwasserversorgungen für die Sicherheit der Wasserversorgung in Baden-Württemberg.

---

74 Geckeler, BWGZ 11/2003, S. 412; Schauwecker, Bodensee-Wasserversorgung, Stuttgart 1988; LWV-Geschäftsbericht 2002, S. 56.

75 Juristische Personen des Privatrechts können Mitglieder des Zweckverbandes sein (§ 2 Abs. 2 S. 2 GKZ). Zu verfassungsrechtlichen Bedenken s. Püttner, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 3. Aufl., 2004 Rdnr. 448.

76 § 13 Abs. 2 Satz 4 GKZ.

77 Geckeler (Fn. 74), LWV-Geschäftsbericht 2002, S. 56.

78 Diese Betriebe zählt der SRU zu den „Regie- und Eigenbetrieben mit geringem Wasser-aufkommen“, SRU-Bericht, Text zu Tabelle 3.2.3-1.

## 5. Veränderungen der Unternehmensstrukturen in Baden-Württemberg

### a) *Vom Regiebetrieb zum Eigenbetrieb „mit Gewinnerzielungsabsicht“*

Immer mehr Gemeinden gliedern ihre Wasserversorgungen in Eigenbetriebe aus<sup>79</sup> und berücksichtigen in der Gebührenkalkulation zur Substanzerhaltung kalkulatorische Eigenkapitalkosten. Dies führt im handels- und steuerrechtlichen Jahresabschluss zum Ausweis eines Gewinnes, der grundsätzlich zu versteuern ist. Durch die Einführung der Konzessionsabgabe<sup>80</sup> unterliegt jedoch nur der sog. Mindesthandelsbilanzgewinn<sup>81</sup> der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Der Quasi-Vertrag zwischen Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb zur Einführung der Konzessionsabgabe ist nicht bei der Kartellbehörde anzuzeigen<sup>82</sup>.

Die Abwasserbeseitigung ist nach deutschem Rechtsverständnis als hoheitliche Tätigkeit nicht steuerpflichtig<sup>83</sup>. Die EU-Kommission hat eine Änderung der Richtlinie zum Anwendungsbereich der ermäßigten Umsatzsteuersätze vorgeschlagen; der Rat der EU-Finanzminister will jedoch den Anhang H zur 6. EG-Richtlinie nicht ändern<sup>84</sup>. Deshalb kann für Leistungen zur Abwasserbeseitigung ein ermäßigter Umsatzsteuersatz von 7 % gegenwärtig nicht eingeführt werden. Die Bundesregierung beabsichtigt ebenfalls nicht, die Abwasserbeseitigung der Steuerpflicht zu unterwerfen<sup>85</sup>. Häufig gliedern Gemeinden deshalb die Abwasserbeseitigung in einen separaten Eigenbetrieb aus und fassen sie nicht mit der Wasserversorgung in einem einheitlichen Eigenbetrieb zusammen<sup>86</sup>.

---

79 *Kappel* (Fn. 65), S. 903; Gemeindeprüfungsanstalt Ba-Wü Geschäftsbericht 2005, S. 28.

80 §§ 117, 48 EnWG und § 9 S. 2 KAV i.V. mit KAE vom 04.03.1941 und A/KAE vom 27.03.1943.

81 1,5 % des Sachanlagevermögens, BMF-Schreiben vom 09.02.1998, BStBl. 1998, S. 209.

82 § 103 GWB a.F. gilt nur für (Eigen-)gesellschaften, Gt-info vom 05.11.2004, S. 28.

83 Kritisch *Bundesrechnungshof*-Bericht vom 02.11.2004: Vorschläge für EG-konforme Besteuerung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

84 Richtlinie 77/388/EWG, VKU-ND 8/2003, S. 23, 24.

85 Koalitionsvereinbarung CDU, CSU, SPD vom 11.11.2005, Abschn. 7.6, S. 57 und Bericht der Bundesregierung zur Modernisierungsstrategie für die deutsche Wasserwirtschaft vom 15.03.2006, S. 15.

86 Zu Vor- und Nachteilen einer Zusammenfassung s. *Deicke* in *Stuttgarter Berichte* 2005, (Fn. 12), Bd. 180, S. 63.



**b) Kooperationen durch Zweckverband oder GmbH?**

Bei der Suche nach einer geeigneten Kooperationsform stellt sich für Gemeinden die Frage, ob die Aufgabe und das Vermögen vollständig oder nur teilweise auf einen bestehenden oder neu zu gründenden Zweckverband oder eine gemeinsame GmbH übertragen werden sollen. Durch eine stärkere Vernetzung von kleinen, mittleren und großen Versorgungsunternehmen kann die Wasserversorgung nach Menge und Qualität sicherer gemacht werden<sup>87</sup>.

Das Steuerrecht zwingt bei einer Vollübertragung der Wasserversorgung nicht zur Gründung einer GmbH, da auch die Einbringung eines Betriebs gewerblicher Art Wasserversorgung in einen Zweckverband auch nach Inkrafttreten des Umwandlungssteuergesetzes 1995 ohne Aufdeckung und Besteuerung angeblich vorhandener stiller Reserven möglich ist<sup>88</sup>. Kommunale Wasserversorgungsunternehmen in privatrechtlicher Form kommen nach den Förderrichtlinien Wasserwirtschaft 2005<sup>89</sup> nur dann als Zuwendungsempfänger in Betracht, wenn sie im Gesellschaftsvertrag die Gewinnerzielung ausgeschlossen haben; dies dürfte betriebswirtschaftlich eine Verlustübernahme erfordern und steuerlich problematisch sein<sup>90</sup>.

Die EU-Kommission beanstandet verschiedene Aspekte der Übertragung von Aufgaben auf Zweckverbände. Sie fordert insbesondere entgegen der bisherigen Praxis in den Mitgliedsstaaten die Anwendung des Vergaberechts mit seiner Ausschreibungspflicht. Die EuGH-Rechtsprechung vom Januar 2005<sup>91</sup> kann weit reichende Bedeutung für die interkommunale Zusammenarbeit in Deutschland haben, wenn nicht die gemeinsame Beherrschung des Zweckverbandes durch die Mitgliedsgemeinden für die Vergabefreiheit ausreicht oder aber die Kommission sich der Auffassung anschließt, dass die „kommunale Zusammen-

---

87 Studie des Gemeindetages zu Interkommunaler Zusammenarbeit, BWGZ 20/2005, S. 813; Beispiel Pilotprojekt „Rohwasserkonzeption“ in Nordostwürttemberg mit zentralem Wasserwerk in Weikersheim s. Geschäftsbericht NOW 2004, S. 26; über ähnliche Kooperationen wird in anderen Landesteilen diskutiert, Stuttgarter Zeitung, 17.11.2005.

88 Studie des Gemeindetags Baden-Württemberg zu Interkommunaler Zusammenarbeit, Steuerfragen, BWGZ 20/2005, S. 794: eine verbindliche Abstimmung mit dem Finanzamt ist erforderlich.

89 Zuwendungsrichtlinien des Ministeriums für Umwelt und Verkehr Baden-Württemberg für die Förderung wasserwirtschaftlicher Vorhaben vom 14.12.2004 – FrWw 2005 Allgemeine Bestimmungen – Zuwendungsempfänger.

90 *Gosch*, KStG, 2005, § 8 Rdnr. 1039; *Klingebiel* in *Dötsch*, KStG, Juli 2005, Anhang zu § 8 Abs. 3 n.F., S. 56.

91 *EuGH-Entscheidung* vom 13.01.2005.

arbeit“ überhaupt kein vergabepflichtiger Vorgang ist<sup>92</sup>. Insbesondere wenn privatwirtschaftliche Dritte an Zweckverbänden beteiligt sind, könnten Leistungen dem Wettbewerbs- und Vergaberecht und damit der Ausschreibungspflicht<sup>93</sup> zu unterwerfen sein. Dies könnte die heutige Struktur der öffentlichen Wasserversorgung in Baden-Württemberg gefährden<sup>94</sup>.

Die Wasserversorgungen in Baden-Württemberg mit den drei Versorgungsebenen Gemeindewasserversorgungen, überörtliche Gruppenwasserversorgungen und Fernwasserversorgungen sind durch die Zusammenarbeit der Kommunen über viele Jahrzehnte entstanden. Die vielen kleineren örtlichen Unternehmen nutzen auch Wasservorkommen, die für große Unternehmen wirtschaftlich nicht interessant sind<sup>95</sup>. Sie leisten damit einen Beitrag zu einer großräumigen Verteilung von Wasserentnahmen und zum großflächigen Grundwasserschutz. Die sich durch die Kleinteiligkeit der Wasserversorgung in Baden-Württemberg ergebenden Probleme werden seit über 100 Jahren durch die Kooperationen in den Zweckverbänden mit Erfolg gelöst<sup>96</sup>.

Bei Kooperationen in der Form einer gemeinsamen GmbH ist insbesondere bei Beteiligung privatwirtschaftlicher Dritter die Rechtsprechung des EuGH zu ausschreibungspflichtigen Inhouse-Geschäften zu prüfen<sup>97</sup>.

### **c) Vom privatrechtlichen zum gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen**

#### *aa) Stadtwerke und die strategischen Partner*

Von den 75 in privater Rechtsform geführten Stadtwerken in Baden-Württemberg haben viele einen, gelegentlich auch zwei privatwirtschaftliche Dritte als Minderheitsgesellschafter<sup>98</sup>.

---

92 *Burgi*, NZBau 2005, S. 208 ff.; Beschluss der Innenministerkonferenz vom 24.06.2005, VKU-ND 9/2005, S. 10.

93 *Cronauge*, Anlage zum VKU-ND 3/2004, Zur etwaigen Ausschreibungspflicht bei der Bildung von Zweckverbänden, Referentenentwurf 2005 zu § 99 Abs. 2 Nr. 2 GWB, wonach kommunale Kooperationen nur dann dem Vergaberecht nicht unterliegen sollen, wenn ein Privater nicht beteiligt ist.

94 Aus praktischer und verfassungsrechtlicher Sicht: *Wieth-Körprich*, Stadt und Gemeinde 10/2005, S. 395.

95 *Klaus Lanz*, Privatisierung von Wasserwerken, [www.unser-wasser-hamburg.de](http://www.unser-wasser-hamburg.de).

96 *Merkel* (Fn. 8), S. 807.

97 *Portz*, In-House-Geschäfte, interkommunale Zusammenarbeit und Anwendung des Vergaberechts, in BWGZ 6/2005 S. 180; *Zimmermann*, EU-Verfahren gegen Gemeinde Hinte am 15.07.2005 eingestellt, Stadt und Gemeinde 2005, S. 321.

98 *Vogel*, Die Umwandlung der Stadtwerke Karlsruhe (Fn. 72),: Beteiligt sind EnBW und E.on/Ruhrgas.

Sog. strategische Partner der Stadtwerke sind in Baden-Württemberg insbesondere die EnBW Regional AG als Tochter der Energie Baden-Württemberg AG (EnBW AG). Die EnBW Regional AG hält Beteiligungen an 36 Stadtwerken in Baden-Württemberg. Die Stadt Stuttgart hat ihr Aktienpaket von 42,5 % an der Neckarwerke Stuttgart AG (NWS) im Jahr 2002 an die EnBW veräußert<sup>99</sup>; diese hat damit alle Anteile an der NWS AG (jetzt: GmbH) und deren Anteile von je 33,3 % an den Zweckverbänden Bodenseewasserversorgung und Landeswasserversorgung erworben<sup>100</sup>.

Der E.on-Konzern ist durch seine von der E.on-Ruhrgas AG geführte<sup>101</sup> 100%ige Tochtergesellschaft Thüga AG ebenfalls an vielen kommunalen Energie- und Wasserversorgungsgesellschaften in Baden-Württemberg beteiligt, z. B. mit über 47 % an der Badenova AG & Co KG in Südbaden.

Seit einiger Zeit lehnt das Bundeskartellamt in bestimmten Fällen wegen der Verstärkung der Marktbeherrschung weitere Beteiligungen der EnBW<sup>102</sup> und der Thüga ab<sup>103</sup>. In der Energiewirtschaft spielt der Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs eines wettbewerblich erheblichen Einflusses gem. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB eine entscheidende Rolle. Nach der Rechtsprechung liegt ein solcher Einfluss jedenfalls beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von 24,8 % vor, wenn dem Erwerber zusätzlich ein gesicherter Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats eingeräumt wird und der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt. Das Kartellamt nimmt einen wettbewerblich erheblichen Einfluss inzwischen auch unterhalb der Beteiligungsschwelle von 20 % an<sup>104</sup>.

Bei den Beteiligungen an diesen gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen handelt es sich üblicherweise nicht nur um eine Finanzanlage. Mit der Beteiligung

---

99 Petition 13/4169 zur Wasserversorgung der Stadt Stuttgart, Landtags-Drs. 13/4903, S. 6.

100 EnBW AG, Geschäftsbericht 2003, S. 160; der Stadt Stuttgart wurden einige Sitze in den Gremien der Zweckverbände BWV und LWV zur Verfügung gestellt, ZfK 2/2002 und Landtags-Drs. 13/4903; zur einheitlichen Stimmabgabe in der Verbandsversammlung s. § 13 Abs. 2 S. 3 GKZ.

101 ZfK Juni 2004; *Zenke/Neveling/Lokau* (Fn. 38), S. 296, Fn. 1263.

102 ZfK 6/2005, S. 6: Ablehnung einer Beteiligung an Stw Ludwigsburg. Neue EnBW-Beteiligungen lt. Geschäftsbericht 2004, S. 13: 49 % an Stw Backnang, 49,9% an Stw Emmendingen, Erhöhung auf 39 % bei Stw Weinheim; bisherige wesentliche Beteiligungen: S. 162; zur Diskussion um EVF Göppingen s. Stuttgarter Zeitung vom 21.01.2006.

103 Beteiligung an Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm mit 25,1 %, Bericht des Bundeskartellamtes 2003/2004 vom 22.06.2005, BT-Drs. 15 /5790, S. 131.

104 *Bechtold/Buntscheck*, NJW 41/2005, S. 2966, 2972.

will der privatwirtschaftliche Dritte (sog. „strategischer Partner“)<sup>105</sup> unternehmerischen Einfluss nehmen. Es sollen nicht nur über dem Kapitalmarkt liegende Renditen erwirtschaftet werden, sondern durch die Integration in den Konzern sollen auch Synergieeffekte erreicht werden. Diese Stadtwerke und damit auch ihre Wasserversorgungen sind nicht mehr ausschließlich „öffentlich bestimmt“, sondern häufig nur noch öffentlich mitbestimmt<sup>106</sup>.

Der Einfluss eines privatwirtschaftlichen Dritten kann sich u. U. nicht nur auf die Stadtwerke, sondern auch auf deren Beteiligung an einem Zweckverband erstrecken. Bei einer Veräußerung der Wasserversorgungsbetriebe werden in der Regel auch die Mitgliedschaftsrechte an den Zweckverbänden auf den Erwerber übertragen. So hat z. B. die EnBW mit dem Erwerb der Aktien der NWS AG die Wasserversorgung der Stadt Stuttgart und je 33,3 % Kapitalanteile an den Zweckverbänden Bodenseewasserversorgung und Landeswasserversorgung erworben<sup>107</sup>.

Nach dem neuen Energiewirtschaftsgesetz ist ab 01.07.2007 eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung (Unbundling) des Netzbetriebes vorgeschrieben, wenn ein Energieversorgungsunternehmen die Kontrolle über ein Stadtwerk mit Netzbetrieb innehat. Nach § 3 Nr. 38 EnWG in Verbindung mit § 3 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung (FKVO) können Rechte, Verträge oder andere Mittel eine Kontrolle begründen, wenn sie, wie z. B. Vetorechte des Minderheitsgesellschafters bei wesentlichen Entscheidungen<sup>108</sup>, die Möglichkeit bieten, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Es bleibt abzuwarten, ob die Energiekonzerne zur Vermeidung der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung teilweise auf Einflussrechte bei Stadtwerken verzichten oder ob Strom- und Gasnetze zusammen mit den Wassernetzen aus den Stadtwerken ausgegliedert werden und an Versorgungskonzerne verkauft werden<sup>109</sup>. Es ist weiter denkbar, dass auch für Wasserversorgungsunternehmen Rechtsfolgen geschaffen werden, die an diese kartellrechtlichen Kontrollrechte anknüpfen<sup>110</sup>.

---

105 Bericht des Bundeskartellamtes 2001/2002, BT-Drs. 15/1226, S. 163; *Klaue/Schwintowski* (Fn. 26), S. 17. Zur Gefahr, dass sich der kommunale Einfluss „verflüchtigt“: *Püttner*, Kommunalrecht (Fn. 75), Rdnr. 478.

106 Zu Auswirkungen solcher Beteiligungen s. das Bundeskartellamt in Beschlüssen vom 17.01. und 26.02.2002 zu E.on/Ruhrgas I und II, WuW/E DE-V 511 und 533, abgedr. in *Klaue/Schwintowski* (Fn. 27), S. 12.

107 Zur Bilanzierung der Zweckverbands-Beteiligungen im Jahresabschluss der EnBW AG s. Geschäftsbericht 2003, S. 160.

108 Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 38 EnWG.

109 Zur steuerbegünstigten Veräußerung gem. § 6 Abs. 2 Satz 4 EnWG s. *Hummeltenberg/Berendt/Schlereth*, Betriebs-Berater 2006, S. 241.

110 Zur gesonderten Behandlung des Wassernetzes: *Stw Augsburg* in *ZfK* 12/2005, S. 10.

**bb) Öffentlich oder privatwirtschaftlich bestimmte Unternehmen?**

Die großen Versorgungsunternehmen, die an der Börse notiert sind oder die einen Börsengang planen oder Teil eines Konzerns sind, sind nicht mehr ausschließlich öffentlich bestimmt, da die Rücksicht auf den Börsenkurs oder die Renditeerwartungen der Konzernmutter zu einer (Selbst-)Beschränkung des öffentlichen Einflusses führt<sup>111</sup>.

Die EnBW stellt sich auch heute noch als Unternehmen in öffentlicher Hand dar, weil die Beteiligungsgesellschaft OEW mit 45,01 % und Kommunen mit 5,2 % die Mehrheit der Aktien halten<sup>112</sup>. Seit dem Verkauf der EnBW-Aktien des Landes Baden-Württemberg an den staatlichen Stromkonzern EdF und dessen Anteilserhöhung auf 45,01 % wird jedoch diskutiert, ob und wie ein öffentlicher Einfluss (des Landes) auf die EnBW erhalten werden kann. Für den Vorsitzenden des EnBW-Aufsichtsrates hat das wirtschaftliche Interesse der neun im Zweckverband OEW<sup>113</sup> zusammengeschlossenen oberschwäbischen Landkreise Priorität<sup>114</sup>; lediglich daneben sei das Landesinteresse mit zu wahren. Die OEW und die EdF seien sehr unterschiedliche Partner, da sei „ein Elefant mit einer Maus unterwegs“. Durch die Aufstockung der Aktien der im Zweckverband OEW zusammengeschlossenen Landkreise auf ebenfalls 45,01 % kann zwar eine rechtliche Kontrolle durch die EdF verhindert werden. Die wirtschaftlichen Machtverhältnisse sind auch nach den Aussagen des früheren Aufsichtsratsvorsitzenden jedoch sehr ungleich. Mit der begonnenen (Teil-)Privatisierung des französischen Staatskonzerns EdF<sup>115</sup> dürfte der Druck auf die EnBW in Richtung einer renditeorientierten Unternehmenspolitik noch zunehmen. Die vermeintlich ohne Zustimmung des Aufsichtsrates der EnBW erfolgte Berufung des EnBW-Vorstandsvorsitzenden „in den Vorstand“ der EdF (Comite executif) wurde als Teil eines Machtkampfes um die Vorherrschaft bei der EnBW gesehen. Die Einschätzung dürfte nicht völlig unzutreffend sein.

---

111 Zur nachhaltigen Shareholder-Value-Orientierung s. z. B. Aktionärsbrief des Vorstandsvorsitzenden der EnBW Energie Baden-Württemberg AG im Geschäftsbericht 2003, S. 13; zum Konsortialvertrag OEW-EdF s. Südwestpresse vom 08.02.2001: alle wesentlichen Fragen bezüglich EnBW einvernehmlich entscheiden.

112 Stuttgarter Zeitung vom 20.01.2006: „Warum der große Bruder unerwünscht ist“ und *Bruder*, Vorstandsvorsitzender EnBW Regional AG, Interview in BWGZ 2006, S. 216.

113 Haushaltssatzung 2006 in Staatsanzeiger Ba-Wü vom 16.01.2006: Einnahmen und Ausgaben je 61 Mio. Euro.

114 EnBW-Aufsichtsratsvorsitzender Landrat Peter *Schneider* in Stuttgarter Zeitung vom 18.07.2005.

115 FAZ vom 07.09.2005, S.16: im Herbst nur 15 % statt möglicher 30 % an die Börse, Staat behält seine Anteile. „EdF will nun Rendite sehen“ - Hauskrach im Aufsichtsrat, Stuttgarter Zeitung vom 12.12.2005 und 22.03.2006: „Classe's Pariser Amt stößt auf die Kritik der Aktionäre“.

Die Mannheimer MVV Energie AG ist seit 1999 als einziger kommunaler Energieversorger Deutschlands an der Börse (SDAX) notiert. Hauptaktionär war ursprünglich allein die Stadt Mannheim, bis die Ruhrgas Ende 2000 von Investoren 15 % der Aktien erworben hat<sup>116</sup>. Die MVV konnte nicht verhindern, dass die EnBW diesen 15%-igen Anteil von E.on/Ruhrgas übernommen hat. Bei der Beteiligung soll es sich nur um ein Finanzengagement handeln, die EnBW sei nicht an einem Aufsichtsratssitz interessiert<sup>117</sup>. Nach einer geplanten Kapitalerhöhung wird sich der Anteil der Stadt von 72 auf 56 % verringern. Die Stadt will auch künftig als Hauptaktionär die Geschicke des Unternehmens „begleiten“. Die Stadt und die MVV seien als „kommunal geprägtes Unternehmen“ angetreten<sup>118</sup>. Die MVV will sich an weiteren Stadtwerken beteiligen und sieht unter dem Druck der Regulierungsbehörde neue Gelegenheiten dazu<sup>119</sup>. Das Kartellamt dürfte weiteren Beteiligungen der MVV auch in Baden-Württemberg nicht im Wege stehen.

#### **d) Einfluss und Risiko bei Beteiligung und Verkauf**

Bei Begründung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft ergeben sich für die Kommunen bei der Wasserversorgung strukturelle Nachteile und Risiken. Der private Dritte als gewinnorientiertes Unternehmen hat keine Anreize, das Netz über das aus seiner Sicht optimale Niveau hinaus zu erhalten. Dagegen steht das Interesse der Kommune, die in erster Linie an einer bestmöglichen und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung interessiert ist<sup>120</sup>. Der kommunale Einfluss auf die örtliche Wasserversorgung wird mit zunehmender Aufgabenverlagerung auf den privaten Dritten geringer. Die Gemeinde kann nur versuchen, ihren Einfluss auf das gemeinsame Unternehmen über die herkömmlichen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu sichern<sup>121</sup>.

Bei reinen Wasserversorgungen wird eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft wegen der geringen Gewinnerwartungen nur in Betracht kommen, wenn damit für den Privaten anderweitige Geschäftschancen verbunden sind. Will eine Gemeinde die Aufgabe der Wasserversorgung vollständig abgeben und einem privaten Versorgungsunternehmen als Konzessionär durch einen Konzessionsvertrag über die Nutzung öffentlicher Wege die Trägerschaft überlassen, muss sie

---

116 Handelsblatt vom 13.11.2000: „wohl eine Überraschung für den Vorstand“; Bundeskartellamt Bericht 2003/2004, S. 131.

117 Stuttgarter Zeitung vom 02.11.2004.

118 MVV-Aufsichtsratsvorsitzender *OB Widder* lt. Stuttgarter Zeitung vom 04.02.2005.

119 *Schulten* in ZfK Aktuell vom 18.05.2005.

120 Kooperationsleitfaden Baden-Württemberg, Ministerium für Umwelt, 2004, S. 50.

121 Kooperationsleitfaden (Fn. 120), S. 51 mit Verweis auf S. 50.

darauf achten, dass sie den Einfluss nicht völlig verliert<sup>122</sup>, das Risiko aber letztlich doch bei ihr verbleibt<sup>123</sup>. Aufgrund der Erfahrungen in anderen europäischen Ländern wird deshalb aus wirtschaftlicher Sicht der Versorgungsunternehmen gefordert, das nicht wettbewerbsfähige Versorgungsnetz in den Händen der Kommunen zu belassen<sup>124</sup>, da nur der Handel Gewinnchancen bietet.

Der Abschluss eines herkömmlichen Konzessionsvertrages zur Regelung des Wegenutzungsrechts und der Konzessionsabgaben wird nicht ausreichen, um die Trinkwasserversorgung der Einwohner im Fall einer Krise des privatwirtschaftlichen Versorgers und ggf. seines Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolgers sicherzustellen. Vielmehr muss die Kommune bei einer materiellen Privatisierung der öffentlichen Wasserversorgung die Maximen des heute geltenden Wasserrechts gegenüber dem privatwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen durchsetzen. Hierbei treten erhebliche Probleme bei der Regelung des Zugangs, der Verteilung und der Qualitätssicherung auf<sup>125</sup>. So ist z. B. vertraglich sicherzustellen, dass nachhaltige Investitionen in die Anlagen der Wasserversorgung durchgeführt werden. Dazu kann auch eine Vereinbarung gehören, die der Gemeinde das Recht zum Rückerwerb der Wasserversorgung einräumt, wenn der private Dritte die Wasserversorgung nicht ordnungsgemäß betreibt oder er selbst von einem anderen Unternehmen übernommen werden soll oder er die Wasserversorgung weiterveräußern will<sup>126</sup>.

Die vielschichtigen Rechtsfragen einer materiellen Privatisierung der öffentlichen Wasserversorgung sind noch nicht geklärt. Der Landesgesetzgeber hat inzwischen erkannt, dass das Risiko bei Überlassung der Wasserversorgung an einen Privaten in nicht unwesentlichem Umfang bei der Gemeinde verbleibt und deshalb Regelungsbedarf besteht. Die in § 108 GemO nun vorgesehene Pflicht zur Vorlage des Konzessionsvertrages an die Rechtsaufsichtsbehörde und die Einholung eines Gutachtens reicht jedoch kaum aus, um die Gemeinde und ihre Einwohner bei einer Veräußerung vor Beeinträchtigungen zu schützen. Für eine wirksame Regelung wäre es erforderlich, dass bereits vor Veräußerung des Wasserversorgungsunternehmens oder der Gesellschaftsanteile ein Gutachten

---

122 Zur Ausschreibung von Versorgungsgebieten in der Wasserwirtschaft s. *Koenig/Haratsch* DVBl. 2004, S. 1387 und *Rehbinder* in *difu – network*.

123 Kooperationsleitfaden (Fn. 120), S. 54, Schaubild: Risiko = 0.

124 *IFO-Studie*, ifo-Beiträge zur Wirtschaftsforschung: Marktstrukturveränderungen in der Trinkwasserversorgung, ifo-Institut an der Universität München, 2005, S. 308, 309; so auch BDI und DIHK zum Verbleib des Bahnnetzes beim Staat, *Stuttgarter Zeitung* vom 25.01.2006.

125 *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl., München 2004, S. 135 m.w.N.

126 Ähnlich Gutachten zur Privatisierung der DB einschließlich Netz, *Stuttgarter Zeitung* vom 26.01.2006.

nach § 107 GemO erstellt und dem Gemeinderat vorgelegt werden muss<sup>127</sup>. Die jetzige Regelung greift in der Regel erst Jahre nach einem Verkauf und damit zu spät und dürfte wie andere privatrechtliche Verträge kaum ausreichen, um im Konfliktfall die Interessen einer kleinen Gemeinde gegen einen privaten Monopolisten durchzusetzen<sup>128</sup>.

## 6. Stand und Entwicklung der Privatisierung der Wasserwirtschaft

Der westeuropäische Markt ist nach Angaben der großen Versorgungsunternehmen mit 35 % weltweit am höchsten privatisiert, in Deutschland steige der Privatisierungsgrad von 21 % nur langsam an<sup>129</sup>. Die Verbände der deutschen Wasserwirtschaft haben als ihren Beitrag zur Modernisierungsdiskussion Anfang 2006 erstmals ihr Gesamtbild der Wasserbranche in Deutschland vorgelegt. Sie wollen dadurch mehr Klarheit über die Strukturen der deutschen Wasserwirtschaft schaffen<sup>130</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob das Gewicht der Großunternehmen ein objektives Bild auch im Blick auf die kleinen kommunalen Wasserversorger zulässt<sup>131</sup>.

Auch in Baden-Württemberg ist die Wasserversorgung längst nicht mehr ausschließlich öffentlich bestimmt. So ist die EnBW mit einem Marktanteil von ca. 11 % – bezogen auf das Absatzvolumen einschließlich anteiliger Stadtwerke – der größte Wasserversorger im Land<sup>132</sup>. Bei der Wassergewinnung und beim Transport liegt der Marktanteil der EnBW durch die Beteiligung an den beiden Fernwasserzweckverbänden BWV und LWV wesentlich höher. Der Marktanteil der E.on-Tochter Thüga dürfte sich beim Wasserabsatz in einer ähnlichen Größenordnung bewegen. Zusammen mit den anderen privatwirtschaftlich bestimmten Unternehmen dürfte sich in Baden-Württemberg ein Privatisierungsgrad von weit über 20 % ergeben.

Die Privatisierung der deutschen Wasserwirtschaft wird sich als Folge der weiteren Öffnung des Strom- und Gasmarktes und der damit verbundenen Konzentration fortsetzen. Hier kann sich für weitere Kommunen die Frage stellen, ob sie

---

127 Stellungnahme des Gemeindetages vom 27.09.2005 zum Gesetzentwurf, Landtags-Drs. 13/4835.

128 *Merkel* (Fn. 8), S. 805.

129 *Schürmann / Rüdell*, RWE Aqua, Stuttgarter Berichte zur Siedlungswasserwirtschaft, München 2004, S. 18.

130 VKU-ND 2005, S. 29, *N. Weiß* in ZfK 12/2005.

131 Zur „Verbesserung der energiewirtschaftlichen Verbandsstruktur“ auf Basis VDEW/BGW und evtl. Abspaltung von Wasser s. ZfK Januar 2006 S. 1; BGW: Konflikt um Verbandskurs eskaliert, ZfK Aktuell vom 13.01.2006.

132 EnBW AG, Geschäftsbericht 2003, S. 85 und 2004, S. 93.



einen Dritten am gesamten Unternehmen – einschließlich der Wasserversorgung – beteiligen oder ob sie für die Wasserversorgung eine kommunale Lösung suchen.

## 7. Marktprinzip oder Demokratieprinzip

Ob die kommunale Wasserversorgung sich einem marktwirtschaftlichen Wettbewerb stellen muss, ist nicht nur nach deutschem Recht und durch Organe der deutschen Staatsgewalt zu entscheiden. Die öffentliche Wasserversorgung ist eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV. Inwieweit diese Bestimmungen es ermöglichen, die kommunale Wasserversorgung dem Markt zu entziehen und die gegenwärtige Struktur der öffentlichen Wasserversorgung mit ihren nicht durch Ausschreibung vergebenen Gebietsmonopolen für kommunale Unternehmen beizubehalten, ist umstritten. Klar ist nur, dass in diesem Streit letztlich die Organe der EG entscheiden werden<sup>133</sup>.

Es hat den Anschein, dass die EU-Kommission auch den Wassersektor als geeignetes Feld für eine Marktöffnungspolitik ansieht<sup>134</sup>. Auch ohne eine spezielle Liberalisierungspolitik kann die Wasserversorgung von mehreren geplanten EU-Richtlinien tangiert sein. Weitreichende Folgen können sich insbesondere von der Public-Private-Partnership-Richtlinie für Zweckverbände ergeben. Die Kommission will 2006 in einer sog. „Interpretatorischen Mitteilung“ die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf Rechtsformen der interkommunalen Zusammenarbeit, also auch auf Zweckverbände, klären<sup>135</sup>. Davon könnten insbesondere die Zweckverbände mit privatwirtschaftlichen Mitgliedern betroffen sein. Es wird zu prüfen sein, ob dann neben einer Rekommunalisierung weitere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.

Ebenfalls noch nicht absehbar ist, welche Auswirkungen die Dienstleistungsrichtlinie auf die Wasserversorgung hat. Nach einem Kompromiss bei der ersten Lesung im EU-Parlament sollen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wie die Wasserversorgung durch die Dienstleistungsrichtlinie er-

---

133 *Lübbe-Wolff*, Recht und Politik 3/2004, S. 130; s. Euromarket-Studie der EU über Szenarien einer potentiellen Wasserliberalisierung vom 14.12.2005 s. VKU-ND Januar 2006.

134 *Wieth-Körprich*, Stadt und Gemeinde 9/2005, S. 317: Wettbewerb auf einer Rangstufe mit Menschenwürde; *Koch*, Vorgaben des europäischen Rechts für eine Neuorganisation der kommunalen Wasserversorgung in ZögU 2003 Heft 3, S. 241.

135 VKU-ND 12/2005, S. 18; hierzu EuGH-Rechtssache Carbotermo Rs. C-340/04: inhouse bei mehreren kommunalen Anteilseignern? Schlussantrag vom 12.01.2006.

fasst werden. Das Herkunftslandprinzip soll jedoch keine Anwendung auf Dienste der Wasserversorgung und der Wasserlieferung finden<sup>136</sup>.

Auch die von der EU-Kommission geplante Harmonisierung der Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, insbesondere der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand mit der Modernisierung der Mehrwertsteuerbestimmungen, könnte weit reichende Auswirkungen auf den Querverbund und die Steuerpflicht der Abwasserentsorgungen und damit die Struktur der Wasserversorgungen haben.

Wird die Wasserversorgung dem freien Wettbewerb unterworfen, wird es langfristig nur noch eine geringe Anzahl großer Wasserwirtschaftsunternehmen geben, die die lukrativen Wasserversorgungen übernehmen. Es dürfte in der Wasserwirtschaft wie in der Energiewirtschaft zu einem Oligopol kommen. Angesichts des natürlichen Monopolcharakters und der Kapitalintensität der Wasserversorgung werden hier behördliche Bemühungen um Wettbewerbsverhältnisse noch weniger Erfolg haben als in der Energiewirtschaft. Die wenigen Anbieter werden sich den Markt aufteilen. Durch gezielte Akquisition gegenüber örtlichen Entscheidungsträgern werden sie durch den Erwerb weiterer Beteiligungen und den Abschluss von Betriebsführungsverträgen ihre Wachstumsziele zu erreichen versuchen. Die Wasserversorger werden nicht mehr demokratisch durch Gemeinderäte, sondern bürokratisch durch Regulierungsbehörden und Konzerne gesteuert.

Zu hoffen bleibt, dass die EU-Kommission und der EuGH zumindest die Wasserversorgungen in Regie- und Eigenbetrieben, Eigengesellschaften und Zweckverbänden ohne private Beteiligung als nicht dem Wettbewerb unterliegende Eigenproduktion<sup>137</sup> behandelt und bei gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften und Zweckverbänden mit privater Beteiligung Regelungen geschaffen werden, die den demokratischen Einfluss der Bürger auf die örtlichen Trinkwasserversorgungen erhalten.

---

136 *Linse*, BWGZ 5/2006, S. 234.

137 Ausschuss der Regionen (AdR), Stellungnahme zum Grünbuch PPP, Gt-info 2005 vom 21.03.2005, S. 28; *Köster*, Das vergaberechtsfreie In-house-Geschäft im Spiegel der neueren Rechtsprechung, KommJur 3/2006, S. 94.

## Privatisierung und Daseinsvorsorge – Das Beispiel des Bildungswesens

*Johannes Rux\**

Im Bereich des Bildungswesens sind Eingriffs- und Leistungsverwaltung auf wohl einzigartige Weise miteinander verbunden: Auf der einen Seite unterwirft der Staat die Kinder und Jugendlichen der Pflicht zum Schulbesuch und er nimmt für sich das Recht in Anspruch, nicht nur über die Inhalte zu bestimmen, die Gegenstand des Unterrichts sein sollen, sondern auch dazu, den jungen Menschen in den Schulen die grundlegenden Wertvorstellungen zu vermitteln, die der Verfassungsordnung zugrunde liegen, um auf diese Weise nicht nur die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung und der staatlichen Institutionen, sondern letzten Endes auch die Voraussetzungen für den Fortbestand des Staates zu sichern. Damit nicht genug: Die Rechtsordnung setzt für den Zugang zu den meisten Berufsausbildungen – und damit zum Arbeitsmarkt – in der Regel den erfolgreichen Abschluss eines schulischen Bildungsganges voraus. Obwohl der Staat nach alledem im Bereich des Schulwesens mit einer geradezu beispiellosen Intensität in die Grundrechte seiner Bürger eingreift, kann es auf der anderen Seite aber auch keinen Zweifel daran geben, dass die soziale Stellung und der wirtschaftliche Wohlstand des Einzelnen heute mehr denn je von seinem Bildungsniveau abhängen. Indem der Staat ein hinreichend differenziertes Bildungssystem vorhält, in dem die Schülerinnen und Schüler eine ihrer Begabung entsprechende Bildung und Ausbildung erhalten können, schafft er unter diesen Umständen aber erst die entscheidende Voraussetzung dafür, dass seine Bürger von ihren Grundrechten tatsächlich Gebrauch machen und ihre Persönlichkeit wirklich frei entfalten können.

Während es in vielen anderen Bereichen der Daseinsvorsorge seit langer Zeit Privatisierungstendenzen gibt, die zu einem Teil auf der Überzeugung beruhen, dass die betreffenden Aufgaben in einem marktwirtschaftlichen Wettbewerbssystem effizienter erfüllt werden können, zu einem anderen Teil in der extrem angespannten Lage der öffentlichen Haushalte begründet sind und die schließlich auch durch die immer weiter fortschreitende europäische Integration bedingt werden, hat der Staat in Deutschland seinen hier schon immer bestimmten Einfluss auf das Bildungswesen weitgehend beibehalten.

---

\* Dr. iur.; wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Sozialrecht, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum.

Nachdem sich die Lage auch in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nur wenig anders darstellt, ist es nicht verwunderlich, dass der Europäischen Union im Bereich des Bildungswesens nur vergleichsweise geringfügige Kompetenzen zugestanden wurden. Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, besteht aufgrund der Vorgaben des Europarechts und der immer weiter voranschreitenden europäischen Integration dennoch ein ganz erheblicher faktischer Anpassungsdruck. Zudem wächst das Bildungswesen in dem Maße allmählich in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des EGV hinein, in dem Bildung auch von den unmittelbar Beteiligten immer mehr Wirtschaftsfaktor und nicht mehr als öffentliches Gut begriffen und behandelt wird.

### 1. Die Regelungskompetenzen der EU im Bereich des Bildungswesens<sup>1</sup>

In den Gründungsverträgen der Europäischen Gemeinschaften war das Bildungswesen zunächst nur in Art. 128 EWGV erwähnt. Danach war der Rat dazu berechtigt, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses in Bezug auf die Berufsausbildung allgemeine Grundsätze zur Durchführung einer gemeinsamen Politik aufzustellen, die zu einer harmonischen Entwicklung sowohl der einzelnen Volkswirtschaften als auch des Gemeinsamen Marktes beitragen können. Diese Vorschrift blieb über lange Zeit praktisch bedeutungslos, bis der EuGH im Verfahren *Gravier*<sup>2</sup> zu dem Ergebnis kam, dass sich diese Bestimmung auch auf die Hochschule beziehe, so dass das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EWGV<sup>3</sup> auch auf diesen Bereich anwendbar sei. Die Gemeinschaft nahm diese Rechtsprechung bereitwillig auf und initiierte in der Folge zahlreiche Programme zur Förderung der internationalen Mobilität von Studierenden und Auszubildenden, wie z.B. das Erasmus-Programm.<sup>4</sup>

Obwohl unter den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft weitgehend Einigkeit darüber herrschte, dass die Gemeinschaft durchaus dazu berechtigt sein sollte, solche Förderprogramme einzurichten, wollte man ihr keine weiter gehende Kompetenzen einräumen. Nachdem die Gemeinschaft hier – wie z.B. auch in der Sozialpolitik – dazu überging, Maßnahmen auf die Querschnittskompetenzen des EWGV zu stützen, wurden durch den Vertrag von Maastricht zwei neue Bestimmungen über die Zuständigkeiten der Gemeinschaft im Bereich des Bil-

---

1 Vgl. dazu allgemein die Kommentierungen zu Artt. 149 ff. EGV durch *Claassen*, in: von der Groeben (Hrsg.), *EUV/EGV*, 6. Auflage, Baden-Baden 2004 und *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002.

2 *EuGH* Slg. 1985, S. 593 (*Gravier*).

3 Diese Regelung entspricht Art. 12 EGV in der aktuellen Fassung.

4 Auch diese wurden vom EuGH für zulässig erklärt, vgl. dazu insbesondere *EuGH* Slg. 1989, S. 1425 ff. (*Erasmus*).

dungswesens eingefügt. Diese Regelungen wurden als Artt. 149 f. EGV in den Vertrag von Amsterdam übernommen und gelten seitdem unverändert.<sup>5</sup> Zwar geben die Artt. 149 f. EGV der Gemeinschaft einige Befugnisse im Bereich des Bildungswesens. Sie ist aber im Wesentlichen auf die Förderung der internationalen Kooperation, des Austausches und der Mobilität beschränkt. Sowohl in Bezug auf die allgemeine Bildung als auch in Bezug auf die berufliche Bildung gilt jedoch ein absolutes Harmonisierungsverbot, so dass allein die Mitgliedsstaaten das Recht haben, über die Bildungs- und Erziehungsziele sowie über die Organisation und die Finanzierung des Bildungswesens zu entscheiden.

Neben den Artt. 149 f. EGV ist im Zusammenhang mit dem Bildungswesen vor allem die Regelung des Art. 47 EGV zu beachten, nach dem die Gemeinschaft auch für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen zuständig ist – und damit die Voraussetzungen dafür schaffen kann, dass die Grundfreiheiten des EGV von den Bürgern auch tatsächlich in Anspruch genommen werden können. Die entsprechenden Regelungsbemühungen kamen allerdings zunächst nur schleppend voran, weil für die Verabschiedung der entsprechenden Maßnahmen zunächst ein einstimmiger Entschluss im Rat erforderlich war und die gegenseitige Anerkennung von einer Harmonisierung der betreffenden Ausbildungsgänge abhängig gemacht. In der Praxis wurden daher nur für bestimmte Heilberufe Anerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien erlassen.<sup>6</sup>

Nachdem das Einstimmigkeitserfordernis durch die Einheitliche Europäische Akte weggefallen war, wurde der Spielraum der Gemeinschaft deutlich größer. Mittlerweile hat sich auch hier weitgehend das Herkunftslandprinzip<sup>7</sup> durchge-

---

5 Die Regelungen wurden auch in Artt. III-282 f. des Verfassungsvertrages übernommen; allgemein zu den Auswirkungen dieses Vertrages auf die öffentlichen Dienstleistungen *Krajewski*, DÖV 2005, 665.

6 Krankenschwestern und Krankenpfleger in der allgemeinen Pflege (77/452/EWG, ABl. L 176/1 und 77/453/EWG, ABl. L 176/8 vom 15.7.1977); Zahnärzte (78/686/EWG, ABl. L 233/1 und 78/687/EWG, ABl. L 233/10 vom 24.8.1978); Tierärzte (78/1026/EWG, ABl. L 362/1 und 78/1027/EWG, ABl. L 362/7 vom 23.12.1978); Hebammen (80/154/EWG, ABl. L 33/1 und 80/155/EWG, ABl. L 33/8 vom 11.2.1980); Apotheker (85/432/EWG, ABl. L 253/34 und 85/433/EWG, ABl. L 253/37 vom 24.9.1985). Die Richtlinien für die Anerkennung und Koordinierung der Ausbildung für Ärzte (75/362/EWG, ABl. L 167/1 und 75/363/EWG, ABl. L 167/14 vom 30. 6. 1975) sind mittlerweile in der Richtlinie 93/16/EWG, ABl. L 165/1 vom 7.7.1993 zusammengefasst worden. All diese Richtlinien wurden durch die Richtlinie 2001/19/EG, ABl. L 206/1 vom 31.7.2001, und den Beitrittsvertrag mit den neuen Mitgliedstaaten, ABl. L 235/17 vom 23.9.2003, geändert.

7 Dieses Prinzip hat sich in Folge der so genannten „Cassis“-Rechtsprechung des EuGH mittlerweile für fast das gesamte Gemeinschaftsrecht durchgesetzt, vgl. grundlegend

setzt und die Mitgliedstaaten vertrauen auch hier grundsätzlich darauf, dass ein Berufsangehöriger, der im Heimat- oder Herkunftsland die für den Berufszugang erforderliche Ausbildung erworben hat, seinen Beruf auch in den anderen EG-Mitgliedstaaten zufriedenstellend ausüben kann. Dementsprechend wird die Anerkennung der Abschlüsse von bestimmten formalen Kriterien abhängig gemacht, ohne dass die Gemeinschaft Einfluss auf die Ausbildungsinhalte nehmen würde.<sup>8</sup>

Weitere, keineswegs unbedeutende Regelungskompetenzen der Gemeinschaft ergeben sich aus den Grundfreiheiten des EGV, insbesondere aus der Niederlassungsfreiheit, weil diese Freiheit unter anderem den gleichberechtigten Zugang zu Bildungsinstitutionen und staatlichen Ausbildungsfinanzierungssystemen wie z.B. dem BAföG voraussetzt. Auch die Dienstleistungsfreiheit kann hier betroffen sein, wobei allerdings zu beachten ist, dass Bildungsangebote nur dann als Dienstleistungen im Sinne des EGV anzusehen sind, wenn sie gegen Entgelt erbracht werden. Da aber zumindest der Besuch des Pflichtschulunterrichts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union kostenfrei ist – und wegen Art. 14 II der Grundrechte-Charta auch kostenfrei bleiben muss – scheidet zumindest dieser Bereich weitgehend aus der Dienstleistungsfreiheit aus. In anderen Bereichen, insbesondere im Hochschulwesen stellt sich die Lage spätestens dann anders dar, wenn für den Besuch der betreffenden Einrichtungen Gebühren verlangt werden. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil das Harmonisierungsverbot der Artt. 149 ff. EGV zumindest nicht unmittelbar anwendbar ist, wenn sich die Gemeinschaft für ihre Maßnahmen auf andere Kompetenztitel stützen kann. Auf die damit verbundenen Probleme wird noch zurückzukommen sein.

## **2. Zum Anwendungsbereich der Bestimmungen des EGV auf das deutsche Bildungswesen**

### ***a) Elementarbereich (Kindergärten und Vorschulen)***

Obwohl die Kindergärten und andere Tageseinrichtungen für Kinder<sup>9</sup> auf den ersten Blick aus dem Anwendungsbereich des Art. 149 EGV heraus zu fallen

---

dazu *EuGH* Slg. 1979, 649 (Cassis), aber auch *EuGH* Slg. 1993, S. I-6097 (Keck), wo das Gericht zu Recht zwischen Produkt- und Vertriebsanforderungen unterschieden hat.

8 So wird in der Regel auf die Zugangsvoraussetzung zu dem betreffenden Bildungsgang und auf seine Dauer abgestellt, vgl. etwa die Hochschuldiplom-Richtlinie 89/48/EWG, ABl. L 19/16 vom 24.1.1989 oder auch die Architekten-Richtlinie 85/384/EWG, ABl. L 223/15 vom 21.8.1995.

9 Vgl. dazu die Legaldefinition in § 22 I 1 SGB VIII: „Tageseinrichtungen sind Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten und in Gruppen gefördert werden.“

scheinen, da sie in erster Linie Betreuungsleistungen anbieten, ist zu beachten, dass diese Einrichtungen gemäß § 22 III SGB VIII auch einen eigenständigen Bildungs- und Erziehungsauftrag haben, der durch die landesrechtlichen Bestimmungen weiter konkretisiert wird.<sup>10</sup> Daher fallen auch die Tagesstätten für Kinder grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 149 EGV.

Demgegenüber werden die Kindertageseinrichtungen derzeit nicht oder nur ausnahmsweise von den Querschnittskompetenzen des EGV erfasst, da es sich in aller Regel um gemeinnützige Einrichtungen handelt.<sup>11</sup> Dies könnte sich allerdings in absehbarer Zeit ändern, weil die Unternehmen infolge des demographischen Wandels ein elementares Interesse daran haben werden, sich das Arbeitskräftepotential der jungen Mütter (und Väter) zunutze zu machen. Denn damit könnte es sich für sie durchaus rechnen, in ihren Betrieben Betreuungseinrichtungen zu schaffen oder externe Betreuungsdienstleistungen einzukaufen.

#### **b) Allgemeinbildende Schulen des Primar- und Sekundarbereiches**

Auf dieser Ebene gibt es die geringsten Abgrenzungsschwierigkeiten, da es sich um den Standardfall des Art. 149 EGV handelt: Schulen, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann, werden durchweg von öffentlichen oder gemeinnützigen Trägern errichtet und unterhalten. Deshalb kann die Europäische Union hier auch nicht über die Grundfreiheiten des EGV mittelbar Einfluss nehmen. Dies gilt selbst für die gymnasiale Oberstufe, mit deren Abschluss die Hochschulzugangsberechtigung erworben wird. Denn die gegenseitige Anerkennung dieser Berechtigungen setzt keine Harmonisierung der Bildungsinhalte voraus.

Dieses System wird in den letzten Jahren allerdings durch die so genannten Internationalen Schulen ins Wanken gebracht: An sich handelt es sich bei diesen Schulen um Einrichtungen für die Kinder von Ausländern, die sich nur vorübergehend in Deutschland aufhalten. Da der Unterricht auf einem anderen Curriculum beruht als derjenige in den öffentlichen Schulen und weil diese Schulen auch keinen Abschluss vermitteln, der ohne weiteres den Abschlüssen der öffentlichen Schulen entsprechen würde, handelt es sich formal nicht um Ersatzschulen, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann. Dasselbe gilt auch für die von den Vertretungen anderer Staaten für ihre Staatsangehörigen in Deutschland unterhaltenen Schulen und die so genannten Europaschulen.

---

10 Wie schwierig die Abgrenzung zwischen Schulen und Kindergärten ist, zeigt etwa die aktuelle Diskussion über die Vorziehung des Einschulungsalters bzw. die Einführung einer „Kindergartenpflicht“: Beide Maßnahmen laufe im Ergebnis auf dasselbe hinaus.

11 Die Gemeinnützigkeit ist Voraussetzung für den Anspruch auf öffentliche Zuschüsse, vgl. dazu § 74 I Nr. 3 SGB VIII.

Dennoch nehmen all diese Schulen auch deutsche Schülerinnen und Schüler auf, die teilweise ein erhebliches Schulgeld aufbringen müssen. Wenn die Schulaufsichtsbehörden gegenüber diesen Schülerinnen und Schülern regelmäßig darauf verzichten, die Erfüllung der Schulpflicht an einer Regelschule durchzusetzen, dann liegt dies vor allem daran, dass die Abschlussprüfungen – also das internationale Baccalaureat bzw. die nationalen Bildungsabschlüsse – international als Hochschulzugangsberechtigung anerkannt und daher auch in Deutschland dem Abitur gleich gestellt werden.

Zumindest die Internationalen Schulen bieten eine (entgeltliche) Dienstleistung im Sinne des EGV an. Deshalb könnte anderen ausländischen Anbietern von Bildungsdienstleistungen der Marktzugang kaum verwehrt werden. Allerdings müssten sie ebenso wie die Internationalen Schulen einen international anerkannten Bildungsabschluss vermitteln und sie hätten keinen Anspruch auf staatliche Zuschüsse.

### *c) Berufsbildende Schulen des Sekundarbereiches*

Etwas anders als bei den allgemeinbildenden Schulen stellt sich die Lage in Bezug auf das System der beruflichen Bildung dar, das grundsätzlich unter Art. 150 EGV fällt. Zwar vermittelt diese Bestimmung der Europäischen Union wegen des Harmonisierungsverbotes trotz des etwas weiter gefassten Wortlautes im Ergebnis keine weiter reichenden Kompetenzen als der Art. 149 EGV.

Allerdings ist der faktische Anpassungsdruck weitaus größer, da das deutsche System der dualen Berufsbildung, bei dem sich schulische und betriebliche Ausbildungsanteile ergänzen, weltweit fast einzigartig ist und daher nur bedingt durch die Richtlinien der Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Bildungsabschlüssen abgebildet wird. In Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ergeben sich vor allem daraus Probleme, dass qualifizierte Handwerksberufe und vor allem die so genannten Gesundheitsberufe (z.B. Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie) in den meisten EU-Mitgliedstaaten nur nach einem Hochschulstudium ausgeübt werden dürfen. In Deutschland reicht für den Zugang zur Ausbildung jedoch zumindest formal ein mittlerer Schulabschluss aus. Daher haben die Absolventen deutscher Ausbildungsgänge teilweise große Schwierigkeiten beim Wechsel in andere EU-Mitgliedstaaten.

Eine gewisse Entspannung ist allerdings von der so genannten Anerkennungsrichtlinie<sup>12</sup> zu erwarten, die dazu führen wird, dass Absolventen der deutschen

---

12 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, vom 07.03.2002, KOM(2002)119 endgültig. Dieser Vorschlag wird wohl mit einigen Änderungen angenommen werden, da der Rat am 6.6.2005 die Änderungsvorschläge von Parlament und Kommission angenommen hat; vgl. die Empfehlungen im Plenarsitzungsdokument A6-0119/2005 vom 28.04.2005.



Ausbildungsgänge jedenfalls nach zweijähriger Berufspraxis im Inland in einen anderen EU-Staat wechseln können – wobei sich das Problem dadurch möglicherweise nur verlagert, weil nun im Einzelfall geprüft werden muss, ob und in wie weit sich die Berufsbilder decken.

Völlig unabsehbar sind die Auswirkungen des European Qualifications Framework (EQF), das auf eine Standardisierung der Qualifikationsnachweise im Bereich der beruflichen Bildung abzielt und das bisher noch vorherrschende Modell des dualen Systems der Berufsausbildung in Frage stellen würde. In diesem Zusammenhang sind schließlich und vor allem die Pläne für eine EU-weite Empfehlung zu Schlüsselkompetenzen für Lebenslanges Lernen<sup>13</sup> zu erwähnen, mit deren Umsetzung die EU ihre bisherige Zurückhaltung in Bezug auf die Unterrichtsinhalte aufgeben würde. Zwar wären diese Empfehlungen zunächst unverbindlich. Sie würden aber einen ganz erheblichen faktischen Anpassungsdruck bewirken

#### **d) Hochschulbereich**

Noch etwas komplexer stellt sich die Lage in Bezug auf den Hochschulbereich dar: Zunächst ist festzuhalten, dass dieser Bereich an sich dem Art. 150 EGV unterfällt, da die Ausbildung an den Hochschulen ebenfalls zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führt. Die Gemeinschaft stützt ihre Maßnahmen in der Praxis allerdings dennoch auf Art. 149 EGV, wobei dies wegen des nahezu identischen Anwendungsbereiches im Ergebnis nicht wesentlich ins Gewicht fällt.<sup>14</sup>

Probleme ergeben sich nun aber daraus, dass gebührenfinanzierte Studiengänge nach Ansicht des EuGH<sup>15</sup> in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des EGV fallen. Damit haben die Organe der Gemeinschaft aber sehr viel weiter reichende Kompetenzen als im sonstigen Bildungswesen.

#### **e) Fort- und Weiterbildung**

Im Bereich der Fort- und Weiterbildung gelten ohnehin seit jeher die Regelungen für die Dienstleistungsfreiheit. Hier ist schon deshalb kein Raum für nationalstaatliche Vorbehalte, weil diese Angebote durchweg (auch) gewerblich angeboten werden.

---

13 Vgl. den Vorschlag des Rates für eine gemeinsame Empfehlung des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.11.2005 – 2005/0221/(COD).

14 Vgl. zu dieser Problematik *Claassen*, in: von der Groeben (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2004, Art. 150 EGV, Rn. 3; *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002, Art. 149 EGV, Rn. 9, die sich allerdings beide tendenziell dafür aussprechen, den Hochschulbereich dem Art. 149 EGV zuzuordnen.

15 *EuGH* NJW 2004, 1584 (Neri).

### 3. Die „Bolkestein“-Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Obwohl die Europäische Gemeinschaft somit durchaus über weit reichende Kompetenzen verfügt, die einen großen Teil der Institutionen des deutschen Bildungswesens erfassen, hat sie von diesen Kompetenzen in der Vergangenheit nur recht sparsam Gebrauch gemacht und sich im Wesentlichen auf die Programme zur Förderung des internationalen Austauschs und auf den Erlass von Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung von Bildungsabschlüssen beschränkt. Hingegen wurde das Monopol der Mitgliedstaaten für die Entscheidung über die Bildungs- und Erziehungsziele sowie über die Organisation und Finanzierung des Bildungswesens nicht in Frage gestellt. Bisher gab es daher von Seiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts auch keine nennenswerten Impulse zu einer Privatisierung des Bildungswesens.

Allerdings hätte sich diese Situation grundlegend ändern können, wenn die so genannte „Bolkestein“-Richtlinie<sup>16</sup> über Dienstleistungen im Binnenmarkt in der Fassung der bisherigen Entwürfe in Kraft getreten wäre: Zwar war von Anfang an vorgesehen, in den Vorerwägungen festzuschreiben, dass das öffentliche Bildungswesen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen bleiben sollte.<sup>17</sup> Im eigentlichen Text der Regelung fand sich jedoch kein entsprechender Vorbehalt. Daher wäre die Richtlinie jedenfalls dann auf Bildungsangebote anwendbar gewesen, wenn diese zumindest teilweise privat finanziert werden.<sup>18</sup> Angesichts der offenen Formulierungen in dieser Richtlinie wäre dann aber durchaus damit zu rechnen gewesen, dass das Harmonisierungsverbot der Artt. 149 f. EUV faktisch unterlaufen wird.<sup>19</sup>

Zum einen soll nach der Richtlinie das Herkunftslandprinzip gelten, so dass die Zulassung bzw. Genehmigung eines Anbieters in einem Staat auch für alle anderen EU-Staaten gelten soll. Damit würde aber die in Artt. 149 f. EGV festgeschriebene Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten für die Definition der Bildungs- und Erziehungsziele sowie für die Organisation des Bildungswesens im Ergebnis ebenso leer laufen, wie die staatliche Schulaufsicht. Denn bei konsequenter Anwendung der Richtlinie auf das Bildungswesen könnten die Träger

---

16 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 25.2.2004, KOM(2004) 2 endgültig/2. Diese Richtlinie ist noch nicht verabschiedet.

17 Vgl. Vorbemerkung 16 im Entwurf der Richtlinie.

18 Damit wären gebührenfinanzierte Studiengänge gegebenenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie gefallen.

19 Allgemein hierzu *Fritz*, Auswirkungen der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt auf das Bildungswesen, Hintergrundpapier, erstellt im Auftrag der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, Typoskript, Dezember 2004, abrufbar im Internet unter [www.gew.de/EU-Dienstleistungsrichtlinie.html](http://www.gew.de/EU-Dienstleistungsrichtlinie.html).

von Bildungseinrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ihre Leistungen auch in Deutschland anbieten und unterlägen dabei ausschließlich der Aufsicht des jeweiligen Herkunftsstaates, da die Genehmigung in einem Mitgliedstaat das Recht einschließt, die entsprechende Leistung auch in allen anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft anzubieten.<sup>20</sup>

Zum anderen wäre infolge der unveränderten Übernahme des Kommissionsentwurfes für die Dienstleistungsrichtlinie die bisherige Selektivität der staatlichen Zuwendungen an das Bildungswesen problematisch gewesen. Denn die Bindung dieser Zuwendungen an die Gemeinnützigkeit der Anbieter (§ 74 I SGB VIII) hätte durchaus dazu führen können, dass diese Zuwendungen als „wettbewerbsverfälschende Beihilfe“ angesehen und daher untersagt werden. Im Ergebnis hätte dies aber zu einem regelrechten Privatisierungszwang geführt, weil der Staat andernfalls gezwungen wäre, alle Anbieter von Bildungsdienstleistungen gleichermaßen zu unterstützen: Zwar hätten aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie zunächst nur Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union einen Anspruch darauf, in Deutschland dieselbe finanzielle Unterstützung zu erhalten, wie sie den öffentlichen Schulen gewährt wird. Aufgrund des in Art. 3 I GG verankerten Gleichheitssatzes könnten aber auch inländische Anbieter von Bildungsdienstleistungen mittelbar einen Anspruch auf vergleichbare Zuschüsse geltend machen.<sup>21</sup> Da der Staat angesichts der ohnehin schon übermäßig angespannten Lage der öffentlichen Haushalte schlichtweg nicht in der Lage wäre, diese Last zu tragen, bliebe ihm nur der Ausweg, auch die finanzielle Unterstützung der öffentlichen Schulen zurückzufahren oder gar ganz einzustellen.

Um sicherzustellen, dass zumindest der Besuch der Pflichtschulen insgesamt kostenfrei bleibt und dass die Bürger einen ihrer Begabung entsprechenden Bildungsstand erreichen können wäre in letzter Konsequenz eine vollständige Neuordnung des Systems der Bildungsfinanzierung erforderlich, nach der in Zukunft nicht mehr Institutionen sondern Personen gefördert werden. Obwohl eine solche Reform bildungs- und vor allem wirtschaftspolitisch durchaus sinnvoll erscheint,<sup>22</sup> würde sie im Ergebnis dazu führen, dass die öffentlichen Bildungsein-

---

20 Dabei ist zu beachten, dass die Aufsichtsbehörden des jeweiligen Sitzstaates kaum ein Interesse daran haben, die Tätigkeit der Bildungsdienstleister in anderen EU-Mitgliedstaaten mit zu erwachen.

21 Fraglich wäre dabei allenfalls, ob inländische Anbieter nur dann gleich gestellt werden müssen, wenn sie nach deutschem Recht genehmigt sind. In diesem Fall wären nur die so genannten Ersatzschulen betroffen, deren Bildungsangebot im Wesentlichen mit demjenigen der öffentlichen Schulen übereinstimmt. Diese Beschränkung ließe sich aber gegebenenfalls durch die Gründung ausländischer Tochterunternehmen umgehen.

22 Vgl. dazu etwa *Dohmen/Cleuvers* (Hrsg.), *Nachfrageorientierte Bildungsfinanzierung – Neue Trends für Kindertagesstätte, Schule und Hochschule*, Bielefeld 2002; *dies.* (Hrsg.), *Finanzierung von Weiterbildung und lebenslangem Lernen*, Bielefeld 2003.

richtungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern von Bildungsdienstleistungen stünden und der Einfluss des Staates auf die Inhalte und Werte, die den jungen Menschen in den Schulen vermittelt werden, noch weiter zurück gedrängt würde.

Zwar stand bis zum Abschluss des Manuskriptes für diesen Beitrag noch nicht endgültig fest, ob und in welcher Fassung die Richtlinie tatsächlich beschlossen wird.<sup>23</sup> Allerdings soll in den Vorerwägungen der Richtlinie zum Ausdruck gebracht werden, dass diese nicht auf Leistungen anwendbar sein soll, die der Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung in Erfüllung seiner bildungspolitischen Verpflichtungen nachzukommen, wobei ausdrücklich auf den Unterricht an den öffentlichen und privaten Schulen verwiesen wird.<sup>24</sup> Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang, dass der EuGH bereits vor längerer Zeit ausdrücklich festgestellt hatte, dass der Unterricht an Fachschulen und Universitäten grundsätzlich nicht von der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit erfasst wird,<sup>25</sup> scheint es damit zumindest derzeit unproblematisch, dass das Bildungswesen im eigentlichen Text der Richtlinie nicht ausdrücklich von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen wird. Sollte sich die derzeitige Tendenz zu einer Entstaatlichung des Bildungswesens jedoch fortsetzen, würde sich die Lage mittelfristig wieder anders darstellen.

#### 4. Exkurs: Die GATS-Verhandlungen

Während die „Bolkestein“-Richtlinie auf den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zielt, kommt im Verhältnis zu Drittstaaten dem General Agreement on Trades and Services (GATS) entscheidende Bedeutung zu. Insofern ist zunächst festzuhalten, dass die Europäische Union aufgrund von Art.

---

23 Vgl. dazu auch den geänderten Kommissionsentwurf vom 4.4.2006, KOM(2006) 160. Zur Vorgeschichte vgl. ausführlich Vgl. dazu ausführlich *Schliesky*, Von der Realisierung des Binnenmarktes über die Verwaltungsreform zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht? Die Auswirkungen der geplanten EU-Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, 887, 888 ff.

24 Der Binnenmarkt-Ausschuss des Parlamentes hat sich damit weitgehend an einem Vorschlag des Ausschusses für Kultur und Bildung orientiert. Dieser hatte auch (erfolglos) gefordert, das Herkunftslandsprinzip nicht auf den Hochschulbereich anzuwenden.

25 *EuGH* Slg. 1988, S. 5365 (Humbel); vgl. auch *EuGH* Slg. 1993, S. I-06447 (Wirth). Dabei ist allerdings festzuhalten, dass beiden Entscheidungen die Vorstellung zugrunde lag, dass die Kosten der Ausbildung zum größten Teil aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.

133 EGV für die Verhandlungen innerhalb der WTO zuständig ist. In Bezug auf das Bildungswesen gilt dabei nach wie vor der Einstimmigkeitsgrundsatz.<sup>26</sup>

Bereits 1995 hat die Europäische Union im Rahmen der GATS-Verhandlungen ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt, das Bildungswesen für Anbieter aus Drittstaaten zu öffnen. Das öffentliche Bildungswesen wurde hiervon allerdings bis 2010 ausgenommen und war daher Gegenstand der an sich bis 2005 laufenden nächsten Beratungsrunde der GATS-Verhandlungen.<sup>27</sup> Bis Ende Juni 2002 mussten die WTO-Mitglieder ihre Forderungen gegenüber ihren Handelspartnern geltend machen. Kurz vor Ende dieser Frist hat die Europäische Union von den USA die Marktöffnung im Bereich privat finanzierter höherer Bildungsdienstleistungen verlangt. Dies betrifft die Hochschulen und die berufliche Weiterbildung. Umgekehrt haben zahlreiche Handelspartner der Europäischen Union ihrerseits Forderungen an die Gemeinschaft gestellt. Unter anderem haben die USA, Neuseeland, Japan und Australien von der Europäischen Union eine Marktöffnung im Bereich der Berufsbildung, der Hochschulen und des Testwesens verlangt.<sup>28</sup>

Nach dem Scheitern der WTO-Verhandlungen waren auch diese Verhandlungen im Sommer 2003 zunächst zum Erliegen gekommen. Sie konnten daher nicht termingerecht bis zum Sommer 2005 abgeschlossen werden. Seit einiger Zeit werden allerdings wieder Gespräche geführt. Da diese Gespräche weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, ist das Ergebnis derzeit noch nicht absehbar.<sup>29</sup> Während es im Hochschulbereich möglicherweise beim Status quo bleibt, weil auch die US-Universitäten auf staatliche Subventionen angewie-

---

26 In Art. III-217 des Konventsentwurfes für einen Verfassungsvertrag war zunächst vorgesehen, dass auch in diesem Bereich mit qualifizierter Mehrheit entschieden werden kann. Dieser Vorschlag konnte sich aber im Rat nicht durchsetzen. Art. III-315 der Endfassung des Verfassungsvertrages entspricht daher inhaltlich der geltenden Rechtslage.

27 Vgl. dazu auch *Rux*, PISA und das GATS als Katalysatoren für die Privatisierung des Bildungswesens, RdJB 2003, S. 239 ff.

28 Da die Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt werden, sind die konkreten Forderungen in Deutschland nicht offiziell bekannt gemacht worden. Allerdings hat die Belgische Regierung die Forderungen anderer Staaten an die EU publiziert. Vgl. zu alledem *Enders/Haslinger/Rönz/Scherrer*, GATS-Verhandlungsrunde im Bildungsbereich: Bewertung der Forderungen – Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung, März 2003, sowie *YalHin/Scherrer*, GATS-Verhandlungsrunde im Bildungsbereich Forderungen – Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung, April 2002.

29 Dies gilt auch noch nach der Ministerkonferenz von Hongkong im September 2005, bei der vor allem der Agrarmarkt im Mittelpunkt stand. In Bezug auf den Dienstleistungsbereich, zu dem auch das Bildungswesen gehört, ist die Abschlusserklärung vom 18.12.2005 hingegen sehr allgemein gehalten und verweist im Wesentlichen auf die weiteren Beratungen bis zum für Ende 2006 geplanten Abschluss der Doha-Runde.

sen sind und daher große Vorbehalte gegen eine Marktöffnung haben, wird sich die Europäische Union den Forderungen im Bereich des Testwesens und der Weiterbildung möglicherweise nicht entziehen können. Umgekehrt könnte sie möglicherweise ausländische Märkte für die eigenen Anbieter von beruflichen Weiterbildungsmaßnahmen öffnen. Problematisch erscheint bei alledem vor allem der Umstand, dass die Marktöffnung innerhalb des Systems der WTO unumkehrbar ist.

Sollte es zu einer Einbeziehung des höheren Bildungswesens in das GATS kommen, wären die EU-Mitgliedstaaten im Hochschulbereich de facto zu einem Systemwechsel gezwungen, wenn sie nicht in die Verlegenheit kommen wollen, ausländische Anbieter nach den gleichen Grundsätzen zu fördern, wie die derzeitigen öffentlichen Institutionen. Es gilt insofern nichts anderes, als oben bereits zu den möglichen Folgen der Verabschiedung einer allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie ausgeführt wurde.

Im Bereich der sonstigen Bildungsdienstleistungen könnten sich noch dramatischere Veränderungen ergeben, da US-amerikanische Anbieter von Testverfahren aufgrund ihrer langjährigen Erfahrungen den sich gerade erst entwickelnden Markt für solche Verfahren geradezu aufrollen könnten. Diesem Umstand kommt auch und vor allem deshalb Bedeutung zu, weil es derzeit eine klare Tendenz gibt, die Entscheidung über den Zugang zu höheren Bildungseinrichtungen diesen Einrichtungen selbst zu überlassen, so dass der Abschluss eines bestimmten Bildungsganges nicht mehr automatisch den Zugang zu einem weiteren Bildungs- oder Ausbildungsgang eröffnet.<sup>30</sup> Die aufnehmenden Institutionen müssen aber geeignete Verfahren entwickeln, um aus dem Kreis der Bewerber diejenigen auszuwählen, die für die betreffende Ausbildung am besten geeignet sind. Es liegt nahe, dass sie sich dabei der Hilfe kommerzieller Anbieter von Testverfahren bedienen werden.

Zudem müsste nach einer Einbeziehung des Hochschulwesens in den Anwendungsbereich des GATS möglicherweise die Subventionierung der bestehenden Betreuungs- und Vermittlungsdienste wie z.B. des DAAD eingestellt werden, wenn nicht auch ausländische Anbieter solcher Leistungen von vergleichbaren Subventionen profitieren sollen. Die Steuerungsfähigkeit des Staates würde damit aber drastisch reduziert.

Bei alledem ist jedoch festzuhalten, dass die GATS-Verhandlungen bisher ausschließlich den Bereich der Hochschulen, der Weiterbildung und des Testwesens betreffen, nicht aber das Schulwesen und den Bereich der Kindergärten. Insofern geht von den Verhandlungen über eine Erleichterung des grenzüberschreitenden

---

30 Dies betrifft insbesondere den Zugang zu den Hochschulen.

Verkehrs von Dienstleistungen daher zumindest derzeit auch kein Privatisierungsdruck aus.

## 5. Allgemeine Privatisierungstendenzen im deutschen Bildungswesen

Durch die bisherigen Ausführungen sollte deutlich geworden sein, dass es den Nationalstaaten trotz der fortschreitenden Europäischen Integration und der zunehmenden Liberalisierung der weltweiten Wirtschaftsbeziehungen bisher weitgehend gelungen ist, sich die Hoheit über den Kernbereich des Bildungswesens zu erhalten, nämlich über das Schulwesen. Aber auch auf der Ebene der Hochschulen entscheiden sie nach wie vor weitgehend autonom über Inhalte, Strukturen und Finanzierung der Bildungsinstitutionen.

Dennoch ist in den letzten Jahren auch im Bereich des Bildungswesens eine deutliche Privatisierungstendenz feststellbar. Dies gilt zunächst für den Elementarbereich: Bei der Kinderbetreuung haben die „freien Träger“, zu den insbesondere auch die Religionsgemeinschaften gehören, seit jeher eine große Rolle gespielt. Nachdem die staatlichen und kommunalen Zuschüsse an diese privaten Träger in der Regel unter den Kosten öffentlicher Kindertageseinrichtungen liegen<sup>31</sup> und da es für sie häufig leichter ist, auf Bedarfsänderungen zu reagieren, ist ihr Angebot auch für die Kommunen durchaus attraktiv. Allerdings ergeben sich hier gegebenenfalls erhebliche Probleme, wenn der Besuch des Kindergartens zumindest im letzten Jahr vor dem Schuleintritt obligatorisch werden sollte, da eine solche Kindergartenpflicht grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn der Staat entweder die Bildungs- und Erziehungsziele vorgibt und über ihre Einhaltung wacht oder aber auf andere Weise Einfluss auf das Angebot der Einrichtungen nimmt.

In Bezug auf den Pflichtschulbereich ist zunächst festzuhalten, dass sich die Privatschulen in den letzten Jahren aus vielfältigen Gründen<sup>32</sup> eines immer größeren Zulaufes erfreuen. Dennoch ist der Anteil der Schülerinnen und Schüler, die Privatschulen besuchen, in Deutschland im europäischen Vergleich immer noch relativ niedriger. Weitaus gravierender sind jedoch zwei andere Entwicklungen im Bereich des öffentlichen Schulwesens: Auf der einen Seite wird den Schulen in den meisten Ländern ein immer größerer Spielraum zur eigenverantwortlichen Gestaltung des Unterrichts überlassen, wobei dieser Spielraum nicht nur

---

31 Dies liegt nicht zuletzt daran, dass hier häufig die Eltern ehrenamtlich Aufgaben wahrnehmen, die bei öffentlichen Einrichtungen von Angestellten erledigt werden.

32 In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die vergleichsweise guten Ergebnisse zu verweisen, die Privatschulen bzw. ihre Schüler bei Vergleichsstudien erreicht haben. Zwar nivellieren sich die Leistungsunterschiede bei einer genaueren Analyse zum größten Teil wieder. Es bleibt aber der Umstand bestehen, dass die Eltern hier größeren Einfluss auf das Bildungs- und Erziehungsprogramm haben.

von den Lehrern ausgefüllt wird, sondern auch von gemischten Gremien aus Lehrern, Eltern und Schülern. Zum anderen wird ein immer größerer Teil der Kosten für den Schulbesuch auf die Schüler bzw. ihre Eltern abgewälzt.<sup>33</sup> Man kann daher durchaus von einer „materiellen Privatisierung“ des öffentlichen Schulwesens sprechen.<sup>34</sup>

Noch wesentlich weiter geht dieser Prozess bei der beruflichen Bildung: Hier ist wiederum zu beachten, dass privaten Trägern seit jeher eine größere Bedeutung zukommt als bei den allgemeinbildenden Schulen.<sup>35</sup> Darüber hinaus gibt es mittlerweile in einigen Ländern Bestrebungen, der Wirtschaft einen größeren Einfluss auf die öffentlichen Berufsschulen zu verschaffen.<sup>36</sup> Diese Bestrebungen sind keineswegs nur auf das Bedürfnis zurück zu führen, die Arbeitgeber stärker an den Kosten der Ausbildung zu beteiligen. Vielmehr hat die Wirtschaft aufgrund des steigenden Bedarfs an qualifizierten Fachkräften auch ein erhebliches Eigeninteresse daran, Einfluss auf die Ausbildung zu nehmen. Während der Staat im Moment noch die Verantwortung dafür trägt, dass möglichst jeder junge Mensch eine seiner Begabung entsprechende Bildung und Ausbildung erhält, werden sich die Verhältnisse infolge des demographischen Wandels mittelfristig deutlich verändern, da die Unternehmen in Zukunft wohl darauf angewiesen sein werden, das Arbeitskräftepotential vollständig zu mobilisieren und durch geeignete Aus- und Fortbildungsmaßnahmen dafür zu sorgen, dass die Qualifikation ihrer Beschäftigten mit dem technologischen Wandel mithält.

---

33 Dies betrifft etwa die Kosten für die Beschaffung von Lernmitteln und die Schülerbeförderung. Aber auch sonst sind die Schulen für ihre Arbeit immer mehr auf Fördervereine oder Sponsoren angewiesen.

34 Diese Entwicklung ist im Hinblick darauf nicht unproblematisch, als die Schulen immer noch Teil der öffentlichen Verwaltung sind und schulische Entscheidungen daher einer hinreichenden demokratischen Legitimation bedürfen. Jedenfalls dann, wenn man aus dem Grundsatz der staatlichen Schulaufsicht (Art. 7 I GG und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen) keine Pflicht des Staates herleitet, sich das Letztentscheidungsrecht in allen schulischen Fragen vorzubehalten, spricht aber grundsätzlich nichts dagegen, den Schulen partiell Selbstverwaltungsrechte einzuräumen, vgl. dazu *Rux*, PISA und das GATS als Katalysatoren für die Privatisierung des Bildungswesens, RdJB 2003, S. 239 ff.; *ders.*, Die Schulpflicht und der Bildungs- und Erziehungsanspruch des Staates, RdJB 2002, S. 423 ff.

35 So werden viele Fachschulen von privaten Trägern unterhalten.

36 So sollen die Berufsschulen in Hamburg in eine Stiftung eingebracht werden, in deren Gremien Vertreter der Wirtschaft und der Kammern bestimmenden Einfluss hätten. Auch dies ist im Hinblick auf das demokratische Prinzip und den Grundsatz der staatlichen Schulaufsicht nicht unproblematisch, vgl. dazu *Sterzel*, Entstaatlichung der beruflichen Schulen, Baden-Baden 2004, dessen Ausführungen sich allerdings auf früher, noch weiter reichende Privatisierungspläne des Senates beziehen.



Obwohl die (staatlichen) Hochschulen formal zur öffentlichen Verwaltung gehören und überwiegend vom Staat finanziert werden, heben sie sich durch ihre Selbstverwaltungsbefugnisse seit jeher von den übrigen öffentlichen Bildungseinrichtungen ab. Nachdem es wohl nur noch eine Frage der Zeit ist, bis in Deutschland flächendeckend Gebühren für den Besuch der Hochschulen eingeführt werden, schreitet auch hier der Privatisierungsprozess fort,<sup>37</sup> wobei noch nicht klar ist, in wie weit sich der größere Anteil der Studierenden an der Finanzierung der Hochschulen auf ihre Mitspracherechte in Bezug auf das Angebot dieser Einrichtungen auswirken wird. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es mittlerweile neben den staatlichen Hochschulen eine Vielzahl privater Einrichtungen gibt, die zwar fast durchweg auf öffentliche Zuschüsse angewiesen sind, sich aber dennoch zu einem großen Teil durch die Erhebung von Studiengebühren finanzieren.

Noch größer ist der private Anteil schließlich bei Einrichtungen zur Fort- und Weiterbildung, die zu einem relativ großen Teil nicht einmal gemeinnützig sind. Auch hier zieht sich der Staat zunehmend zurück und überlässt es den privaten Trägern, ein hinreichendes Angebot zu schaffen. Über Zuschüsse zu Qualifizierungsmaßnahmen und die steuerliche Absetzbarkeit der Lehrgangskosten beteiligt er sich allerdings nach wie vor erheblich an der Finanzierung dieser Angebote.

Diese Privatisierungstendenzen im Allgemeinen und die zunehmende Verlagerung der Kosten auf die privaten Nutzer der Bildungsinstitutionen führen – wie bereits deutlich wurde – wiederum mittelbar dazu, dass dem Europäischen Gemeinschaftsrecht auch für den Bereich des Bildungswesen immer größere Bedeutung zukommt, da Bildung jedenfalls außerhalb des Kernbereichs des Pflichtschulwesens immer mehr zu einer ganz normalen Dienstleistung wird, die wie alle anderen Dienstleistungen auch dem Regime des EGV unterliegt.

## 6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass vom Europäischen Gemeinschaftsrecht derzeit kein Privatisierungsdruck auf das deutsche Bildungswesen ausgeht. Dies könnte sich zwar ändern, wenn die so genannte „Bolkestein“-Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt umgesetzt werden sollte. Nachdem die Verhandlungen über diese Richtlinie derzeit noch nicht abgeschlossen sind, ist aber noch nicht absehbar, ob und in wie weit sie sich tatsächlich auf das Bildungswesen auswirken wird. Auch steht noch nicht fest, ob und wie weit das Bildungswesen im Rahmen des GATS für Anbieter aus Drittstaaten

---

37 Besonders weit ist dieser Prozess in Niedersachsen gediehen, wo die Hochschulen mittlerweile in Stiftungen umgewandelt und damit auch formell privatisiert worden sind.

geöffnet werden muss. Zumindest derzeit sind damit allein die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft für die Organisation und Finanzierung des Bildungswesens und dafür verantwortlich, die Bildungs- und Erziehungsziele zu definieren.

Eine ganz erhebliche Veränderung könnte sich allerdings mittelfristig aus der zunehmenden Kommerzialisierung und Ökonomisierung des Bildungswesens ergeben: In dem Maße, in dem Bildung nicht mehr als öffentliches Gut, sondern als wirtschaftlich nutzbare Ressource erscheint, wird die Vermittlung von Kenntnissen, Fertigkeiten und Fähigkeiten zu einer Dienstleistung, die grundsätzlich denselben Regeln unterliegt, wie sie für alle anderen Dienstleistungen auch gelten. Wenn sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft bisher dazu verpflichtet haben, vergleichbare Bildungsabschlüsse gegenseitig anzuerkennen und wenn es den Bürgern der Union aufgrund des geltenden Rechts möglich ist, Bildungsdienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten nachzufragen, dann entspricht es der Logik des Binnenmarktes, dass diese Dienstleistungen in Zukunft auch grenzüberschreitend angeboten werden. Im Hochschul- und Weiterbildungsbereich ist diese Entwicklung heute schon sehr ausgeprägt und es scheint nur eine Frage der Zeit zu sein, bis sie auch den Bereich der Schulen und Kindergärten erfassen wird.

Im Ergebnis könnte dies aber dazu führen, dass der in Art. 7 Abs. 1 GG festgeschriebene Grundsatz der staatlichen Schulaufsicht leer läuft, weil diejenigen Inhalte und Werte, die den Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen in den Institutionen des Bildungswesens vermittelt werden, nicht mehr vom Staat definiert, sondern dem freien Spiel der (Markt-)Kräfte und damit der weitgehend unkontrollierten Einflussnahme durch Dritte überlassen werden. Wenn sich der Staat das Recht erhalten will, über diese Inhalte und Werte zu bestimmen, dann bleibt ihm daher nichts anderes übrig, als die Bildungsinstitutionen (wieder) als Teil der Daseinsvorsorge zu begreifen und insbesondere seiner Verantwortung für die Finanzierung des Bildungswesens gerecht zu werden.

## ***Das Europäische Zentrum für Föderalismus-Forschung, Tübingen***

Seit Beginn des europäischen Integrationsprozesses spielt die Frage nach der künftigen Struktur Europas eine wichtige Rolle. Ein entscheidender Aspekt ist dabei, die föderale Balance zwischen zentralen und dezentralen Elementen zu finden, um die zukünftigen Herausforderungen Europas zu bewältigen. Die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza sowie der Europäische Verfassungsvertrag haben entscheidend zu dem erneuten Aufleben dieser Diskussion beigetragen. Dabei gewinnt die öffentliche Debatte vor allem durch die wachsende Rolle der Länder, Regionen und Autonomen Gemeinschaften sowie der Kommunen als europapolitische Akteure, deren Zahl durch die anhaltenden Regionalisierungs- und Föderalisierungstendenzen in vielen europäischen Staaten weiter zunimmt, an Brisanz.

In diesem Zusammenhang steht die Tätigkeit des **Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung (EZFF)** an der Universität Tübingen. Es begleitet seit 1993 diese Entwicklung und erforscht ihre Hintergründe. Das EZFF ist eine multidisziplinäre Einrichtung, die sich wissenschaftlich und politikberatend mit Fragen des Föderalismus, der Stellung und Rolle von Regionen und der subnationalen Ebenen in Europa beschäftigt. Zur Zeit hat das EZFF folgende Themenschwerpunkte:

1. *Föderalismus als Struktur- und Organisationsprinzip für Staaten (primär in Europa) und die EU, verstanden als Mehrebenensystem (z.B. Effizienz und Demokratie in dezentralen und föderalen Systemen, Aufgabenverteilung und Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag und der EU-Osterweiterung, Entwicklungsperspektiven des Ausschusses der Regionen);*
2. *Regionen als Akteure und Regionalpolitik (z.B. grenzüberschreitende und interregionale Kooperation innerhalb der Europäischen Union, Regional- und Strukturpolitik nach 2007);*
3. *Dezentralisierungs-, Regionalisierungs- und Föderalisierungsprozesse in den Mitgliedstaaten der erweiterten Europäischen Union.*

Das EZFF führt transnationale Forschungsprojekte durch, veranstaltet regelmäßig internationale Konferenzen im In- und Ausland (z. B. Belgien, Österreich, Schweiz, Italien, Ungarn und Schweden) und nimmt Aufträge für Einzelgutachten entgegen. Gleichberechtigt neben der wissenschaftlichen Arbeit steht die Beratungstätigkeit des EZFF für Politik, Verwaltung und Wirtschaft.

Das EZFF gibt verschiedene Publikationen heraus, in denen u.a. Forschungs- und Konferenzergebnisse veröffentlicht werden:

- Das „Jahrbuch des Föderalismus. Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa“ (seit 2000) im NOMOS-Verlag.
- Die Schriftenreihe des EZFF im NOMOS-Verlag.
- Die Serie „Occasional Papers“ (OcP) im Selbstverlag.

Das EZFF legt in seiner Arbeit besonderen Wert auf die Verbindung von Theorie und Praxis, transnationale Kooperationen und die interdisziplinäre Ausrichtung seiner Aktivitäten. Das EZFF betreut ein europaweites Netzwerk von Föderalismusforschern und Praktikern, die sich mit Fragen des Föderalismus beschäftigen. Das EZFF gehört der International Association of Centres for Federal Studies (IACFS) an, einer wissenschaftlichen Vereinigung, in der wissenschaftliche Institute aus aller Welt zusammengeschlossen sind, die sich schwerpunktmäßig mit Fragen der Föderalismus-Forschung befassen.

Das EZFF wird von mehreren Professoren der Universität Tübingen, die verschiedenen Fakultäten angehören, geleitet. Die laufenden Arbeiten werden durch die Wissenschaftliche Koordinatorin und weitere Mitarbeiter betreut.

Nähere Auskünfte bei:

**Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (EZFF)**

**Ass. iur. Annegret Eppler, M.A.**

**Wissenschaftliche Koordinatorin**

**Nauklerstr. 37a**

**D-72074 Tübingen**

**Tel.: +49(0)7071-29 77 368**

**Fax: +49(0)7071-92 28 76**

**E-Mail: [ezff@uni-tuebingen.de](mailto:ezff@uni-tuebingen.de)**

**Website: [www.uni-tuebingen.de/ezff](http://www.uni-tuebingen.de/ezff)**

***Jahrbuch des Föderalismus des Europäischen Zentrums für Föderalismus  
Forschung bei der NOMOS Verlagsgesellschaft, Baden-Baden:***

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2000.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2000. ISBN 7890-6621-4, € 85,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2001.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2001. ISBN 7890-7288-5, € 76,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2002.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2002. ISBN 3-7890-8024-1, € 76,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2003.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2003. ISBN 3-8329-0212-0, € 76,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2004.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2004. ISBN 3-8329-07744-2, € 76,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2005.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2005. ISBN 3-8329-1427-7, € 79,-

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.):  
**Jahrbuch des Föderalismus 2006.** Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.  
Baden-Baden 2006. ISBN 3-8329-2147-8, € 76,-

Die Bände des Jahrbuch des Föderalismus des Europäischen Zentrums für  
Föderalismus-Forschung (EZFF) sind über den Buchhandel oder direkt bei der  
NOMOS Verlagsgesellschaft, Vertrieb, D-76520 Baden-Baden zu beziehen.  
(E-mail: [NOMOS@nomos.de](mailto:NOMOS@nomos.de) oder Fax: +49 (0)7221/ 21 04-27).

***Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung bei der NOMOS Verlagsgesellschaft, Baden-Baden:***

- Band 1: **KNIPPING, Franz** (Ed.), Federal Conceptions in EU-Member States. Traditions and Perspectives, 1994,  
ISBN 3-7890-3663-3, € 45,-
- Band 2: **HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Europäische Bildungspolitik und die Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips, 1994,  
ISBN 3-7890-3656-0, € 28,-
- Band 3: **RAICH, Silvia**, Grenzüberschreitende und interregionale Zusammenarbeit in einem "Europa der Regionen". Dargestellt anhand der Fallbeispiele Großregion Saar-Lor-Lux, EUREGIO und "Vier Motoren für Europa" - Ein Beitrag zum Europäischen Integrationsprozeß, 1995,  
ISBN 3-7890-3657-9, € 34,-
- Band 4: **ALEN, André**, Der Föderalstaat Belgien, Nationalismus - Föderalismus - Demokratie. Mit dem Text der neuen Belgischen Verfassung, 1995,  
ISBN 3-7890-3791-5, € 20,50
- Band 5: **STURM, Roland** (Hrsg.), Europäische Forschungs- und Technologiepolitik und die Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips, 1996,  
ISBN 3-7890-4149-1, € 28,-
- Band 6: **WEBER-PANARIELLO, Philippe A.**, Nationale Parlamente in der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Studie zur Beteiligung nationaler Parlamente an der innerstaatlichen Willensbildung in Angelegenheiten der Europäischen Union im Vereinigten Königreich, Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland, 1995,  
ISBN 3-7890-4120-3, € 45,-  
*Dieser Band wurde 1996 mit dem Wissenschaftspreis des Deutschen Bundestages für Arbeiten zum Parlamentarismus ausgezeichnet.*
- Band 7: **KINSKY, Ferdinand/KNIPPING, Franz** (Eds.), Le "fédéralisme personnaliste" aux sources de l'Europe de demain. Der personalistische Föderalismus und die Zukunft Europas, Hommage à Alexandre Marc, 1996,  
ISBN 3-7890-4190-4, € 44,-
- Band 8: **HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Europäischen Union - Erfahrungen und Perspektiven, 1995,  
ISBN 3-7890-4142-4, € 28,-
- Band 9: **COLLIER, Ute / GOLUB, Jonathan / KREHER, Alexander** (eds.), Subsidiarity and Shared Responsibility: New Challenges for EU Environmental Policy, 1997,  
ISBN 3-7890-4647-7, € 35,-
- Band 10: **AGRANOFF, Robert** (Ed.), Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States, 1999,  
ISBN 3-7890-6395-9, € 34,-

- Band 11: **AMMON, Günter** et al. (Ed.), Föderalismus oder Zentralismus? Europas Zukunft zwischen dem deutschen und dem französischen Modell, 1996, ISBN 3-7890-4446-6, € 34,-
- Band 12: **SCHULTZE, Claus J.**, Die deutschen Kommunen in der Europäischen Union - Europa-Betroffenheit und Interessenwahrnehmung, 1997, ISBN 3-7890-4830-5, € 34,-
- Band 13: **STRAUB, Peter / HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Die europapolitische Rolle der Landes- und Regionalparlamente in der Europäischen Union, 1998, ISBN 3-7890-5219-1, € 40,-
- Band 14: **STURM, Roland / WEINMANN, Georg** (eds.), The Information Society and the Regions in Europe. A British-German Comparison, 2000, ISBN 3-7890-7007-6, € 45,-
- Band 15: **MÄNNLE, Ursula** (Hrsg.), Föderalismus zwischen Konsens und Kooperation. Tagungs- und Materialienband zur Fortentwicklung des deutschen Föderalismus, 1998, ISBN 3-7890-5490-9, € 45,-
- Band 16: **KRETSCHMER, Otto / HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Standortpolitik und Regionalisierung in Europa. Probleme - Kompetenzen - Lösungen, 1999, ISBN 3-7890-6083-6, € 37,-
- Band 17: **HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Europapolitik und Bundesstaatsprinzip. Die "Europafähigkeit" Deutschlands und seiner Länder im Vergleich mit anderen Föderalstaaten, 2000, ISBN 3-7890-6541-2, € 37,-
- Band 18: **STUDENT, Thomas**, Die europäische Herausforderung – Grenzüberschreitende Kooperation im Wettbewerb der Regionen. Zusammenarbeit an der deutsch-niederländischen Grenze im Rahmen der Ems Dollart Region und der Neuen Hanse Interregio, 2000, ISBN 3-7890-6546-3, € 43,-
- Band 19: **STURM, Roland / KROPP, Sabine** (Hrsg.), Hinter den Kulissen von Regierungsbündnissen. Koalitionspolitik in Bund, Ländern und Gemeinden, 1999, ISBN 3-7890-6393-2, € 43,-
- Band 20: **TEUFEL, Erwin / PERLOT, Enzo** (Hrsg.), Starke Regionen für ein Starkes Europa - Dokumentation des zweiten deutsch-italienischen INTERREGIO-Forums, 2000, ISBN 3-7890-6939-6, € 28,-
- Band 21: **JOHNE, Roland**, Die deutschen Landtage im Entscheidungsprozess der Europäischen Union. Parlamentarische Mitwirkung im europäischen Mehrebenensystem, 2000, ISBN 3-7890-6797-0, € 66,-
- Band 22: **HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Political Parties and Federalism. An International Comparison, 2004, ISBN 3-8329-0914-1, € 44,-

- Band 24: **EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Hrsg.)**,  
Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert, 2003,  
ISBN 3-7890-8306-2, € 36,-
- Band 25: **HRBEK, Rudolf / NETTESHEIM, Martin (Hrsg.)**, Europäische Union und  
mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002,  
ISBN 3-7890-7881-6, € 48,-
- Band 26: **ZIMMERMANN-STEINHART, Petra**, Europas erfolgreiche Regionen.  
Handlungsspielräume im innovativen Wettbewerb, 2003  
ISBN 3-8329-0367-4, € 48,-
- Band 27: **HRBEK, Rudolf (Hrsg.)**, Außenbeziehungen von Regionen in Europa und der Welt –  
External Relations of Regions in Europe and the World, 2003  
ISBN 3-8329-0382-8, € 55,-

Die Bände der Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-  
Forschung (EZFF) sind über den Buchhandel oder direkt bei der NOMOS  
Verlagsgesellschaft, Vertrieb, D-76520 Baden-Baden zu beziehen.  
(E-mail: [NOMOS@nomos.de](mailto:NOMOS@nomos.de) oder Fax: ++49 (0)7221/ 21 04-27).



## ***OCCASIONAL PAPERS***

Hrsg. vom Europäischen Zentrum für Föderalismus-Forschung (EZFF), Tübingen:

- Nr. 1: **STURM, Roland**, Economic Regionalism in a Federal State: Germany and the Challenge of the Single Market, 1994, 24 Seiten, ISBN 3-980 3672-0-7, € 2,-
- Nr. 2: **HAVERLAND, Markus**, Europäische Integration im Spannungsverhältnis von Zentralisierung und Dezentralisierung, 1995, 37 Seiten, ISBN 3-980 3672-1-5, € 2,-
- Nr. 3: **FECHTNER, Detlef**, Abschied vom kompensatorischen Föderalismus, 1995, 56 Seiten, ISBN 3-980 3672-2-3, € 3,-
- Nr. 4: **SCHÖBEL, Norbert**, Der Ausschuß der Regionen, 1995, 48 Seiten, (vergriffen; siehe Nr. 17)
- Nr. 5: **GROSSE HÜTTMANN, Martin**, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – eine Dokumentation, 1996, 140 Seiten, (vergriffen)
- Nr. 6: **ILLÉS, Iván**, Carpathian (Euro)Region, 1996, 36 Seiten, ISBN 3-9803672-6-6, € 4,-
- Nr. 7: **HORVÁTH, Gyula**, Transition and Regionalism in East-Central Europe, 1996, 59 Seiten, ISBN 3-9803672-7-4, € 4,-
- Nr. 9: **HANNOWSKY, Dirk/RENNER, Andreas**, Subsidiaritätsprinzip, Bürger-souveränität und Ordnungswettbewerb. Ordnungstheoretische Überlegungen zur Ausgestaltung einer präferenzkonformen Ordnung Europas, 1996, 54 Seiten, ISBN 3-9803672-4-X, € 4,-
- Nr. 10: **KROPP, Sabine**, Dezentralisierung und Transformation in Rußland, 1996, 49 Seiten, ISBN 3-9803672-8-2, € 4,-
- Nr. 11: **STURM, Roland**, Strategien intergouvernementalen Handelns. Zu neueren Tendenzen des Föderalismus in Deutschland und den USA, 1996, 24 Seiten, ISBN 3-9803672-9-0, € 3,-
- Nr. 13: **HRBEK, Rudolf** (Hrsg.), Regionen und Kommunen in der EU und die Regierungskonferenz 1996, 1996, 80 Seiten, ISBN 3-9805358-0-0, € 4,-
- Nr. 14/1: **LOB, Harald/OEL, Matthias**, Informationsgesellschaft und Regionen in Europa. Wirtschafts- und regionalpolitische Aspekte der Europäischen Informationsgesellschaft, 1997, 23 Seiten, ISBN 3-9805358-1-9, € 3,-
- Nr. 14/2: **STURM, Roland/ WEINMANN, Georg**, Challenges of the Information Society to the Regions in Europe. A Research Agenda, 1997, 33 Seiten, ISBN 3-9805358-5-1, € 4,-

- Nr. 15: **MÜHLBACHER, Georg**, Italien zwischen institutioneller Reform und Föderalismus, 1999, 99 Seiten, ISBN 3-9805358-9-4, € 6,-
- Nr. 17: **SCHÖBEL, Norbert**, Der Ausschuß der Regionen, 1997, ISBN 3-9805358-2-7;  
**SCHÖBEL, Norbert**, The Committee of the Regions, 1997, ISBN 3-9805358-3-5;  
**SCHÖBEL, Norbert**, Le Comité des Régions, 1997, 70 Seiten, ISBN 3-9805358-4-3, € 5,-
- Nr. 18: **BLANCKE, Susanne/SCHMID, Josef**, Die aktive Arbeitsmarktpolitik der Bundesländer im Vergleich - Programme, Konzepte, Strategien, 1998, 71 Seiten, ISBN 3-9805358-6-X, € 4,-
- Nr. 19: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Grenzübergreifende Kooperation im östlichen Mitteleuropa. Beiträge zu einem politik- und regionalwissenschaftlichen Symposium an der TU Chemnitz, 1998, 162 Seiten, ISBN 3-9805358-7-8, € 6,-
- Nr. 20: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Transformationsprozesse im südlichen Mitteleuropa - Ungarn und Rumänien. Beiträge zu einem politik- und regionalwissenschaftlichen Symposium an der TU Chemnitz, 1999, 172 Seiten, ISBN 3-9805358-8-6, € 6,-
- Nr. 21: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Entwicklungsstrategien in Nordosteuropa – Baltikum und Finnland. Beiträge zu einem politik- und regionalwissenschaftlichen Symposium an der TU Chemnitz, 2000, 209 Seiten, ISBN 3-9806978-1-9, € 7,-
- Nr. 22: **HRBEK, Rudolf (Hrsg.)**, Die Osterweiterung der Europäischen Union. Problemfelder und Lösungsansätze aus deutscher und ungarischer Sicht, 2000, 185 Seiten, ISBN 3-9806978-0-0, € 7,-
- Nr. 23: **MARHOLD, Hartmut**, Föderale Strukturen Für Europa? Aktuelle Beiträge zur Debatte in Frankreich, 2000, 91 Seiten, ISBN 3-9806978-2-7, € 4,-
- Nr. 24: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Zwischenbilanz der EU-Osterweiterung – Slowenien, Slowakei. Tschechien als Beispiele, 2001, 142 Seiten, ISBN 3-9806978-3-5, € 5,-
- Nr. 25: **BLANKE, Hermann-Josef**, Der Ausschuss der Regionen. Normative Ausgestaltung, politische Rolle und verwaltungsorganisatorische Infrastruktur, 2002, 81 Seiten, ISBN 3-9806978-4-3, € 4,-

- Nr. 26: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Europäische Integrationsbestrebungen auf politischer und regionaler Ebene – Tschechien und Polen, 2002, 163 Seiten, ISBN 3-9806978-5-1, € 5,-
- Nr. 27: **NEUSS, Beate/JURCZEK, Peter/HILZ, Wolfram (Hrsg.)**, Die MOE-Staaten vor dem EU-Beitritt Chancen und Probleme aus politik- und regionalwissenschaftlicher Sicht. Beiträge zu einem politik- und regionalwissenschaftlichen Symposium an der TU Chemnitz, 2003, 211 Seiten, ISBN 3-9806978-6-x, € 7,-
- Nr. 28 **HRBEK, Rudolf/EPPLER, Annegret (Hrsg.)**, Deutschland vor der Föderalismus-Reform – Eine Dokumentation, 2003, 149 Seiten, ISBN 3-9806978-7-8, € 3,-
- Nr. 29 **FÖRSTER, Stephan/LAMBERTZ, Karl-Heinz (Hrsg.)**, Small is beautiful, isn't it? Herausforderungen und Perspektiven kleiner (glied)staatlicher Einheiten. Beiträge zur Konferenz in Eupen am 31. Januar 2004, 71 Seiten, ISBN 3-9806978-8-6, € 4,-
- Nr. 30 **FÖRSTER, Stephan**, Das politische System des Kantons Schaffhausen. Akteure, Institutionen und Entscheidungsprozesse in einem Kleingliedstaat, 2005, 179 Seiten, ISBN 3-9806978-9-4, € 8,-
- Nr. 31 **HRBEK, Rudolf/EPPLER, Annegret (Hrsg.)**, Die unvollendete Föderalismus-Reform, Eine Zwischenbilanz nach dem Scheitern der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Dezember 2004, 2005, 182 Seiten, ISBN 3-9810143-0-8, € 5,-
- Nr. 32 **BÖTTGER, Katrin**, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa. Erfolge und Misserfolge der Kooperation am Beispiel der EUREGIO (Rhein-Ems-Ijssel), der Euregio Maas-Rhein und der Euroregion Neisse-Nisa-Nysa, 2006, 139 Seiten, ISBN 3-9810143-1-6, € 6,-
- Nr. 33 **SANDER, Gerald G./BECKER, Georg**, Aktuelle Probleme der Daseinsvorsorge unter Europäischen Aspekten, 2006, 154 Seiten, ISBN-10: 3-9810143-2-4, ISBN-13: 978-3-9810143-2-7, € 7,-

Occasional Papers können Sie über den Buchhandel beziehen oder direkt bestellen. Bitte kreuzen Sie dazu die gewünschten Titel auf der Liste an und senden das Formular an:

Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (EZFF)  
 z.Hd. Frau Katrin Böttger, M.A.  
 Nauklerstraße 37 A  
 D-72074 Tübingen

Oder Sie senden das Formular per Fax an das EZFF:

Fax: +49 / (0)7071 / 92 28 76

Schließlich können Sie auch über unsere Homepage bestellen:

<http://www.uni-tuebingen.de/ezff>