



Oliver Tiegelkamp (Autor)

Evaluierung der "Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie)"

- Folgenabschätzung der seit 2002 geltenden getrennten Buchführungspflichten für alle in verschiedenen Geschäftsbereichen privilegierten Unternehmen mit Bezügen zum deutschen Recht -



Oliver Tiegelkamp

Evaluierung der
"Richtlinie über die Transparenz der
finanziellen Beziehungen zwischen den
Mitgliedstaaten und den öffentlichen
Unternehmen sowie über die finanzielle
Transparenz innerhalb bestimmter
Unternehmen (Transparenzrichtlinie)"



Cuvillier Verlag Göttingen

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/2468>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

1. Teil: Entwicklung und Inhalt der Transparenzrichtlinie

A. Einführung

I. Anlaß für den Erlass der Transparenzrichtlinie

Durch die nur schwer durchschaubaren und vielschichtigen finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und deren öffentlichen Unternehmen war es der Kommission der Europäischen Gemeinschaften¹ bereits Mitte der 70er Jahre nahezu unmöglich, versteckte oder teilweise sogar offen gewährte Beihilfen zu erkennen². Das aus dieser Vielschichtigkeit erwachsene Mißtrauen der Kommission gegenüber öffentlichen Unternehmen wurzelt in ihren Erfahrungen aus der Praxis, denn die finanzstarken öffentlichen Hände waren immer wieder und nahezu jederzeit³ dazu im Stande ihren öffentlichen Unternehmen finanzielle Rückendeckung durch Zuwendungen aller Art zu gewähren, die sie regelmäßig⁴ nicht unmittelbar am marktwirtschaftlichen Wettbewerb als vielmehr an politischen Motiven ausgerichtet hatten. Durch solche dem allgemeinen Genehmigungsvorbehalt unterliegende und damit verbotene Beihilfen verschaffen sich öffentliche Unternehmen gegenüber ihren privaten Konkurrenten erhebliche Wettbewerbsvorteile und bewirken so Verzerrungen des freien Wettbewerbs.

Aus diesem Grund befürchtet die Kommission seit jeher nicht erkennbare Mittelzuweisungen zwischen der öffentlicher Hand und ihren öffentlichen Unternehmen, die außerhalb jeglicher Kontrollmechanismen liegen und, mangels Verpflichtung der öffentlichen Hand eine Art konsolidierten Abschluß vorzulegen, unentdeckt bleiben. Vergleichbare Zuwendungen rein privater Unternehmen einer einzelnen Gruppe untereinander sind hingegen durch die umfassenden Vorschriften im Rahmen der Anfertigungspflicht von Konzernabschlüssen bei jeder Überprüfung erkennbar.

Im Kern will die Kommission somit einerseits die ungleiche Behandlung öffentlicher und privater Unternehmen verhindern und andererseits die Anwendung der Beihilfenvorschriften des EGV gewährleisten, denn das in der Vergangenheit häufig praktizierte Verhalten mancher Mitgliedsstaaten⁵, die Mittelflüsse an und zwischen öffentlichen Unternehmen zu verschleiern, ist mit den Zielsetzungen des EGV ohne Frage unvereinbar.

¹ Nachfolgend schlicht Kommission.

² Vgl. den 6. Bericht über die Wettbewerbspolitik der *Kommission*, 1976, Rn. 275; *Brothwood*, The Commission Directive on transparency of financial relations between Member States and public undertakings, in: CMLR, 1981, S. 210; *Wilms*, Das europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996, S. 52; ausdrücklich auch in der Präambel der Richtlinie, 4. Grund, siehe unten auf S. 37.

³ Auch wenn man davon ausgeht Staaten seien nicht konkursfähig, so sind die öffentlichen Unternehmen privater Rechtsform (etwa 50%) dies schon, was den Mittelfluß begrenzt.

⁴ Aus der ökon. Erkenntnis, daß Politiker kaum wissen wie ihre Entscheidungen wirken u. durch falsche Anreize suggerieren, öfftl. Unt. müßten sich wie private verhalten, vgl. *Siebert*, Der Kobra-Effekt. Wie man Irrwege der Wirtschaftspolitik vermeidet, 2001, S. 11.

⁵ Siehe dazu Beispiele im Generalbericht von *Deringer*, Equal treatment of public and private enterprises, in: FIDE, Copenhagen 1978, Vol. 2, 1.27 – 1.30. Deringer hatte darauf hingewiesen, daß öffentliche Unternehmen in Dänemark Steuerbefreiungen und in Frankreich vielfältige staatliche Zuwendungen mit der Folge erhielten, daß sie günstigere Preise als private Unternehmen anbieten könnten.

Zwar dürfen die Mitgliedsstaaten ihre öffentlichen Unternehmen schon nach der Konzeption des EGV in die Wirtschafts- und Sozialpolitik einbinden¹, allerdings müssen geplante Beihilfen gemäß Artikel 88 Absätze 2 und 3 EGV² zuvor notifiziert werden, eine Vorschrift, die auch auf öffentliche Unternehmen Anwendung findet³. Im Praxisalltag der Kommission hatte sich aber herausgestellt, daß der Staat im Gewande des Unternehmers über vielfältige Möglichkeiten verfügt den durch ihn beherrschten Unternehmen Hilfen aller Art zu gewähren, die gerade nicht vorab notifiziert wurden.

Manche Mitgliedsstaaten beriefen sich auf ihre Stellung als Eigentümer der öffentlichen Unternehmen und qualifizierten Zuwendungen der öffentlichen Hand oder Zuwendungen der öffentlichen Unternehmen untereinander als einen rein internen Vorgang auf Grund dessen öffentliche Unternehmen grundsätzlich der Beihilfenkontrolle durch die Kommission entzogen seien. Im Rahmen dieses juristischen Kunstgriffs wurde lange Zeit argumentiert⁴, öffentliche Hand und öffentliche Unternehmen seien wettbewerbsrechtlich als universelle Einheit zu betrachten und eine Zuwendung in diesem Verhältnis könne daher keine Beihilfe im Sinne des europäischen Beihilfenrechts darstellen⁵. Auf diese bemerkenswerte Weise rechtfertigte sich zum Beispiel Frankreich gegenüber dem Vorwurf, es verstoße mit seiner Verstaatlichungsgesetzgebung und den vielfältigen darin geregelten staatlichen Zuschußmodellen offen und fortwährend gegen den EGV und entziehe sich durch ein undurchsichtiges Geflecht komplizierter Unternehmensverästelungen bewußt der Beihilfenkontrolle⁶.

Die Kommission hatte in ihren Reaktionen auf solche Rechtfertigungen immer wieder mit Nachdruck klargestellt, eine Kontrolle des gesamten Wettbewerbsverhaltens öffentlicher Unternehmen und aller Mittelströme sei

¹ Vgl. bereits an dieser Stelle EuGHE, 1982, III, S. 2577. Auf die Klage gegen die Kommission nach Erlass der Transparenzrichtlinie wird detailliert ab S. 50 eingegangen.

² Zu beachten ist, daß seit dem 01.05.1999 gemäß Artikel 12 des Vertrages von Amsterdam eine vollständige Umnummerierung des EGV in Kraft getreten ist. Diese wird in vorliegender Arbeit der besseren Übersicht wegen *auch rückwirkend* auf alle von mir genannten Artikel des EGV vollzogen, da die häufig zu lesende Übung vieler Autoren, in Klammern die aktuelle Fassung zu ergänzen, nach nun vier Jahren neuer Fassung überholt erscheint. Demnach finden sich im Folgenden grundsätzlich (außer in Titeln von Aufsätzen und Zitaten) keine Numerierungen alter Zählart. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird auf die Übereinstimmungstabelle zum EGV 'Maastrichter gegenüber Amsterdamer Fassung' zu Beginn des Sartorius II verwiesen.

³ Auf die einschlägigen Rechtsgrundlagen werde ich sogleich unter A.III. eingehen.

⁴ Mit einer meines Erachtens nach schon vor dem Hintergrund der bloßen Existenz des Artikels 86 Absatz 1 EGV kaum nachvollziehbaren Begründung.

⁵ Da der Staat an sich selbst leiste.

⁶ Vgl. die Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 16.1.1982, in der die zu geringe Höhe einer Entschädigung als verfassungswidrig gerügt worden war. Zur deutschen Übersetzung vgl. EuGRZ, 1982, S. 115 ff. Dazu auch *Coing*, Zur Nationalisierung in Frankreich, in: Wertpapiermitteilungen, 1982, S. 378 ff.; *Schuster*, Rechtsprobleme von Unternehmensverstaatlichungen – dargestellt am Nationalisierungsprojekt Frankreich, in: Die Aktiengesellschaft, 1982, S. 1 ff.

schon deshalb dringend geboten, damit vereinzelte Mitgliedsstaaten sich nicht durch Verstaatlichungsmaßnahmen der Aufsicht entziehen könnten¹.

Auf den Punkt gebracht kann man die von staatspolitischem Liberalismus geprägten Bedenken der Kommission in den 70er Jahren, in Zeiten sozialistischer Zielvorstellungen einzelner Mitgliedsstaaten und damit einhergehender Verstaatlichung², als tief greifende Angst beschreiben, die Bereitstellung öffentlicher Mittel für öffentliche Unternehmen könnte sich in einem wachsenden und unkontrollierbaren Dunkelfeld administrativer Vorgänge abspielen. Dies hätte bei einer großflächigen Ausbreitung des nicht kontrollierten öffentlichen Wirtschaftssektors nach Ansicht der Kommission zu einem „Europa der Subventionen“ geführt³ und in Verbindung mit der Fortsetzung des vereinzelt aufgetretenen mitgliedstaatlichen Monopolisierungsstrebens das „freie Spiel der Marktkräfte“ nachhaltig gestört⁴. Einzig die umfassende Kontrolle des Näheverhältnisses zwischen Staat und seinen öffentlichen Unternehmen soll Gewähr dafür bieten die Gefahr vertragswidriger und von außen nur schwer erkennbaren Einflußnahmen zu verhindern⁵.

Nach alledem mußte die Kommission ein Instrumentarium zur Beihilfenkontrolle erschaffen, das zwar selbst noch keine Aussagen darüber trifft inwieweit einzelne Maßnahmen als Beihilfen zu verstehen oder erkannte Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind, der Kommission aber die Grundlage für eine stichhaltige Überprüfung liefert, ob sie ein Beihilfekontrollverfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EGV einleiten soll. Aus diesem Grund wurde 1980 die *Transparenzrichtlinie*⁶ erlassen.

Zuvor ließ die Kommission einen Entwurf über eine die nötige Transparenz gewährleistende Richtlinie ausarbeiten⁷, aufgrund dessen 1978⁸ und 1979 Kontakte mit den Mitgliedsstaaten und Interessenvertretern⁹ öffentlicher Unternehmen aufgenommen wurden¹⁰.

¹ Vgl. *Hahn*, Verstaatlichung und gemeinsamer Markt - die französischen Nationalisierungsvorhaben aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: FIW- Schriftenreihe, Heft 101, Köln, 1982, S. 15 ff..

² Die nach der Rechtslage des EGV grundsätzlich zulässig sind, vgl. zu den Grenzen *Hailbronner*, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht, in: NJW, 1991, S. 598 m.w.N..

³ Vgl. *Ress*, Transparenzrichtlinie, 1983, S. 603.

⁴ Vgl. *Ehricke*, Some preliminary remarks on the limitations of European Competition Law, in: *World Competition and Economics World Review* 1990, S. 79.

⁵ Gewissermaßen im Sinne einer *conditio sine qua non*, vgl. *Lecheler*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: *BayVbl.*, 1994, S. 559 ff. m.w.N..

⁶ Richtlinie der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Richtlinie 80/723/EWG vom 25.06.1980 a.F.). Abgedruckt im *Sartorius II* unter Ordnungsnummer 169 (n.F.). Dazu ausführlich unten ab S. 36.

⁷ Vgl. den 7. Bericht über die Wettbewerbspolitik der *Kommission*, 1977, Rn. 271.

⁸ Bis dahin beschäftigte sich die Kommission mit der ihr durch Artikel 86 Absatz 3 EGV zugewiesenen Aufgabe kaum, weshalb die Vorschrift bis dahin als „sleeping beauty“ bezeichnet wurde, vgl. *Pappalardo*, in: *ECLR*, 1991, S. 30.

⁹ Auf Europaebene der Europäische Verband für öffentliche Wirtschaft` (CEEP).

¹⁰ Vgl. den 8. Bericht über die Wettbewerbspolitik der *Kommission*, 1978, Rn. 251.

Schon bei der Namensgebung hatte die Kommission den heute bei Reformern und Kritikern gleichermaßen beliebten und enorm populären Ruf nach mehr Transparenz vorhergesehen¹.

Termini wie Durchsichtigkeit, Erkennbarkeit und Offenlegung sind in Zeiten nebulöser Kamarillawirtschaft in der Politik und weltweiter Finanzskandale mehr denn je Zauberworte der Gegenwart. Ob Parteispandensandal in Deutschland, geschlossener Rücktritt der Kommission in Brüssel oder verfälschende Bilanzierungspraktiken von Enron und WorldCom unter Mithilfe der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Anderson in den USA: Das Prinzip monetärer Transparenz erlebt eine Renaissance. Doch rechtfertigt der Ruf nach mehr Transparenz alle Mittel zur Erreichung dieses Ziels?

Nachdem die Transparenzrichtlinie seit nunmehr gut 20 Jahren besteht erscheint es angezeigt, daß man sich die Entwicklung und den tatsächlichen Nutzen für die Europäische Union erneut vergegenwärtigt. Eine Evaluierung ist schon deshalb sinnvoll, weil die Kommission im Jahre 2000 tief greifende Ergänzungen der Ursprungsrichtlinie vorgenommen hat.

II. Bedeutung für öffentliche Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland

In Bezug auf die BRD wird neben der Fortentwicklung der Transparenzrichtlinie auf europäischer Ebene von Bedeutung sein, wie sich die seit einigen Jahren ideologisch angeheizte Diskussion um die rechtliche Position kommunaler Unternehmen² im Gefüge einer marktwirtschaftlichen Ordnung entwickeln wird³. Die in der jüngeren Landesgesetzgebung vorherrschenden unterschiedlichen Ansätze zum Gemeindefinanzrecht der Gemeindeordnungen verdeutlichen, daß sich einiges im Umbruch zu befinden scheint. So konnten sich beispielsweise die für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden lähmend auswirkenden verschärften⁴

¹ Die Richtlinie wird daher auch als „transparenzrechtliches Urgestein“ bezeichnet, vgl. *Brenner*, Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen, 39. Bitburger Gespräche, September 2001, I. Abschnitt.

² „Staatliche Mittel“ sind auch Mittel der Kommunen, vgl. EuGH, in: EuZW, 1998, S. 473.

³ Vgl. z.B. *Wieland*, Kommunalwirtschaftliche Betätigung unter veränderten Wettbewerbsbedingungen, in: *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?*, 1998, S. 193; *Hellermann*, Kommunale Wirtschaft in einem wettbewerblichen Umfeld, in: *Der Städtetag*, 1998, S. 523 ff.; *Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand, 1987, S. 91 ff. m.w.N..

⁴ Vgl. zur verschärften Schrankentrias § 85 I GO Rheinland-Pfalz, nach der sich Kommunen nur dann wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht mindestens *gleich gut* oder *gleich wirtschaftlich* durch einen Privaten erfüllt werden kann. Der VerfGH Rheinland-Pfalz hat diesen Nachrang des kommunalen Unternehmens gebilligt und in einem Normenkontrollverfahren festgestellt, die Subsidiaritätsklausel greife zwar in das Selbstverwaltungsrecht ein, verletze jedoch bei bilanzierender Bewertung dessen Kernbereich nicht, denn der Zweck der Bestimmung stütze sich auf sachgerechte Erwägungen des Gemeinwohls. Vor allem und noch interessanter aber: Es wurde der Subsidiaritätsklausel drittschützender Charakter zuerkannt; vgl. DVBl, 2000, S. 992 ff.; dazu umfassend zur Entwicklung der Rspr. m.w.N. *Neutz*, Gemeindefinanzrecht – Verschärfte Subsidiaritätsklausel und Berichtspflicht sind mit der Verfassung von Rheinland-Pfalz vereinbar, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2000, S. 280.

Subsidiaritätsklauseln gegenüber den gelockerten¹ Subsidiaritätsklauseln politisch nicht durchsetzen, was die Gemeinden vermehrt zu wirtschaftlicher Betätigung in Konkurrenz zu privaten Unternehmen anspornen wird. Sollte die mittels der gelockerten Subsidiaritätsklauseln bewußt eingeleitete Entwicklung gemeindegebietsüberschreitender² wirtschaftlicher Betätigung fortschreiten, entstünden umsatzstarke öffentliche Verbundunternehmen im Wettbewerb mit Privatunternehmen, auf die ab einer bestimmten Größenordnung die noch darzustellenden Offenlegungspflichten der Transparenzrichtlinie anzuwenden wären. Diese Entwicklung wird vor dem Hintergrund aktiver Liberalisierung³ durch die Kommission insbesondere dann bedeutsam, wenn sich die gegenwärtig stattfindende Auseinandersetzung über die zukünftige Position der öffentlichen Wirtschaft - möglicherweise durch den EuGH - wieder mehr zu Gunsten öffentlicher Unternehmen wendet⁴, wenn also den öffentlichen Unternehmen, wie *Püttner* polarisiert, die Fesseln durch Politik und nationaler Rechtsprechung abgenommen würden:

„Waren es früher die privaten Unternehmen, die Gleichbehandlung im Wettbewerb einforderten, so sind es nun die öffentlichen Unternehmen, die gleiche Chancen im liberalisierten Markt verlangen“⁵.

Damit bringt er eine aktuelle Debatte auf den Punkt, die notwendige Folge fortgeschrittenen europäischen Liberalisierungsstrebens ist⁶.

Nachdem staatliche Monopole durch Bezugnahme auf das allgemeine Diskriminierungsverbot, das *allen* Marktteilnehmern ungehinderten Zugang zu den Märkten gewährt, unter Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts aufgebrochen wurden, müßte dieses Gebot grundsätzlich nun auch in den Fällen Beachtung finden, in denen öffentliche gegenüber privaten Unternehmen schlechter gestellt werden.

¹ Vgl. zur gelockerten Schrankentrias z.B. §§ 107 Absatz 1 Nr. 3 a.E., 108 Absatz 1 GO NRW oder §§ 101 Absatz 1 Nr. 3, 102 Absatz 1 GO Schleswig-Holstein, nach der sich die Gemeinden wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen *nicht besser* oder *wirtschaftlicher* erfüllt werden kann. Interessant in dem Zusammenhang ist die Bestätigung seiner st. Rspr. durch den BGH zur „Gelsengrün“ Entscheidung des OLG Hamm, DVBl, 1998, S. 792 ff. und der „Altauto“ Entscheidung des OLG Düsseldorf, in: NVwZ, 2000, S. 111, in denen ein Abwehrenspruch aus § 1 UWG i.V.m. § 107 Absatz 1 GO NRW im Sinne einer Konkurrenzschutzklausel zugesprochen wurde, obwohl das BVerwG und der BGH die drittschützende Wirkung der einschlägigen GO-vorschriften in st. Rspr. verneinten (BVerwGE, 39, S. 329; BGH, in: BB, 1965, S. 392 „Blockeis II“): BGH, in: GRUR, 2002, S. 825 ff.; vgl. zu dem Gesamtproblem ausführlich, auch zum Makel der Sittenwidrigkeit, zur Funktionssperre und der subj. Schutzklausel, mit pro und contra: *Pagenkopf*, Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden – Grenzen für die Grenzzieher?, in: GewArch, 2000, S. 177 ff..

² Vgl. zur Auslegung des Örtlichkeitsprinzips und der Entwicklung landesrechtlicher Regelungen: *Heintzen*, Zur Tätigkeit kommunaler Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, in: NVwZ, 2000, S. 743 ff.; *Kühling*, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, in: NJW, 2001, S. 177 ff. m.w.N. zur prinzipiellen Zulässigkeit vs. kommunaler Kooperationspflicht.

³ Speziell im kommunalen Bereich: Energieversorgung, Abfallentsorgung und ÖPNV.

⁴ Vgl. *Eberl/Kese*, Zur Bedeutung der EG Beihilfenaufsicht für eine moderne, kommunale Wirtschaftsförderung, in: DVP, 2003, S. 51 ff..

⁵ Vgl. *Püttner*, Rspr. zur Position öffentlicher Unternehmen, in: ZögU, 2001, S. 486.

⁶ Vgl. dazu die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der GÖW zur Weiterentwicklung des Gemeindegewirtschaftsrechts, in: ZögU, 2001, S. 190 ff..

Doch zunächst werden die im Umfeld der Transparenzrichtlinie befindlichen Rechtsgrundlagen auf Europäischer Ebene dargestellt, die als Fundament nachstehender Erörterungen von Bedeutung sind.

Bis ins Jahr 2000 wurde die Richtlinie dreimal ergänzt, sie war Gegenstand mehrerer EuGH- Entscheidungen, zahlreicher Mitteilungen und erfährt bis heute nachhaltigen Widerstand seitens der öffentlichen Unternehmen samt zugehöriger Interessenverbänden, die sich allesamt davor scheuen Finanzströme offen legen zu müssen. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des EuGH sieht es bislang aber nicht danach aus, als habe der Widerstand Aussicht auf Erfolg. Fraglich bleibt jedoch, ob dem zuzustimmen ist.

III. Überblick über die einschlägigen Rechtsgrundlagen

Materiellrechtlicher Ausgangspunkt für den Erlass der Transparenzrichtlinie sind die Artikel 86 und 87 ff. EGV.

1. Artikel 86 EGV

Artikel 86 normiert als einzige sich direkt auf öffentliche Unternehmen beziehende Vorschrift des EGV die grundsätzliche Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts der Artikel 81 bis 89 EGV:

„Art. 86 (Öffentliche und monopolartige Unternehmen)

(1) Die Mitgliedsstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

(3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedsstaaten.

a) Zielbestimmung

Der EuGH sieht die wesentliche Zielbestimmung des Artikels 86 EGV in der Erschaffung und Aufrechterhaltung eines gemeinschaftsweit unverfälschten Wettbewerbs, der nicht zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen differenziert¹.

¹ Vgl. EuGHE, 1976, I, S. 461, „Hoffmann La Roche“; EuGHE, 1993, I, S. 2533ff, „Corbeau“. Insoweit unbestritten.

Die sich im Rahmen der angeordneten Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen aufdrängende Frage warum der EGV trotz weit reichender Liberalisierung noch immer in Form des Artikels 86 EGV ausdrücklich zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen differenziert und dort zur Wahrung der Wettbewerbsvorschriften nicht aber zur Reduzierung der öffentlichen Unternehmen auffordert, läßt sich durch die grundlegende Wertentscheidung des Artikels 295 EGV beantworten, der ausdrücklich bestimmt, daß der EGV die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt läßt¹. Dennoch wird die Existenzberechtigung öffentlicher Unternehmen innerhalb des freien Wettbewerbs in Konkurrenz zu privaten Unternehmen seit jeher bestritten, woran auch die nachträgliche Einführung des Artikels 295 EGV nichts geändert hat. Die nachfolgende Darstellung der konträren Interessenlagen ist wichtig für das Verständnis der Transparenzrichtlinie. Letztlich geht es um den altbekannten Streit über die zwei großen divergierenden wirtschaftspolitischen Ansätze zur effizienten Umsetzung freier Marktwirtschaft.

b) Öffentliche Unternehmen in der Marktwirtschaft

Zwar verhält sich der EGV gegenüber öffentlichem und privatem Eigentum neutral² und überläßt es jedem Mitgliedsstaat selbst ein gemischtes System öffentlicher und privater Unternehmen zu unterhalten oder im Lauf der Zeit zu errichten³. Auf diese Weise müssen die Mitgliedsstaaten weder öffentliche Unternehmen in Privateigentum zurückführen noch sind Verstaatlichungen von privaten Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des EGV unzulässig⁴.

Aber unstreitig ist auch, daß dieses unbeschränkte Eigentumsrecht öffentlicher Unternehmen nicht schrankenlos gewährleistet werden darf.

Genau an dieser Stelle – der Frage der Beschränkung des Eigentumsrechts der Mitgliedsstaaten – treffen die konträren Interessenlagen der Fürsprecher öffentlicher und privater Unternehmen aufeinander.

¹ An keiner Stelle des Europäischen Primärrechts findet sich nämlich, wie teilweise ohne tragfähige Begründung behauptet wird, eine mittelbare oder unmittelbare Pflicht zur Privatisierung, vgl. *Basedow*, Von der Deregulierung zur Privatisierung, in: Festschrift für Helmrich, 1994, S. 779; somit ist die Eigentumszuordnung vollständig den MS überlassen.

² Was auch als „begrenzte eigentumspolitische Neutralität“ von denen verstanden wird, die die Tragweite des Art. 295 EGV für vielfach überschätzt halten, vgl. *Schmidt*, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, in: *Biernat*, Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, S. 231 f..

³ Vgl. dazu grundlegend *EuGHE*, 1974, S. 430, „Sacchi“, st. Rspr.; zuletzt etwa *EuGHE*, I, 1991, S. 2957, „ERT“; *EuGHE*, I, 1994, S. 5104 f., „Crespelle“; *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: *VVDStRL*, 1995, S. 262 m.w.N.; *Badura*, Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, in: *ZGR*, 1997, S. 295 f..

⁴ Allerdings würde eine fortschreitende Verstaatlichung der Unternehmen natürlich dann gegen den EGV verstoßen, wenn dadurch die freie Marktwirtschaft als dessen Geschäftsgrundlage betroffen wäre, vgl. *Ress*, Die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften und den öffentlichen Unternehmen, in: *FS Constantinesco*, S 602.

(1) Widerstreitende Positionen

Folgende zwei Gruppen gegensätzlicher Argumentationsstränge lassen sich unterscheiden:

Die einen erkennen das Eigentumsrecht der Mitgliedsstaaten formell an, leiten aus dem allgemeinen europäischen Wettbewerbsrecht jedoch teleologisch die alles überragende Zielsetzung ab, daß öffentliche Unternehmen mit der marktwirtschaftlichen Grundordnung unvereinbar und daher generell zu privatisieren seien. Die anderen halten die Existenz öffentlicher Unternehmen in einer Marktwirtschaft, jedenfalls solange ganz bestimmte Bedingungen erfüllt sind, ordnungspolitisch für unbedenklich¹.

Die *Gegner* öffentlicher Unternehmen vertreten schon seit langer Zeit die Meinung öffentliche Unternehmen seien überflüssig und hätten in der Marktwirtschaft nichts verloren. Diese Auffassung hat ihren Ursprung in der Annahme, daß öffentliche Unternehmen als Instrumente des Staates – und damit der Politik – zur Beeinflussung von Marktprozessen genutzt werden.

Solche Eingriffe in das Marktgeschehen wurden bereits vom 'Urvater' neoklassischer Ökonomen, Adam Smith, solange kein unabweisbarer Bedarf bestehe, abgelehnt². So solle sich der Staat nicht in das einmischen, was die Natur auf Grund der ökonomischen Gesetze von selbst besorge. Denn nur das freie Spiel der Kräfte innerhalb eines freien Wettbewerbs führe zu höchster Effizienz³. Ein optimales Marktergebnis könne insoweit nur dann erzielt werden, wenn der Wettbewerb und die Allokation von Ressourcen nicht durch staatliche Interventionen in Gestalt von Begünstigungen oder Beschränkungen beeinträchtigt würden. Dies gelte sowohl für staatliche Eingriffe in den Wettbewerb unter Privaten allgemein und erst Recht für die das freie Spiel der Kräfte verzerrende Unterhaltung eigener öffentlicher Unternehmen⁴.

Diese grundlegenden Gedanken machen sich die Vertreter privater Unternehmen noch heute zu eigen und formulieren daraus Thesen wie:

„In einer Marktwirtschaft gewährleistet der Staat das Gemeinwohl vorrangig dadurch, daß er einen geeigneten Wettbewerbsrahmen schafft, ohne darüber hinaus in den Markt generell oder mittels eigener Unternehmen selbst einzugreifen. Andere Funktionen hat der Staat nicht zu gewährleisten.“⁵

Insoweit ist, folgt man dieser Extremauffassung, die wirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand schon vom Grundsatz her unzulässig⁶.

¹ Vgl. *Pieroth/Hartmann*, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentl. Hand, in: DVBl, 2002, S. 421 ff.. Daher bestehe auch kein Schutz vor öffentl. Konkurrenz.

² Vgl. *Smith*, Der Reichtum der Nationen, Band 2, 1910, S. 160.

³ Vgl. m.w.N. *Kruse*, Geschichte der Volkswirtschaftlichen Theorien, 4. Aufl., 1959, S. 57.

⁴ Vgl. *Smith*, ebenda, S. 194.

⁵ Vgl. BDI-Broschüre „Deckmantel Daseinsvorsorge, Vorfahrt für die Privatwirtschaft – Vorteil für die Verbraucher“, 2000, S. 14.

⁶ Vgl. *BDI*, ebenda, S. 15 f..

Auch die Wirtschaftsministerkonferenz in der BRD scheint auf kommunalpolitischer Ebene in diese stark neoliberal geprägte Richtung einzulenken, wenn sie

„... mit wachsender Sorge feststellt, daß Kommunen vermehrt in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Unternehmen treten und dadurch vor allem kleine und mittlere Unternehmen verdrängt und gefährdet werden... .

Die Wirtschaftsministerkonferenz fordert die Innenministerkonferenz auf, für den Vorrang privatwirtschaftlicher Tätigkeit auf kommunaler Ebene zu sorgen. Insbesondere sollten in der kommunalaufsichtlichen Praxis bei der Beurteilung der Zulässigkeit kommunaler Aktivitäten, die in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten stehen oder stehen könnten, mittelstandspolitische Interessen das gebotene Gewicht erhalten.

Notwendig ist ferner eine restriktive Auslegung des kommunalen Wirtschaftsrechts im Vollzug sowie eine effektive Kommunalaufsicht, die die geltenden rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für kommunale Unternehmen im Einzelfall tatsächlich durchsetzt.¹“

Als weiteres deutsches Fallbeispiel sei auf den Liberalisierungsstreit im öffentlichen Bankengewerbe hingewiesen, der im Ergebnis unter dem Deckmantel europäischen Beihilfenrechts zu einer Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen und dem zwangsweisen Rückzug der Staates durch Verkauf seiner Eigentumsanteile aus dem deutschen Bankgeschäft geführt hat. Am 26.01.2001 hatte die Kommission nämlich der Bundesregierung mitgeteilt, daß sie die bestehenden Haftungsverpflichtungen für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Form von Anstaltslast² und Gewährträgerhaftung³ als staatliche Beihilfen betrachte⁴, die nicht mit dem europäischen Beihilferecht zu vereinbaren seien⁵.

In den mehrmonatigen Verhandlungen mit der Kommission ging es dann plötzlich vornehmlich um die Rolle des Staates und der öffentlichen Banken im Wirtschaftsleben. Sogar die OECD meldete sich zu Wort und erklärte:

„There are no convincing reasons, however, why banks, especially those operating in commercial markets, should be government owned at all, given that meritorious services could also be commissioned with private banks. Hence, state-owned banks should be privatised“⁶.

¹ Vgl. Beschluß der Wirtschaftsministerkonferenz v. 17., 18. Mai 2000, in: DStGB Aktuell, Nr. 21 vom 26.05.2000, S. 20; siehe auch zur Privatisierungsprüfungspflicht in § 7 BHO. Ferner § 1 II BW-Mittelstandsförderungsg, der Privatisierung als ständige Aufgabe sieht.

² Anstaltslast bezeichnet die Verpflichtung des Trägers, das jeweilige Unternehmen für die gesamte Dauer seines Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen, wodurch der Konkursfall für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute durch eine unbegrenzte Nachschußpflicht praktisch ausgeschlossen wird, vgl. Wettbewerbsenquete, Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe vom 18.11.1968, BT-Drucks. V/3500, S. 47.

³ Bei der Gewährträgerhaftung handelt es sich um die auf Gesetz oder Satzung beruhende unmittelbare und summenmäßig unbeschränkte Haftung einer Gebietskörperschaft oder eines öffentlich-rechtlichen Verbandes gegenüber den Gläubigern, vgl. dieselbe, ebenda.

⁴ Zum Begriff der Beihilfe siehe unten auf S. 18 m.w.N. aus der Literatur in Fn. 1 und 3.

⁵ Vgl. Pressemitteilung der Kommission, IP/01/119; Gärtner, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb öffentlich rechtlicher Kreditinstitute, in: ZBB, 1998, S. 6 ff..

⁶ Vgl. OECD, in: Economic Survey of Germany, Paris 2001, S. 10 f..