

Diskussionsgrundlage

zur 35. ordentlichen Hauptversammlung
des Deutschen Städtetages
vom 12. – 14. Mai 2009
in Bochum

24.04.2009

Telefon +49 30 37711-0
Durchwahl 37711-600
Telefax +49 30 37711-609

E-Mail
jens.lattmann@staedtetag.de

Bearbeitet von

Jens Lattmann, Dez. VI
Folkert Kiepe, Dez. V
Dr. Manfred Wienand, Dez. VII

Aktenzeichen

73.06.52 E

Forum E: Starke öffentliche Infrastruktur – Rückgrat der wirtschaftlichen Entwicklung

Mittwoch, 13. Mai 2009

15:00 Uhr – 17:00 Uhr

Veranstaltungsort:

RuhrCongress Bochum, Tagungsraum 1

Einführung:

Dr. Gerhard Langemeyer, Oberbürgermeister der Stadt Dortmund

Moderation:

Franz Haug, Oberbürgermeister der Stadt Solingen

Podium:

Staatssekretär Dr. Jens Baganz, Ministerium für Wirtschaft,
Mittelstand und Energie des Landes NRW

Prof. Dr. Johannes Hellermann, Universität Bielefeld

Dr. Martin Kleemeyer, Verbandsdirektor Zweckverband
Großraum Braunschweig

Dr. Johannes Kramer, Geschäftsführer Städt. Kliniken Bielefeld

Betreuung:

Barbara Leutner, Hauptreferentin beim Deutschen Städtetag

I. Ausgangslage

Die Bereitstellung einer ortsnahe sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und technischen Infrastruktur – so ist es im Grundgesetz festgelegt – liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Städte. Sie können über ihre örtlichen Angelegenheiten selbst entscheiden. Im Rahmen dieser hervorgehobenen Stellung der Städte nehmen sie die Interessen der Bürger/-innen und der örtlichen Wirtschaft auf und orientieren sich am Gemeinwohl. Gerade in der Finanz- und Wirtschaftskrise sind die Städte und ihre Einrichtungen Garanten dafür, dass die Bürger/-innen mit wichtigen öffentlichen Dienstleistungen versorgt werden. Dabei machen die Infrastrukturangebote der Städte – hier sind neben den sog. harten Standortfaktoren wie z. B. die Verkehrsinfrastruktur auch die sog. weichen Faktoren wie Bildung und Kultur, Wohnumfeld, öffentlicher Raum und Freizeitangebot zu nennen – die Qualität eines Standortes aus. Diese Infrastrukturangebote sind nicht nur für das Funktionieren des Wirtschaftsstandortes, sondern der Gesellschaft insgesamt von grundlegender Bedeutung.

Entgegen dieser bedeutenden Verantwortung der Städte sind ihre Handlungsmöglichkeiten bei der Sicherung der Infrastruktur im Rahmen der Daseinsvorsorge in den letzten Jahren zunehmend ausgehöhlt worden. Dies betrifft zum einen die finanziellen Handlungsmöglichkeiten. Städtische Investitionen in wichtigen Infrastrukturbereichen mussten unterbleiben oder verschoben werden, da die Städte zwar immer mehr Aufgaben übernehmen sollen, eine adäquate finanzielle Ausstattung jedoch unterbleibt.

Des Weiteren sind sowohl national als auch europäisch auch für die Leistungen der Daseinsvorsorge Rahmenbedingungen gesetzt worden, die das ökonomische Prinzip in den Vordergrund stellen, damit an kurzfristiger Rentabilität ausgerichtet sind und die Interessen der Allgemeinheit sowie gesellschaftliche Teilhabe und soziale Integration vernachlässigen. So höhlt die fortschreitende Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes die Handlungsmöglichkeiten für die Bereitstellung und Aufrechterhaltung öffentlicher Infrastruktur in den Städten vor allem durch das europäische Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht aus. Die Leitlinie der europäischen Politik ist dabei auch für Leistungen der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen von allgemeinem Interesse) der Wettbewerbsgedanke. Auch die Regelungen des – noch nicht abschließend ratifizierten – Lissabon-Vertrages, der den Kommunen eine stärkere Stellung in Europa verleiht, haben an der einseitig auf Wettbewerb ausgerichteten Politik der EU keine Änderungen bewirken können. Gemeinwohlverpflichtungen – wie sie die Städte bei ihren Dienstleistungen im Rahmen der lokalen Demokratie zum Wohl der Bürger erfüllen – spielen dabei nur eine untergeordnete Rolle.

Insbesondere schaffen die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betreffenden Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages vielfältige Abgrenzungsschwierigkeiten zu den nationalen Regelungen, die in Deutschland zum Teil in der Zuständigkeit der Länder liegen. Dabei ergibt sich häufig eine Unvereinbarkeit der EU-Regelungen und der Länderregelungen – beispielsweise wenn ein Sektor von europäischer Ebene in den Wettbewerb gestellt wird, die städtischen Unternehmen an diesem Wettbewerb aufgrund der Regelungen in den Gemeindeordnungen aber nicht teilnehmen können. Gleichzeitig berücksichtigen die europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln nicht ausreichend, dass die Kommunen Flexibilität bei der Entscheidung brauchen, wie sie die von ihnen gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern verantworteten Leistungen erbringen lassen. Dies schließt das Recht auf Eigenerbringung und interkommunale Zusammenarbeit ein.

II. Analyse in ausgewählten Bereichen

Der EG-Vertrag unterscheidet – im Gegensatz zum deutschen Recht, das nur den einheitlichen Begriff der Daseinsvorsorge kennt – zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen in allgemeinem Interesse. Während das deutsche Kommunalwirtschaftsrecht, das heißt die Gemeindeordnungen der Länder, also für beide Typen von Daseinsvorsorgeleistungen gilt, ist der EG-Vertrag mit seinen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln nur für wirtschaftliche Dienstleistungen einschlägig. An verlässlichen, dem kommunalen Handeln Rechtsicherheit vermittelnden Unterscheidungskriterien zwischen beiden Dienstleistungstypen fehlt es jedoch. Ebenso fehlt es an Kriterien zur Beurteilung der Frage, wann eine wirtschaftliche Dienstleistung binnenmarktrelevant ist und wann nicht.

Die vielfältigen Formen interkommunaler Zusammenarbeit in Deutschland – von der Übertragung der Erledigung einzelner öffentlicher Aufgaben von einer Kommune auf eine andere durch öffentlich-rechtlichen Vertrag bis hin zur Bildung von Zweckverbänden mit mehreren Kommunen als Mitgliedern – werden von der europäischen Ebene im Grundsatz als vergabebedürftige Leistungen begriffen und nur im Ausnahmefall – im Wesentlichen beschränkt auf Zweckverbände – ausschreibungsfrei gestellt, während sie in nationalem Maßstab als innerstaatlicher Organisationsakt angesehen werden.

Während das deutsche Kommunalwirtschaftsrecht davon ausgeht, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge von den Kommunen oder von kommunalen Unternehmen in Form eines lokalen Monopols erbracht werden und deshalb Beschränkungen unterworfen werden müssen, geht der EG-Vertrag davon aus, dass solche Leistungen von der kommunalen Ebene verantwortet, aber nicht unbedingt erbracht werden. Für die Erbringung dieser Leistungen sind nach diesem europäischen Ansatz Unternehmen zuständig, bei denen es keine Rolle spielt, ob sie einem öffentlichen oder einem privaten Eigentümer gehören, und die miteinander im freien Wettbewerb stehen. Die Erbringung entsprechender Leistungen ist daher im Idealfall in jedem Fall auszu-schreiben. Im Rahmen solcher Ausschreibungsverfahren wirkt jedoch das Kommunalwirtschaftsrecht als zur Wettbewerbsunfähigkeit führende Fessel.

Soweit die Auslegung des EG-Vertrages und der Vergaberichtlinien durch Kommission, Parlament und Europäischen Gerichtshof den Kommunen unter dem Begriff der „Inhouse-Geschäfte“ das Recht auf Eigenerbringung ausnahmsweise gestattet, sind dessen Voraussetzungen mittlerweile so eng, dass viele gewachsene und von der nationalen Politik gewünschte und geförderte Organisationsformen unter dem Verdikt der EG-Vertragswidrigkeit stehen; das gilt zum Beispiel für viele öffentlich-öffentliche Partnerschaften und generell für alle öffentlich-privaten Partnerschaften, soweit in ihrem Rahmen Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ohne vorherige Ausschreibung wahrgenommen werden.

Beispiel Öffentlicher Personennahverkehr

Der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) als eine der wichtigsten technischen Infrastrukturen in den Städten zur Sicherung einer nachhaltigen Mobilität stellt eine Sonderform des beschriebenen Spannungsverhältnisses zwischen der europarechtlichen Einordnung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der nationalen Zuordnung im Sinne der Daseinsvorsorge insofern dar, als der deutsche Gesetzgeber seinerseits hinsichtlich der Nahverkehrsleistungen danach unterscheidet, ob sie aufgrund unternehmerischer Eigeninitiative oder vom Aufgabenträger veranlasst, erbracht und finanziert werden (Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Personenbeförderungsgesetz). Diese Unterscheidung hat Auswirkungen auf die Entscheidungszuständigkeit bezüglich des Zugangs

zum nationalen ÖPNV-Markt. Bei den eigenwirtschaftlichen Verkehren, die de jure ohne öffentliche Mittel auskommen, de facto aber häufig von der öffentlichen Hand als Eigentümer kommunaler Verkehrsunternehmen bzw. generell durch Ausgleichsmittel für die politisch gewollte rabattierte Beförderung von Schülern- und Auszubildenden sowie den Freifahrtanspruch von Schwerbehinderten finanziert werden, entscheidet eine staatliche Genehmigungsbehörde (in den Flächenländern i.d.R. die staatlichen Mittelbehörden) über den Marktzugang der Unternehmen in Form der gewerberechtlich ausgestalteten Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung. Das hat zur Folge, dass die Kommunen auf diese Verkehre allenfalls vermittelt ihrer Eigentümerstellung Einfluss nehmen können. Diese Einschränkung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten bei eigenwirtschaftlichen Verkehren konfliktiert jedoch mit dem gesetzlichen Auftrag und dem politischen Anspruch der Kommunen, den ÖPNV als Aufgabenträger unabhängig von der Frage der wirtschaftlichen Erbringung im Interesse einer zukunftsfähigen Stadtentwicklung planerisch zu gestalten und als integrierten Bestandteil in die übrigen kommunalen fach- und raumbezogenen Planungen einzubinden.

Beispiel Krankenhäuser

Die Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft sind das Rückgrat der pluralen Krankenhausversorgung der Bevölkerung. Die Krankenhausfinanzierung unterliegt seit vielen Jahren starken Restriktionen, die unter anderem zu einem hohen Investitionsstau geführt haben. Vor dem Hintergrund des medizinischen Fortschritts ist die Investitionsfähigkeit entscheidend für die Zukunft des einzelnen Krankenhauses. In Zeiten der Krise ist mit einem Rückgang des Beitragsaufkommens der gesetzlichen Krankenkassen zu rechnen. Dies hat Rückwirkungen auf die Finanzierung der laufenden Betriebskosten, die zu rund zwei Dritteln aus Personalkosten herühren.

Im Bereich der Krankenhäuser gibt es zudem ein erhebliches Spannungsverhältnis zwischen deutschem Krankenhausfinanzierungssystem und europäischem Beihilferecht. Während die „klassischen Bereiche“ der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen zunächst im Zentrum der Aufmerksamkeit der Europäischen Kommission standen, eröffnen sich auch im speziellen Bereich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen durch Krankenhäuser in öffentlicher, überwiegend kommunaler Trägerschaft seit einiger Zeit europarechtliche Konfliktlagen. Die Europäische Union hat zwar gemäß Art. 152 EGV kaum originäre gesundheitspolitische Kompetenzen, setzt ihre bestehenden Kompetenzen im Bereich des Binnenmarktes und des Wettbewerbsrechts aber zunehmend in Bereichen von Relevanz für die kommunale Gesundheitspolitik ein. Für die Städte als Träger kommunaler Krankenhäuser, die den Regeln der bundes- und landesgesetzlich normierten dualen Krankenhausfinanzierung unterliegen, bewirkt die von der EU-Kommission vorausgesetzte grundsätzliche Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts in verstärktem Maße Rechtsunsicherheit. Die Anwendung der Regelungen des sog. Altmark-Pakets hat in der Praxis nicht zur von der EU-Kommission erhofften Rechtssicherheit, sondern zum Teil zu einem erheblichen Zuwachs der offenen Risiken und der bürokratischen Vorkehrungen geführt (Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission gemäß Artikel 8 der Freistellungsentscheidung 2005 vom 19. Dezember 2008).

Die deutschen Kommunen nehmen gemeinsam mit den einzelnen Ländern einen Sicherstellungsauftrag für das Angebot von notwendigen Krankenhausdienstleistungen an die Bevölkerung wahr. Diese Verpflichtung erfüllen sie oftmals durch die Bereitstellung dieser Leistungen in eigenen Krankenhäusern. Die kommunalen Krankenhäuser sind damit eine tragende Säule der gesundheitlichen Daseinsvorsorge. Sie halten sowohl Krankenhausleistungen für allgemeine Gefährdungslagen, wie zum Beispiel in Pandemie- oder Katastrophenfällen vor, als auch für

spezialisierte Leistungsangebote, wie beispielweise durch Kinderkliniken. Vielfach handelt es sich um Krankenhäuser der Maximalversorgung. Durch sie wird die ärztliche und pflegerische Ausbildung ebenso sichergestellt wie verlässlich Arbeitsplätze in der Region abgesichert werden.

Krankenhausdienstleistungen werden allerdings nicht nur in den rund 700 kommunalen Krankenhäusern (von rund 2000 insgesamt), sondern auch in Krankenhäusern in kirchlicher und privater Trägerschaft erbracht. Dies geschieht in Deutschland in einem wettbewerblich ausgerichteten Gesundheitssystem. Gerade private Krankenhausträger haben ihre Marktanteile in den vergangenen Jahren kontinuierlich erhöhen können und streben weitere Übernahmen zu für sie günstigen Konditionen und die Zurückdrängung von Wettbewerbern an. Dabei bedienen sie sich auch des europäischen Beihilfe- und Wettbewerbsrechts.

Durch zwei Beschwerden, die deutsche Wettbewerber öffentlicher Krankenhäuser bei der Europäischen Kommission erhoben haben, ist das europäische Beihilferecht für die Kommunen bei der Frage der Krankenhausfinanzierung virulent geworden.

Ob in Zeiten der Krise das Instrumentarium der Beihilfekontrolle überhaupt die richtigen Maßstäbe für die wirtschaftliche Entwicklung der Krankenhäuser abgibt, steht zunehmend in Frage. Die darin angelegte einseitige Bevorzugung privatgewerblich betriebener Krankenhausketten muss dringend korrigiert und auf das im Sinne der europäischen Wettbewerbsrechts absolut notwendige Maß zurückgeführt werden. Anderenfalls droht eine einseitige Risikoverschiebung zu Lasten der öffentlichen Krankenhausträger, welche zur umfassenden Sicherstellung der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung verpflichtet sind. Eine Kurskorrektur der Gesundheitspolitik ist dringend angezeigt.

III. Lösungsperspektiven

Das von den Städten vertretene Konzept der Daseinsvorsorge mit einem Dienstleistungs- bzw. Infrastrukturangebot, das sich nachhaltig an die Bürgerinteressen richtet, hat sich bewährt. Generell muss daher sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene sichergestellt werden, dass die Städte auch zukünftig soziale und wirtschaftliche Infrastrukturleistungen bereitstellen können. Die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise hat schmerzlich verdeutlicht, dass die einseitige Fokussierung auf die Kräfte des Marktes mit dem Ziel kurzfristiger Renditen nicht oberste Richtschnur für die Bereitstellung von grundlegenden Infrastrukturangeboten sein kann. Die gegenwärtige Krise, die auch durch das Versagen der Marktkräfte bedingt ist, zeigt, dass das Vertrauen der Bürger/-innen in den Markt erschüttert ist (vgl. Berliner Rede des Bundespräsidenten vom 24.03.2009). Danach muss die „Kulturelle Leistung der sozialen Marktwirtschaft neu entdeckt“ werden. In den für die Bürger/-innen wichtigen Grundversorgungsleistungen darf der Markt nicht die allein bestimmende Determinante sein, der soziale Charakter muss gleichgewichtig berücksichtigt werden. Damit dies erreicht werden kann, müssen die Handlungsmöglichkeiten der Städte gestärkt werden.

Die Initiativen der Bundesregierung im Rahmen des Konjunkturpakets haben mit der Einbeziehung der Kommunen wichtige Akzente zur Finanzierung kommunaler Infrastruktur gesetzt. Damit können wichtige zukunftsweisende und nachhaltige Investitionen erfolgen. Diese finanzielle Förderung ist jedoch nicht ausreichend, um den bestehenden Investitionsnachholbedarf zu decken. Dazu muss die finanzielle Leistungsfähigkeit der Städte grundlegend sichergestellt werden.

National müssen die Gemeindeordnungen in den Ländern dieser Entwicklung Rechnung tragen. Überzogene Subsidiaritätsklauseln zur wirtschaftlichen Betätigung in den Gemeindeordnungen müssen überprüft und so verändert werden, dass die Städte ihren Pflichten gegenüber den Bürgern/-innen nachkommen können. Für die Sektoren, die bereits europaweit in den Wettbewerb gestellt sind, muss es Regelungen geben, die die Städte gegenüber privaten Unternehmen nicht benachteiligen.

Mit dem von den Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten 2007 unterzeichneten Lissabon-Vertrag erhält die kommunale Selbstverwaltung auch in der EU einen neuen Stellenwert. Die EU muss diese Regelungen und die bereits geltenden Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit mit Leben füllen. Hierzu gehört auch, dass das lokale Dienstleistungsangebot nicht dem Binnenmarkt unterworfen wird. Um mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage der Binnenmarktrelevanz öffentlicher Dienstleistungen zu erhalten, sollte eine Nicht-Beeinträchtigung des Binnenmarktes dann angenommen werden, wenn zum Beispiel

- die wahrzunehmende Tätigkeit sich auf die Befriedigung öffentlicher Interessen der örtlichen Gemeinschaft richtet und insoweit eine lokale Aufgabe darstellt,
- die Tätigkeit auf die jeweilige Örtlichkeit beschränkt ist,
- die Tätigkeit mehrheitlich den Bewohnern der Örtlichkeit zugute kommt,
- der spezifische Aufgabenbereich klar umschrieben und
- nicht durch gemeinschaftsweite Sektorenregelungen festgelegt ist.

Auch wenn die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen in allgemeinem Interesse dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen ist, bedarf es mehr Rechtssicherheit für die Kommunen, um beurteilen zu können, ob von ihnen verantwortete Dienstleistungen den Regeln des EG-Vertrages unterworfen sind oder nicht. Als generell-abstrakte Kriterien, nach denen eine kommunale Dienstleistung als nicht-wirtschaftlich angesehen werden kann, kommen zum Beispiel kumulativ in Betracht

- die überwiegend aus öffentlichen Mitteln erfolgte Finanzierung der Wahrnehmung der Aufgabe und
- das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht.

Zur Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht ist eine Klarstellung der europäischen Vergaberichtlinien erforderlich, nach denen nicht nur Zweckverbände, sondern auch die interkommunale Zusammenarbeit in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Vergaberecht freigestellt wird, soweit sich diese Formen der interkommunalen Zusammenarbeit im Rahmen der in den Ländern geltenden entsprechenden Gesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit halten. In diesen Gesetzen sollten zum Beispiel Grundsätze enthalten sein, wie auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen – über ein einfaches privatrechtliches Auftragsverhältnis hinaus – ein Mindesteinfluss der eine Aufgabe übertragenden Kommune auf die übernehmende Kommune sichergestellt werden kann.

In den Handlungsfeldern von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in denen nach den entsprechenden Sektoren-Regelungen der EU-Wettbewerb herrscht, sollten die Länder ihr Kommunalwirtschaftsrecht den Regeln des Binnenmarktes anpassen. Möglich wäre dies dadurch, dass in den Gemeindeordnungen der Länder den Kommunen freigestellt wird, ob sie ihre Unternehmen als Wettbewerbsunternehmen ausgestalten wollen mit der Folge der Freiheit von Beschränkungen wie zum Beispiel dem Örtlichkeits- und dem Subsidiaritätsprinzip, aber auch mit der Folge der Notwendigkeit, sich künftig bei entsprechenden Aufträgen ihrer eigenen Kommune künftig Ausschreibungen zu stellen, oder ob sie ihr Unternehmen im bishe-

rigen Rechtsrahmen belassen wollen, mit der Folge, dass dieses Unternehmen weiterhin Aufträge in seiner eigenen Kommune ausschreibungsfrei übertragen bekommen, aber andererseits nur unter Geltung des Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzips agieren kann.

Im Rahmen ihrer Organisationshoheit muss es den Kommunen auch unter Geltung des europäischen Vergaberechts möglich sein, in Umsetzung der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung Aufgaben auf eine privatrechtlich organisierte Eigengesellschaft ohne vorherige Ausschreibung zu übertragen (Inhouse-Geschäft), auch wenn die Gesellschaft nicht zu 100% der Kommune gehört und ein privater Dritter an ihr beteiligt ist. So sollten die EU-Vergaberichtlinien so geändert werden, dass die Zurechnung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zur öffentlichen Verwaltung bzw. zum Geschäftsbetrieb eines öffentlichen Auftraggebers von der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen gemischtwirtschaftlichem Unternehmen und öffentlichem (Mit)Eigentümer abhängig gemacht wird. Erforderlich sein sollte insoweit eine umfassende Kontrollmöglichkeit des öffentlichen Miteigentümers, die sich nicht nur auf strategische Unternehmensentscheidungen beschränken darf, sondern auch Einzelentscheidungen der Geschäftsführung mit umfassen muss. Darüber hinaus könnte eine Höchstbeteiligung des privaten Anteilseigners vorgesehen werden.

Beispiel Öffentlicher Personennahverkehr

Die Sicherung nachhaltiger und für alle zugänglicher Mobilitätsangebote in den Städten erfordert auch zukünftig einen leistungsfähigen ÖPNV mit entsprechender Infrastruktur. Hierzu bedarf es sowohl ausreichender finanzieller als auch gesicherter rechtlicher Grundlagen. Die durch das überkommene Personenbeförderungsrecht für den ÖPNV entstandene künstliche Trennung von – kommunalen – Planungs- und Finanzierungsaufgaben einerseits und – staatlichen – Genehmigungszuständigkeiten andererseits, die zu einer Einengung der kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten führt, kann nach der neuen ÖPNV-Verordnung nicht länger Bestand haben. Diese verbindet nämlich den Gewährleistungsauftrag, für den in Deutschland ausschließlich die kommunalen Aufgabenträger zuständig sind, mit entsprechenden Handlungsverpflichtungen und -befugnissen der öffentlichen Hand in Form der Finanzierungs- sowie Planungsverantwortung für den ÖPNV. Beide Befugnisse – kommunale Finanzierungsverantwortung und staatliche Entscheidungshoheit über den Marktzugang – sollten daher in den Händen der kommunalen Aufgabenträger zusammengeführt werden. Zudem besteht die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Direktvergabe von ÖPNV-Leistungen an kommunale Verkehrsunternehmen nach der neuen ÖPNV-Verordnung faktisch nur noch bei Zusammenführung von Finanzierungs- und Genehmigungsverantwortung in den Händen der Kommunen. Ohne eine entsprechende Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes würde somit aufgrund nationalen Gewerberechts die europarechtlich zulässige Möglichkeit der Direktvergabe an ein kommunales Verkehrsunternehmen beeinträchtigt.

Beispiel Krankenhäuser

Ein zentrales Anliegen der Städte und Gemeinden ist es, ihre Leistungsangebote an den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger auszurichten und möglichst ortsnah Krankenhausdienstleistungen vorzuhalten. Dies kann es im Einzelfall erforderlich machen, Abteilungen in Krankenhäusern, die unter finanziellen Aspekten nicht tragfähig wären, aufrechtzuerhalten, weil dies für die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung angezeigt ist, zumal wenn die Mobilität infolge von Behinderung oder Alter zunehmend eingeschränkt sein wird. Das sog. „Altmark-Paket“ vom November 2005 berücksichtigt nicht die Entwicklungen, die in der Behandlung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der Zwischenzeit stattgefunden haben, insbesondere kennt es noch nicht das erstmalige Bekenntnis des – noch

nicht abschließend ratifizierten – Vertrags von Lissabon (Art. 3 a Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union) zur regionalen und lokalen Selbstverwaltung und berücksichtigt nicht die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, die auf das Wohlergehen der Bürgerinnen und Bürger in ihrer konkreten Lebenslage in den Städten und Gemeinden gerichtet sind.

Bei den kommunalen Krankenhäusern und den Trägern besteht auch aufgrund der anhängigen Beschwerdeverfahren erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, welche Tatbestände der Krankenhausfinanzierung dem europäischen Beihilfe- und Vergaberecht unterliegen. Eine langjährige juristische Auseinandersetzung ist mit Risiken behaftet. Zudem zeigt sich dies bereits bei der Frage, wie der nach der sog. Freistellungsentscheidung erforderliche öffentliche Betrauungsakt für den Krankenhausträger europarechtsfest auszugestalten ist. Es hat sich zum Beispiel gezeigt, dass europarechtliche Anforderungen an eine besondere Konkretisierung der übertragenen Aufgaben im Konflikt mit nationalen steuerrechtlichen Anforderungen stehen können.

Die weitere Ausdehnung der Anwendung der Binnenmarktregeln, die ursprünglich nicht mit Blick auf Anwendung im Gesundheitsbereich geschaffen wurden, auch auf diesen Bereich, ist nicht weiter hinnehmbar. Wegen des spezifischen Status, den Gesundheitsdienstleistungen aufgrund ihrer besonderen Bedeutung im Rahmen der Daseinsvorsorge sowohl national als auch im europäischen Kontext unter anderem in Art. 152 EGV genießen, ist die uneingeschränkte Anwendung des Beihilfe- und Wettbewerbsrechts der EU verfehlt. Zumindest wäre eine Bereichsausnahme zu schaffen, die den auch schon im EG-Vertrag selbst niedergelegten Besonderheiten von Gesundheitsleistungen Rechnung trägt. So könnte dem Bedürfnis der Kommunen und Krankenhäuser nach Rechtssicherheit und den Spezifika von Krankenhausdienstleistungen eher Rechnung getragen werden. Ansonsten werden die notwendigen öffentlichen Trägerstrukturen der Gesundheitsversorgung in Deutschland und die Trägervielfalt weiter ausgehebelt.