

**Zeitschrift:** Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur  
**Herausgeber:** Gesellschaft Schweizer Monatshefte  
**Band:** 83 (2003)  
**Heft:** 10

**Artikel:** Service public und europäischer Binnenmarkt : Rückkehr der Staatswirtschaft  
**Autor:** Möschel, Wernhard  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-166937>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 29.04.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Service public und europäischer Binnenmarkt

## Rückkehr der Staatswirtschaft?

*Die Frage nach dem Stellenwert der öffentlichen Unternehmen hängt mit dem Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und Wettbewerb zusammen. Das bisherige Gemeinschaftsrecht optiert zwar für mehr Markt, räumt aber den Mitgliedstaaten grosse Spielräume für Ausnahmen zugunsten von gemeinwohlorientierten Staatsbetrieben ein.*

**Wernhard Möschel**

Nach dem grossen politischen Umbruch in den Jahren 1989/1990 sprach mein Lehrer Ernst-Joachim Mestmäcker mit Blickrichtung mittel-osteuropäische Transitionsländer von einer *«Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts»*. Es ist nicht ohne Ironie: 13 Jahre später kann man auf einem ordnungspolitischen Symposium mit Blickrichtung EG die Frage nach der Rückkehr der Staatswirtschaft stellen.

Die Debatte um eine Wirtschaftsverfassung, die in Deutschland seit den Zwanzigerjahren geführt wird, findet ihre Entsprechung auf europäischer Ebene. Seit dem Vertrag von Maastricht umfasst die Tätigkeit der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ausdrücklich eine Wirtschaftspolitik, die dem *«Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist»* (Art. 4 Abs. 1 Europäischer Gemeinschaftsvertrag, EGV). Art. 98 EGV wiederholt das noch einmal. Art. 4 Abs. 2 EGV und Art. 105 Abs. 1 EGV sprechen diesen Grundsatz im Zusammenhang mit der europäischen Währungspolitik aus. Nach Art. 3 Abs. 3 des Konventsentwurfs zu einem Verfassungsvertrag für Europa strebt die Union *«eine in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft an»*.

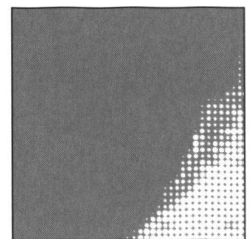
Einige sprechen hier von einer Systementscheidung für eine Marktwirtschaft. Ich plädiere diesbezüglich eher für Zurückhaltung. Es könnte sich um blosser Programmsätze handeln, ohne präzise zugeordnete Rechtsfolgen. Dafür spricht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur gesetzlich geregelten Buchpreisbindung in Frankreich vom 3. Oktober 2000. Auf das Vorbringen, eine solche

Regelung stehe nicht im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, antwortete das Gericht, dies seien *«keine Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten klare und unbedingte Verpflichtungen auferlegen, auf die sich die Einzelnen vor den nationalen Gerichten berufen können. Es handelt sich dabei nämlich nur um einen allgemeinen Grundsatz, dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordert, die in die Zuständigkeit des Gesetzgebers oder der nationalen Verwaltung fallen»*.

Auf der anderen Seite ist im wesentlichen unstreitig, dass dem EG-Vertrag als Regelungssubstrat eine Wirtschaft zugrunde liegt, die im Ausgangspunkt als eine verkehrswirtschaftliche, eine marktwirtschaftliche verstanden wird. Die Grundidee eines zu verwirklichenden gemeinsamen Marktes, des Binnenmarktes, ist nur von dieser Basis her verständlich. Die vier Grundfreiheiten, die dem Einzelnen verfassungsgestützte subjektive Rechte gewähren, belegen dies ebenso wie die flankierend hinzutretenden Wettbewerbsregeln, einschliesslich der Beihilfenvorschriften. Art. 86 Abs. 1 EGV lässt zwar öffentliche Unternehmen zu, sie haben sich indes ohne Privilegien den Bedingungen freier Märkte zu unterwerfen. Daraus hat sich bekanntlich eine breite Deregulierungswelle entwickelt, von Banken und Versicherungen über den Verkehr und die Telekommunikation bis hin zur leitungsgebundenen Energieversorgung. Juristisch und politökonomisch abgestützt war diese Bewegung von Art 86 Abs. 3 EGV. Danach kann die Kommission auf diesem Felde, gestützt auf eine eigene, verfassungs-

Wernhard Möschel ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Universität Tübingen. (wernhard.moeschel@uni-tuebingen.de)

Der vorliegende Beitrag ist ein Auszug aus einem umfangreicheren Artikel, der bei der Redaktion angefordert werden kann.



---

**Öffentliche  
Unternehmen haben  
sich ohne Privilegien  
den Bedingungen  
freier Märkte  
zu unterwerfen.**

---

gleiche Ermächtigungsgrundlage, *«erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richten»*. Sie muss nicht den Umweg über den Ministerrat als das eigentliche Legislativorgan der Gemeinschaft nehmen. Dies ist der marktfördernde Impuls. Es gibt aber auch hemmende Relativierungen, und das Bild ist insgesamt diffus.

Dies beginnt mit dem Sondersektor der Agrarwirtschaft, dem die knappe Hälfte der EG-Ausgaben zugeordnet ist, reicht über Art. 295 EGV, wonach die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt bleibt – dies hat die dann rasch gescheiterten Sozialisierungen zu Beginn des ersten Septennats von Mitterrand in Frankreich gemeinschaftsrechtlich möglich gemacht –, bis hin zu einer deutlichen Zunahme des Diskretionären/Politischen auf Gemeinschaftsebene. Am Anfang stand hier die Einheitliche Europäische Akte unter dem «dynamischen» EG-Präsidenten Jacques Delors. Eine erweiterte politische Zuständigkeit wurde damals in der Industriepolitik, in der Forschung und Entwicklung und bei den transeuropäischen Netzen begründet. Ungewiss sind die Handlungsmöglichkeiten, die sich seit dem Vertrag von Amsterdam aus der Zuständigkeit der Gemeinschaft für die *«Beschäftigung»* ergeben (Art. 125 f. EGV). Ungeklärt ist weiter das Handlungspotential, das die Art. 138/139 EGV für die Tarifvertragsparteien schaffen. Sollte dies zum Ausgangspunkt für ein europäisches Tarifvertragssystem werden, so kann man manche Reformhoffnung, die sich mit der Europäischen Währungsunion verband, zu Grabe tragen. Eine solche Entwicklung höhlt namentlich die Legitimation des Gemeinschaftshandelns über das Recht, nämlich über die Gemeinschaftsverträge, vollends aus. Das vielbeklagte demokratische Defizit ist hier besonders spürbar.

#### Was sind gemeinwohlorientierte Leistungen?

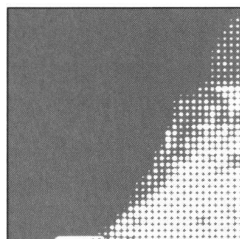
Die Kommission kennt einen weiten Begriff der Leistungen der Daseinsvorsorge oder gemeinwohlorientierter Leistungen. Dies sind marktbezogene und nicht markt-

bezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden der Mitgliedstaaten mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Art. 86 Abs. 2 EGV ist demgegenüber sehr viel enger: Er erfordert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Ausgeschlossen werden nichtwirtschaftliche Tätigkeiten, wirtschaftliche Tätigkeiten, die kein Gemeinwohlinteresse widerspiegeln, und, aus dem Sachzusammenhang heraus, Tätigkeiten rein lokaler/regionaler Art ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug.

#### Träger öffentlicher Dienstleistungen

Der deutsche Begriff der Daseinsvorsorge ist historisch belastet. Er ist 1938 von Ernst Forsthoff geprägt worden und geht über Art. 86 Abs. 2 EGV hinaus. Gleiches gilt für die französische Lehre vom *Service public*, die diesem eine *«dimension humaine majeure»* zuweist. Für die Definition jener wirtschaftlichen Dienstleistungen, die tatsächlich im Allgemeininteresse liegen, sind zunächst die Mitgliedstaaten zuständig. Überlegungen, mit denen man konstitutive Regulierungen begründet, etwa die Funktionsfähigkeit von Privatautonomie und Wettbewerb, gehen allerdings zu weit. Sie können zu einer Art «Klo-Theorie» führen, wie ich das einmal genannt habe. Vom Frühstück über das Toilettenpapier bis hin zur Wasserspülung – zweckmässig in dieser Reihenfolge –, überall wären wir mit Staatsaufgaben konfrontiert. Die Kommission übt bei der Definition gemeinwohlorientierter Leistungen nur eine Missbrauchskontrolle nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit aus. Der Charakter des Art. 86 Abs. 2 EGV als einer Ausnahmvorschrift wurde insoweit geschwächt. Die Liste der Tätigkeiten, die diese Hürde genommen haben, ist lang.

Die Mitgliedstaaten können die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse selbst erbringen oder die Aufgabe öffentlichen oder privaten Unternehmen übertragen. Dies richtet sich weitgehend nach den Traditionen eines Mitgliedslandes. Für das Gemeinschaftsrecht



ist das alles Sachverhalt. Fällt der Versorgungsauftrag in den Anwendungsbereich einer EG-Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge, so sind die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zu beachten, namentlich die Gebote der Transparenz und der Offenheit des Verfahrens.

Auch ausserhalb dieser Richtlinien sind einschlägige Grundsätze des EG-Vertrages zu berücksichtigen, im Wesentlichen die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr und über die Niederlassungsfreiheit. Hinzu treten die Grundsätze der Transparenz – anhand objektiver Kriterien ist zu bestimmen, wann eine Verpflichtung zur Bekanntgabe der Vergabe besteht –, der Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit.

### Zwischen Souveränität und Marktöffnung

Die Mitgliedstaaten können selbst entscheiden, wie die gemeinwirtschaftlichen Leistungen finanziert werden sollen: durch finanzielle Direkthilfe aus dem Staatshaushalt (Subventionen oder Steuervergünstigungen), durch die Gewährung besonderer oder ausschliesslicher Rechte, z.B. ein gesetzliches Monopol, durch Beiträge von Marktteilnehmern, wie z.B. Universaldienstfonds oder durch Erhebung gleich hoher Gebühren trotz beträchtlichen Kostenunterschieden.

Ein Ausgleich darf nur in Höhe echter Mehrkosten erfolgen. Teilweise gibt es dabei sektorspezifische Rechtsvorschriften. Dann sind diese einzuhalten. Im Übrigen ist zu unterscheiden, ob die Höhe eines Ausgleichs im Wege einer Ausschreibung ermittelt werden kann, oder ob sie vorweg bestimmt ist. Im ersten Fall gilt eine Vermutung, dass der ermittelte Ausgleich einem «Marktpreis» entspricht, falls einige Voraussetzungen erfüllt sind (der betreffende Markt ist wirtschaftlich umkämpft, das Ausschreibungsverfahren hat zu einem echten Wettbewerb geführt, der Zuschlag wurde dem Unternehmen erteilt, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt). Bei fehlender Ausschreibung orientiert man sich an Kostenkonzepten. Am ehesten tauglich ist dabei noch ein Vergleichs-

marktkonzept. Die Prüfung der Proportionalität von wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen zugunsten öffentlicher Unternehmen ist das Kernstück in der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV. Auf der einen Seite geht es darum, dass die Erfüllung der besonderen Aufgaben nicht verhindert wird.

Auf der andern Seite soll das Gemeinschaftsinteresse an möglichst offenen und wettbewerblichen Märkten gewahrt werden. Treffend hat man gesagt, es handle sich um eine Funktionsgarantie zugunsten legitim definierter Vorsorgeleistungen, aber nicht um eine Bestandesgarantie überkommener Strukturen. Immer bleibt zu fragen, ob eine Leistung in offenen und wettbewerblichen Formen nicht mindestens so gut erbracht werden könnte.

Den dahinterstehenden Konflikt hat der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium auf den Punkt gebracht: *«Im Kern geht es in dieser Diskussion um den alten Gegensatz von Politik und Markt. Er äussert sich in der Europäischen Gemeinschaft als Gegensatz von staatlicher Souveränität und vorrangiger Geltung des Gemeinschaftsrechts. Es wäre aber mit dem Grundgedanken der Gemeinschaft und den für den Binnenmarkt und das Wettbewerbssystem geltenden Rechtsgrundsätzen unvereinbar, die Entscheidungen über Einrichtung und Ausgestaltung der öffentlichen Dienste allein den Regierungen der Mitgliedstaaten zu überlassen.»*

Die hier zum Verhältnis von Service public, bzw. Daseinsvorsorge und Marktöffnung auf europäischer Ebene angestellten Überlegungen lassen sich in drei Sätzen zusammenfassen: Wir befinden uns in einem sowohl juristisch als auch politökonomisch sumpfigen Gelände. Es besteht kein Anlass zu schrillen Kassandraruhen. Ständige Wachsamkeit ist geboten. ■

---

**Immer bleibt  
zu fragen, ob eine  
Leistung in  
wettbewerblichen  
Formen nicht  
mindestens so gut  
erbracht werden  
könnte.**

---

