

Privatisierung in der deutschen Rechtsordnung

Christian Kirchner *

- I. Einführung
- II. Zu den Thesen
- III. Ausblick

I. EINFÜHRUNG

Die Privatisierungsdiskussion markiert eine Neubestimmung des Staates und seiner Aufgaben. Sie nahm ihren Ausgang in den Vereinigten Staaten von Amerika unter Präsident *Reagan*, griff von dort aus auf das Vereinigte Königreich und Premierministerin *Thatcher* über und kam dann auf dem europäischen Kontinent, aber auch in Japan an. Die Diskussion war sowohl ökonomisch wie politisch getrieben. Juristische Fragen kamen erst ins Spiel, als deutlich wurde, daß mit einer neuen Aufgabenverteilung zwischen Privatsektor und Staat verfassungsrechtliche Fragen angesprochen waren. Im deutschen Recht geht es dabei um verschiedene Ausgestaltungsarten des Sozialstaatsprinzips, im französischen Recht um die rechtliche Ausgestaltung des Sektors „öffentlicher Dienstleistungen“ (*service public*). Auch im europäischen Gemeinschaftsrecht ging es von der Geburtsstunde der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1957 um die Absteckung der Grenzen zwischen dem für die Allokation auf Märkten geltenden Kartellverbot und der Zulässigkeit von Monopolen im Dienstleistungssektor (vormals Art. 96 Abs. 2 EWG-Vertrag, jetzt Art. 90 Abs. 2 EG).

Eine rechtswissenschaftliche Diskussion um die adäquate Ausgestaltung der Versorgung mit „öffentlichen Dienstleistungen“ bewegt sich auch deshalb auf schwankendem Boden, weil die Frage, ob es sich bei einer Dienstleistung um eine „öffentliche“ oder eine „private“ Dienstleistung handelt, um ökonomische und im gewissen Umfang auch um politische Fragen handelt. Ob eine Personenbeförderung auf der Schiene eine „öffentliche Dienstleistung“ darstellt, mag mit Recht bezweifelt werden.

Vom Gedanken des Sozialstaatsprinzips kommt es dann, wenn es eben nicht um die Versorgung mit öffentlichen Dienstleistungen geht, darauf an, ob eine Grundversorgung mit den betreffenden Gütern gesichert werden soll und ob dies dadurch geschehen soll, daß der Staat selbst diese Güter produziert und verteilt. Die Alternative besteht dann darin, daß der Staat sich aus Produktion und Verteilung zurückzieht, aber eine Grundversorgung mit den betreffenden Gütern gewährleistet. Aus rechtlicher Sicht stellt sich dann der Vorgang der Privatisierung als ein Übergang von einem Staat, der die Ver-

* Die Vortragsfassung ist beibehalten worden.

sorgung der Bürger mit öffentlichen Dienstleistungen übernimmt, zu einem Staat, der sich auf seine Gewährleistungsverantwortung zurückzieht, dar.

Diese Beschränkung des Staates auf seine Kernaufgaben hat eine wichtige europarechtliche Seite. Solange Staaten selbst monopolistisch wirtschaftlich tätig sind, bedeutet dies zugleich Abschottung der einzelnen nationalen Märkte. Soll nun aber das Ziel des einheitlichen europäischen Binnenmarktes realisiert werden, muß sich der Staat entweder aus diesen Aufgabenbereichen zurückziehen und sich auf die Gewährleistungsverantwortung beschränken, oder es müßte ein europäischer Superstaat die Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen übernehmen. Aus der Perspektive des europäischen Gemeinschaftsrechts kommt die zweite Lösung schon wegen der Kompetenzverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene nicht in Betracht. So erweist sich die – rechtlich verankerte Pflicht zur Herstellung des Binnenmarktes – als treibende Kraft für die Öffnung der abgeschotteten nationalen Märkte für öffentliche Dienstleistungen. Diese setzt aber voraus, daß sich der Staat selbst auf die Gewährleistungsverantwortung zurückzieht und das Feld dem privaten Wettbewerb überläßt. Staatliche Aufgabe ist dann im Fall von Netzindustrien gegebenenfalls noch die Gewährleistung der Infrastruktur und die Sicherstellung der Grundversorgung. Zugleich wird deutlich, daß dann, wenn die Privatisierung in Netzsektoren erfolgt, in denen Netzmonopole bestehen, mit der Privatisierung eine Regulierung verbunden ist. Es geht darum, entweder mit Hilfe sektor-spezifischer Regulierung oder mit Hilfe des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts zu gewährleisten, daß selbst dann, wenn monopolistische Infrastrukturen gegeben sind, Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe (also auf der Ebene der Dienstleistungen) ermöglicht wird.

Die Privatisierungsdiskussion hat damit mehrere Ebenen. Die Zieldiskussion wird zum einen durch ökonomische und politische Faktoren bestimmt, zum anderen durch den Druck, den Binnenmarkt zu realisieren und nationale Märkte aufzubrechen. Die ordnungspolitische Grundsatzfrage richtet sich auf die neue Rolle des Staates als Gewährleistungsstaat, aber auch des Staates, der durch Regulierung und Wettbewerbs- und Kartellrecht einen Rahmen setzt für den neu entstehenden Wettbewerb. Diese Regulierungsaufgabe (im weiteren Sinn, soweit auch die Regelungen des Wettbewerbs- und Kartellrechts mit eingeschlossen werden) richtet sich darauf, daß die möglicherweise verbleibende Monopolstellung im Netzbereich wettbewerbsrechtlich kontrolliert wird (Mißbrauchsaufsicht), zugleich aber auch darauf, daß auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten funktionsfähiger Wettbewerb entsteht und gesichert wird.

Solange der Staat selbst wirtschaftlich tätig ist, kann Wettbewerb nur auf Beschaffungsmärkten mit Hilfe des Vergaberechts geschaffen werden. Die Aufgabe dieses Rechts ist dann eine zweifache:

- (1) Fiskalisch soll eine sparsame Haushaltsführung dadurch gewährleistet werden, daß sich im Wettbewerb der Anbieter ein niedrigeres Preisniveau herausbildet.
- (2) Wettbewerbstheoretisch geht es darum, daß durch die Regelungen des Vergaberechts überhaupt erst Märkte geschaffen werden.

II. ZU DEN THESEN

These 1

Die ökonomische Argumentation zur öffentlichen Bereitstellung öffentlicher Güter entweder durch den Staat selbst oder durch Privatunternehmen, die einer staatlichen Regulierung unterstellt werden, entspringt der Vorstellung, daß dem Staat die Aufgabe zufalle, Marktversagen zu eliminieren oder abzuschwächen. Dahinter stehen wohlfahrtsökonomische Überlegungen. Der Markt allein führt hier nicht zu einer effizienten Allokation der Ressourcen. Der intervenierende oder vorsorgende Staat unterliegt nicht dem Marktkalkül und kann deshalb korrigierend eingreifen. Dann kann er auch andere Interesse wahrnehmen, etwa Sicherheitsinteressen.

Hinter dieser ökonomischen Konzeption steht die Auffassung einer strikten Trennung zwischen der Privatwirtschaft, die über Märkte organisiert ist, und dem Staat. Dort wo der Markt nicht funktioniert oder nicht funktionieren kann, hat der Staat die Güterversorgung sicherzustellen. Der Markt dient nach dieser Auffassung den privaten Interessen, der Staat hingegen dem Gemeinwohl. Es läßt sich historisch nachweisen, daß diese Staatsaufgabenbestimmung einsetzte, als die Legitimation der Herrschaft qua Gottesgnadentum immer mehr in Zweifel gezogen wurde; jetzt mußte sich Herrschaft anders legitimieren. Die Förderung des Gemeinwohls trat an die Stelle des Gottesgnadentums. Der Merkantilismus war von dieser Vorstellung geprägt. Die Epoche des wirtschaftlichen Liberalismus, in der sich der Staat auf die Aufgabe zurückzog, die grundlegenden institutionellen Rahmenbedingungen zu schaffen und zu gewährleisten (Eigentumsrechte, Vertragsfreiheit, stabile Währung, innere und äußere Sicherheit) währte nicht lange. Spätestens mit der Kriegswirtschaft des Ersten Weltkriegs, dann aber auch in der Nachkriegszeit begann der Staat immer aktiver in die Wirtschaft einzugreifen. Die Übernahme öffentlicher Aufgaben, die Schaffung des Begriffs der „Daseinsfürsorge“ und staatliche Bereitstellung so zentraler Dienstleistungen wie Telekommunikation, Eisenbahntransport, Post waren wichtige Stationen auf dem Weg zu einem wirtschaftlich aktiven Staat. Die ökonomischen Rechtfertigungen wurden von der Wohlfahrtsökonomik bereitgestellt.

These 2

Die wohlfahrtsökonomische Begründung für den wirtschaftlich aktiven Staat wurde spätestens in der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts mehr und mehr in Zweifel gezogen. Die Staatswirtschaft wurde immer mehr zum ineffizienten Fremdkörper in einer funktionierenden Marktwirtschaft. Die Wirtschaftssektoren, die direkt unter staatlicher Kontrolle standen oder in den Händen von Staatsunternehmen lagen, zeichneten sich insbesondere durch niedrige Produktivität und Innovationsraten aus. Telekommunikation, Bahn und Post waren bekannte Beispiele. Die Privatisierung von staatlichen Luftfahrtunternehmen zeigte sehr deutlich, welche Produktivitätsfortschritte und Innova-

tionssprünge mit der Privatisierung verbunden waren. Das Umdenken in der Ökonomik hatte damit zu tun, daß offenkundig wurde, daß Anreizstrukturen im Markt andere sind als in der staatlichen Bürokratie. Der fehlende Marktdruck für staatliche Sektoren der Wirtschaft konnte nicht durch bürokratieinterne Anreize ersetzt werden. Die Forderung nach Privatisierung kann so als eine Antwort auf Ineffizienz staatlich bürokratischer Organisationsformen und Abläufe gedeutet werden. Dies förderte parallel eine intensive Diskussion um bessere Anreizstrukturen in der öffentlichen Verwaltung (Stichwort: *new public management*).

Die rechtswissenschaftliche Diskussion war auf die Frage fokussiert, welche Aufgaben des Staates zu seinen Kernaufgaben gehören. Unter dem Aspekt von Sozialstaat und Gemeinwohl war die Frage zu beantworten, ob man der spezifischen Gemeinwohlverantwortung des Staates nicht besser gerecht werden kann. Der Weg bestand in einer Aufgabenteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft. Die betreffenden Güter werden privatwirtschaftlich erstellt und auf Märkten gehandelt. Der Staat zieht sich auf seine Gewährleistungsfunktion zurück.

These 3

Werden nun ehemals staatliche Aufgaben auf private Unternehmen übertragen, ist zu klären, wie es zu Effizienzsteigerungen kommen kann. Der Grundgedanke ist einfach. Staatliche Bürokratien, aber auch Staatsunternehmen sind hierarchisch organisiert. Die Anreize gehen jeweils von der oberen Instanz aus (Anreiz-, Belohnungs- und Sanktionssysteme). Solche Systeme können nur funktionieren, wenn die Informationen für Anreiz- und Sanktionssysteme zur Verfügung stehen. Werden diese Informationen nicht durch einen Marktmechanismus generiert, sind die oberen Instanzen auf die Informationen durch die untere Instanz angewiesen. Das ist aber die Instanz, die kontrolliert werden kann. Folglich gibt es eine systematische Informationsverzerrung, da die zu kontrollierende Instanz ein Interesse daran hat, die Informationen nach oben zu geben, die für sie selbst günstig sind. Die Ineffizienz staatlichen Wirtschaftens ist also kein Betriebsunfall, sie ist Folge eines Versagens im Informationssystem. Informationen sind grundsätzlich dezentral verteilt. Die Zentralisierung von Informationen bringt notwendigerweise Verzerrungen hervor. Diese sind dann die Quelle der Ineffizienzen (*Hayek*). Werden nun an die Stelle einer Informationsweitergabe in einer staatlichen Bürokratie Marktinformationen gesetzt, ergibt sich ein Wechselspiel zwischen Koordinationsentscheidungen im Markt und solchen innerhalb der Hierarchie. Es ist der Markt, der das Informationsproblem löst (*Hayek*). Voraussetzung ist dann aber, daß Privatisierung einhergeht mit dem Übergang von monopolistischen zu Wettbewerbsstrukturen.

These 4

Einer der Gründe und Rechtfertigungen für staatliche Güterbereitstellung war stets das Argument, es liege ein natürliches Monopol vor. Dann könne es keinen Wettbewerb geben, weil ein Hersteller kostengünstiger produzieren könne als zwei oder mehr im Wettbewerb stehende Hersteller (Problem der Subadditivität). Wenn also Effizienz der Leistungserstellung nur im Monopol vorstellbar sei, sei ein öffentliches Monopol einem privaten vorzuziehen. Denn ein privates Monopol müßte staatlich kontrolliert werden. Dann existiert aber notwendigerweise ein Informationsgefälle zwischen dem privaten Monopol und der staatlichen Regulierungsinstanz.

Dieser ökonomischen Argumentation entspricht eine juristische. Wenn es Aufgabe des Staates ist, den Bürger vor den Auswüchsen privater wirtschaftlicher Macht zu schützen, hier aber Probleme (nämlich solche asymmetrischer Informationsverteilung) auftauchen, entspricht es dem Gemeinwohlprinzip, wenn der Staat das Monopol gleichsam in eigene Hände nimmt. Beispiele: Erstellung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen durch das Postministerium, Bereitstellung von Eisenbahntransportdienstleistungen durch das Verkehrsministerium.

Dem Argument, daß natürliche Monopole besser in staatliche Regie zu übernehmen sind, wird der Boden entzogen, wenn sich zeigen läßt, daß hier keineswegs für die verschiedenen Güter natürliche Monopole vorliegen, sondern daß zwischen dem Netz- oder Infrastrukturmonopol auf der einen Seite (vorgelagerter Markt) und den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten auf der anderen Seite zu differenzieren ist. So kann sehr wohl in Bezug auf ein Telefonnetz ein „natürliches Monopol“ vorliegen. Das heißt aber nicht, daß nicht mehrere Anbieter von Telefondienstleistungen dieses Netz nutzen und zueinander im Wettbewerb ihre Dienstleistungen anbieten. So ist es vorstellbar, daß zwar ein Eisenbahnnetz existiert, daß aber auf diesem Netz verschiedene Anbieter von Verkehrsdienstleistungen im Wettbewerb stehen und ihre Transportdienstleistungen anbieten.

Der Wettbewerb auf nachgelagerten Dienstleistungsmärkten kann aber nur funktionieren, wenn die Wettbewerber zu gleichen Bedingungen das Netz nutzen können. Erforderlich ist also diskriminierungsfreier Netzzugang.

Überträgt man diese ökonomische Argumentation ins Rechtliche, geht es darum, die rechtlichen Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten dadurch zu schaffen und zu gewährleisten, daß allen Wettbewerbern diskriminierungsfreier Zugang zum Netz eröffnet wird. Hier läßt sich eine spezifische Konstruktion aus dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen verwenden, nämlich die Zugangseröffnung zu wesentlichen Einrichtungen (*essential facilities doctrine*). Die Grundidee ist einfach: Verfügt ein Unternehmen über eine Einrichtung, ohne deren Benutzung auf nachgelagerten Märkten kein Wettbewerb betrieben werden kann, so ist dieses Unternehmen verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zu dieser Einrichtung zu eröffnen. Im deutschen Kartellrecht ist diese Doktrin in § 19 Abs. 4 Nr. GWB geregelt. Sie ist Teil der

Mißbrauchskontrolle über marktbeherrschende Stellungen. Diese Rechtsfigur aus dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ist ins Regulierungsrecht übertragen worden. Der Grund dafür war ein eher praktischer. § 19 Abs. 4 Satz 4 GWB spricht zwar ein Verbot aus; dieses wird aber erst durch ein Gerichtsurteil nach einem Verfahren gegen das Unternehmen, dem Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen wird, umgesetzt. Will man nun sicherstellen, daß Unternehmen, die Netzzugang begehren auch ohne ein solches – möglicherweise langwieriges – Verfahren ihr Recht auf Netzzugang durchsetzen können, bietet es sich an, ihnen dieses Recht einzuräumen und die Durchsetzung einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde zu übertragen. In Deutschland ist aus der ursprünglich für Post und Telekommunikation zuständigen Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP) seit dem 1. Januar 2006 die Bundesnetzagentur geworden, die nunmehr für verschiedene Netzsektoren zuständig ist (Post, Telekommunikation, Strom, Gas, Eisenbahn). Dem ökonomischen Konzept der Gewährleistungen diskriminierungsfreier Netzzugangsgewährung entspricht damit ein juristisches Konzept, in dem dieser Netzzugang entweder kartellrechtlich oder durch sektorspezifische Regulierung geschaffen und gewährleistet wird.

These 5

Gelingt es, zwischen dem Netzmonopol und dem Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu differenzieren und trotz Netzmonopol auf diesen Märkten Wettbewerb zu schaffen und zu sichern, ist es nicht mehr gerechtfertigt, daß der Staat in diesen Wirtschaftssektoren selbst als Anbieter von Dienstleistungen (mit den bekannten Effizienzproblemen) tätig wird. Er dient dem Gemeinwohl besser, wenn er weitgehend den Markt nutzt. Seine Aufgabe beschränkt sich dann zum einen auf die Gewährleistung für das Netz (direkt oder indirekt), auf die Schaffung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Regulierungsrahmens und möglicherweise auf die Sicherstellung von Universaldiensten.

These 6

Wird der Staat nicht mehr selbst als Ersteller der „öffentlichen Dienstleistungen“ tätig, sondern zieht er sich auf die Gewährleistungsverantwortung zurück, ist es möglich, sehr genau zu definieren, welche Dienstleistungen jedermann zu verträglichen Preisen zur Verfügung zu stellen sind (Universaldienstangebote). Mit der Aufgabe, diese Universaldienste anzubieten, kann dann entweder das Unternehmen belastet werden, das Eigentümer des Netzes (so in der deutschen Telekommunikationsbranche), oder der Universaldienst kann ausgeschrieben werden (so die Lösung in der Schweiz). Auf diese Art und Weise kann es nicht zu Konflikten zwischen privatwirtschaftlicher Güterbereitstellung und staatlicher Intervention kommen. Solange diese klare Trennung hingegen nicht vorgenommen worden ist, werden jeweils aus dem politischen Raum Forderungen

formuliert, welche Dienstleistungen für welches politische Klientel zu nicht kostendeckenden Preisen zur Verfügung zu stellen sind. Im Eisenbahnsektor war dies in Deutschland ein ernsthaftes Problem bis zur ersten Stufe der Bahnreform im Jahre 1994.

These 7

In Deutschland ist diese Konzentration des Staates auf seine Kernaufgaben und das Rückfahren auf eine Gewährleistungsverantwortung durch Änderungen des Grundgesetzes bewerkstelligt worden. Ein Beispiel für den Bahnsektor ist Art. 87 e GG.

These 8

Wird nun eine Privatisierung dergestalt durchgeführt, daß die staatliche Güterproduktion, die etwa bisher im Postministerium organisiert war, auf ein Unternehmen in privatrechtlicher Gesellschaftsform – etwa einer Aktiengesellschaft – übertragen wird, an der der Staat mit 100 % beteiligt ist, so bleibt zuerst einmal die staatliche Verantwortung für diese Güterbereitstellung nicht berührt. Allerdings ändert sich mit der Wahl der Gesellschaftsform insofern etwas, als die Geschäftsführung nunmehr die Geschäfte nach § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich zu führen hat. Der Staat als Eigentümer kann nicht mehr direkt auf die Geschäftsleitungsmaßnahmen zugreifen. Ist nun diese formale Privatisierung auch dadurch verfassungsrechtlich abgesichert, daß bestimmt wird, daß dieses Staatsunternehmen nunmehr als Wirtschaftsunternehmen zu führen ist (Art. 87 e Abs. 3 Grundgesetz), so hat die Geschäftsleitung des formal privatisierten Unternehmens das Unternehmensinteresse möglicherweise auch gegen staatliche Interventionsversuche durchzusetzen. Das Unternehmensinteresse bemißt sich nunmehr nach der Stärkung des Unternehmens im Markt. Steht etwa ein Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb mit Straßentransportunternehmen (intermodaler Wettbewerb), geht es um eine Stärkung des Unternehmens im Markt. Dennoch besteht natürlich die Gefahr, daß von Seiten des Eigentümers Ansprüche auf die Durchführung von Leistungen geltend gemacht werden, die sich aus wirtschaftlicher Perspektive nicht rechtfertigen lassen. Es ist also ein natürliches Spannungsverhältnis angelegt zwischen Politikern, die Interessen ihrer Klientel durchzusetzen versuchen und einer Geschäftsführung des (formal) privatisierten Unternehmens, das auf die Unternehmenswertsteigerung dieses Unternehmens verpflichtet ist.

Der zweite Nachteil eines Stehenbleibens auf der Stufe der formalen Privatisierung liegt darin, daß das formal privatisierte Unternehmen keinen Zugang zum Eigenkapitalmarkt hat. Sein Zugang zum Fremdkapitalmarkt hängt von der Eigenkapitalquote ab. Diese wird kontinuierlich sinken, wenn aus Budgetmitteln wirtschaftlich angeratene Eigenkapitalerhöhungen nicht durchgeführt werden können. Dann schrumpft der Finanzierungsspielraum des formal privatisierten Unternehmens.

These 9

Die materielle Privatisierung kann einige der im Vorabschnitt genannten Probleme lösen helfen. Das Entscheidende ist nun, daß mit der Beteiligung privater Investoren die mögliche Gemengelage von Unternehmensinteressen und politischen Interessen stärker akzentuiert wird. Die Verfolgung politischer Interessen zu Lasten des Unternehmensinteresses stellt sich jetzt als Verletzung der Rechte der privaten Anteilseigner dar. Das ist bereits bei einer Minderheitsbeteiligung privater Investoren relevant. Zentral ist der Zugang zum Eigenkapitalmarkt. Dabei ist Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung einheitlich zu sehen. Eine Erhöhung des Eigenkapitals erhöht simultan die Möglichkeit der Fremdkapitalaufnahme. Die positiven Wirkungen der materiellen Privatisierung treten nicht erst mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Beteiligung privater Investoren auf. Schon in der Phase, in der diese materielle Privatisierung glaubhaft annonciert wird, muß sich der Staat verhalten, als werde tatsächlich investiert. Denn nunmehr muß er alle Geschäftsführungsmaßnahmen – aber auch mögliche politische Interventionen – aus dem Blickwinkel potentieller Investoren betrachten. Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes dienen, aber auch politische Interventionen, führen zu einer Minderung des Veräußerungserlöses für die Aktienpakete, die veräußert werden sollen. Der Disziplinierungseffekt der materiellen Privatisierung setzt also in dem Augenblick ein, in dem Marktteilnehmer ernsthaft davon ausgehen, daß die materielle Privatisierung stattfindet. Das heißt im Umkehrschluß, daß politische Interventionen, die diese Privatisierung in Frage stellen, zu Lasten einer erfolgreichen Privatisierung gehen. Politiker, die offen oder insgeheim, gegen die Privatisierung eingestellt sind, erreichen ihr Ziel also schon dadurch, daß sie die Privatisierung so wirkungsvoll in Frage stellen, daß Marktteilnehmer nicht von einer in naher Zukunft stattfindenden Privatisierung ausgehen. Dann verwässert sich die disziplinierende Wirkung der Privatisierungsankündigung.

These 10

Wird eine materielle Privatisierung durchgeführt, bezieht sich diese grundsätzlich auf die Netzebene wie auf die Ebene der nachgeordneten Märkte. Läßt sich auf der Netzebene kein Wettbewerb herstellen, etwa durch den Wettbewerb mehrerer Netze, ist auf der Netzebene das Problem der Mißbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen zu lösen. Das kann über das Kartellrecht oder über sektorspezifische Regulierung erfolgen. Für die nachgeordneten Märkte geht es um das bereits angesprochene Problem einer effektiven Netzzugangsregulierung.

These 11

Die materielle Privatisierung kann verschieden durchgeführt werden. Zu unterscheiden sind Konstellationen, in denen sich die Infrastruktur durch Netzzugangsentgelte finan-

zieren läßt, und solche Konstellationen, in denen das nicht der Fall ist. Welche der beiden Konstellationen einschlägig ist, wird davon abhängig sein, ob aus politischen Erwägungsgründen das Bestandsnetz in einer Art und Weise definiert wird, daß eine Finanzierung aus Zugangsentgelten nicht in Betracht kommt. Im Eisenbahnsektor geht es darum, ob eine Konzentration auf das Kernnetz und ausgesuchte Ortsnetze möglich ist, die sich finanziell selbst tragen können, oder nicht. Im letzteren Fall, in dem – aus politischen Gründen (Universaldienstverpflichtung) – das Netz größer ist als es aus wirtschaftlichen Überlegungen sein dürfte, muß der Staat, der die politischen Entscheidungen zu verantworten hat, die Infrastruktur entsprechend durch eigene Beiträge gewährleisten.

Es ist auch Sache politischer Entscheidung, gewisse Universaldienste zu definieren. Dann ist allerdings zu klären, wie diese zu finanzieren sind. Ein Beispiel in Deutschland sind die sogenannten Regionalisierungsmittel, die der Bund den Ländern für den Ortsverkehr zur Verfügung stellt. Damit können die Länder die Universaldienste finanzieren, die politisch präferiert werden.

These 12

Bei der materiellen Privatisierung ist zu entscheiden, ob zwischen Netz und nachgelagerten Märkten zu unterscheiden ist. Im Telekommunikationssektor ist in Deutschland eine erfolgreiche materielle Privatisierung mit Netz (integriertes Modell) durchgeführt worden. Die Netzzugangsregulierung betrifft die Netzzugangsansprüche der Wettbewerber des Netzinhabers zu dessen Netz. Bisher hat sich erwiesen, daß durch sektorspezifische Regulierung ein diskriminierungsfreier Zugang zum Netz gewährleistet werden kann. Dies führt zu intensivem Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten.

Für den Eisenbahnsektor wird über die Vorzugswürdigkeit eines integrierten Modells gegenüber einem Trennungsmodell gestritten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Wahl der Privatisierungsvariante Auswirkungen auf die Kosten der Güterbereitstellung (Synergievorteile oder Synergieeinbußen) hat, aber auch auf die technologische Innovation und möglicherweise auf die Intensität des Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten.

These 13

Es wurde bereits in der Einführung erwähnt, daß die Eröffnung des Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten aus Sicht der europäischen Integration ein Instrument zur Aufbrechung vormals abgeschotteter nationaler Märkte ist und deshalb dem Binnenmarktziel dient. Das bedeutet für die Ebene des Gemeinschaftsrechts zweierlei:

- (1) Die materielle Privatisierung schafft eine günstige Voraussetzung für die Öffnung der nationalen Eisenbahnmärkte.
- (2) Die Entscheidung für das integrierte Modell oder das Trennungsmodell kann einen Einfluß auf das Tempo der Öffnung der nationalen Märkte haben.

Ob Trennungsmodell oder integriertes Modell eine schnellere und effektivere Marktöffnung ermöglichen, hängt von der Effektivität der Netzzugangsregulierung ab. Im Lichte der erfolgreichen Netzzugangsregulierung im Telekommunikationssektor im Integrationsmodell spricht viel für dieses Modell auch für die Privatisierung in anderen Netzsektoren, etwa dem Eisenbahnsektor.

These 14

Wegen der genannten Synergieeffekte des Integrationsmodells, die im Trennungsmodell nicht zu realisieren sind, hängt die Entscheidung für das Integrationsmodell davon ab, ob eine effektive Netzzugangsregulierung den diskriminierungsfreien Zugang von Wettbewerbern gewährleisten kann. Im Lichte der Erfahrungen insbesondere mit der Privatisierung des Telekommunikationssektors im Integrationsmodell kann davon ausgegangen werden, daß auch im Eisenbahnsektor eine effektive Netzzugangsregulierung im integrierten Modell möglich ist. Aus diesem Grunde erscheint eine Privatisierung im integrierten Modell vorzugswürdig.

III. AUSBLICK

Die Privatisierungsdiskussion ist weder in Deutschland noch in anderen Ländern abgeschlossen. Selbst in den Vereinigten Staaten von Amerika steht bisher eine Privatisierung der Post nicht auf der Tagesordnung. Es fragt sich, ob dies mit der Tour de France zusammenhängt und dem erfolgreichen Abschneiden des Teams des US-amerikanischen Staatsunternehmens. Es fragt sich etwa in Deutschland, ob Staatsrundfunk und Staatsfernsehen noch zeitgemäß sind, oder ob nicht auch hier die Aktivität des Staates auf eine Gewährleistungsverantwortung und auf die Garantie von Universaldiensten zurückzuführen wäre. Die eigentliche Auseinandersetzung aber läuft zur Zeit in der Europäischen Union um den „*service public*“. Frankreich und andere Vertreter der Verteidigung eines Resteinflusses des Staates im Bereich „öffentlicher Dienstleistungen“ befinden sich in einem Rückzugsgefecht. In Deutschland wird dieses Rückzugsgefecht in naher Zukunft auf dem Gebiet des Landesbanken- und Sparkassenwesens ausgefochten werden. Die ökonomischen Grundüberlegungen und die rechtlichen Fragestellungen, die hier angesprochen worden sind, werden auch die künftigen Debatten beherrschen. In Japan wird es in Zukunft auch nicht nur um die Bankdienste der Post gehen. Auch hier steht die Diskussion um die Privatisierung vieler Sektoren, in denen unter den Überschriften „Daseinsfürsorge“ und „Gemeinwohl“ ineffiziente Formen der staatlichen Güterbereitstellung verteidigt worden sind, noch an.

SUMMARY

The discussion regarding privatization marks a new determination of the state and its tasks. In Germany as well as in other countries, this discussion has not yet been concluded. From a legal point of view, privatization is the transition from a state which undertakes to supply its citizens with public services to a state which confines itself to its responsibility for merely guaranteeing such services. European law also plays a major role: The obligation to create the single market requires that isolated national markets for public services be opened up; that is to say, the state has to withdraw from monopolistic economic activity and make way for private competition. In the case of network industries, the state has the task of guaranteeing infrastructure and ensuring that basic needs are provided for. Privatizations in network sectors where network monopolies exist also entail regulation. By means of sector-specific regulations or the general competition and anti-trust law provisions, competition is ensured even if there are monopolistic structures.

The discussion regarding privatization has several layers. It is determined by economic as well as political factors and by European law. The fundamental policy question concerns the new role of the state guaranteeing services, but also of the state which sets the rules for the newly developing competition by means of competition and anti-trust law. The article deals with the various aspects of privatization in German law by establishing fourteen theses.

(The Editors)