

BERNHARD AUBIN

Daseinsvorsorge und Universaldienst

Walter Eucken Institut

*Untersuchungen zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

65

Mohr Siebeck

Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

65

Herausgegeben vom
Walter Eucken Institut



Bernhard Aubin

Daseinsvorsorge und Universaldienst

Eine ordnungsökonomische Untersuchung
der staatlichen Aufgaben in den Wirtschaftsbereichen
der Grundversorgung

Mohr Siebeck

Bernhard Aubin, geboren 1982; 2002–2006 Studium der Volkswirtschaftslehre an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2006 Diplom in Volkswirtschaftslehre; 2006–2010 Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Freiburg; 2012 Promotion zum Dr. rer. pol. an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-152736-4

ISBN 978-3-16-152059-4

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen. Ich habe sie zum überwiegenden Teil während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Freiburg von 2006 bis 2010 angefertigt. Ein von der Universität Freiburg nach dem Landesgraduierföderungsgesetz gewährtes Stipendium hat mir ihre Fertigstellung ermöglicht.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Viktor J. Vanberg, der die Anregung zu dieser Doktorarbeit gegeben und mir großen Freiraum bei deren Erstellung gewährt hat. Ich habe die Zeit als sein wissenschaftlicher Assistent am Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung der Universität Freiburg als große Bereicherung empfunden. Auch die regelmäßigen Diskussionsrunden bei Forschungsseminaren des Freiburger Walter Eucken Instituts habe ich sehr geschätzt. Dem Direktor des Walter Eucken Instituts, Herrn Prof. Dr. Lars P. Feld, danke ich für die großzügig gewährte Unterstützung bei der Veröffentlichung dieser Arbeit. Frau Wendula Gräfin von Klinckowstroem und Frau Gudrun Kaufmann vom Walter Eucken Institut sowie Frau Bettina Gade vom Verlag Mohr Siebeck bin ich für wertvolle Korrekturhinweise und Hilfe bei der Erstellung der Druckfassung der Dissertation zu Dank verpflichtet.

Die liebevolle Unterstützung meiner Eltern Margarita Dilmé Ros und Dr. Peter Aubin während meines Studiums und meiner Promotionszeit hat zur Fertigstellung dieser Arbeit wesentlich beigetragen.

Ich widme diese Arbeit meiner großen Liebe, Maike Schröder.

Düsseldorf, im November 2012

Bernhard Aubin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abbildungsverzeichnis	XI
Teil 1: Einleitung, Abgrenzung des Problems und theoretischer Ansatz	1
1. Einleitung	1
1.1. Das wiederauflebende Interesse an der Daseinsvorsorge.	1
1.2. Zentrale Fragen der Arbeit	6
2. Eingrenzung der Untersuchung	8
2.1. Daseinsvorsorge – Begriffliche Klärung und Eingrenzung	8
2.2. Juristisch legislative Abgrenzung	12
2.3. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	13
2.4. Einengung des Forschungsproblems	20
2.5. Gang der Untersuchung	25
3. Der ordnungsökonomische Ansatz	26
3.1. Methodologischer und normativer Individualismus	26
3.2. Austausch-Paradigma und Maximierungsparadigma	28
3.3. Regeln als Gegenstand von Wahlhandlungen	29
3.4. Marktverständnis und Konsumentensouveränität	31
3.5. Politikverständnis und Bürgersouveränität	33
3.6. Gemeinwohl vs. Wettbewerb aus ordnungsökonomischer Perspektive	36
Teil 2: Besondere Bedeutung der Daseinsvorsorgegüter als Argument für Ausschluss von Wettbewerb?	39
1. Forsthoffs Konzeption der Daseinsvorsorge	39
1.1. Darstellung	39
1.2. Zugrundeliegende Gesellschaftsdiagnose	43
1.3. Fazit	48
2. Die Konzeption des <i>service public</i>	49
2.1. Geschichte und Prinzipien	49
2.2. Kritik	57
2.3. Fazit	60
3. Besondere Wichtigkeit der Daseinsvorsorgeleistungen	60
3.1. Essentielle Infrastruktur	60

3.2. Schlussfolgerung des Ausschlusses von Wettbewerb?	63
3.3. Fazit: Daseinsvorsorgeverantwortung als Ordnungspolitik.	67
Teil 3: Daseinsvorsorge und Marktversagen	69
1. Einführung	69
2. Daseinsvorsorge als öffentliche Güter?	71
2.1. Öffentliche Güter	71
2.2. Netzwerkexternalitäten und flächendeckende Versorgung	73
2.3. Ineffizienz des Ausschlusses von Nichtzahlern: Die Grenzkostenpreiskontroverse	74
3. Arten von Monopolen	75
3.1. Leistungsmonopole	76
3.2. „Natürliche Monopole“	77
3.3. Monopolistische bottlenecks	82
4. Ökonomische Auswirkungen stabiler Monopole	86
4.1. Allokative Ineffizienz	86
4.2. Produktive Ineffizienz	88
4.3. Dynamische Ineffizienz	89
4.4. Verteilungsproblematik	90
4.5. Das Problem privater Macht	92
4.6. Fazit: Problematik von Monopolen.	93
5. Regulierung von Monopolen: Allgemeines.	94
5.1. Der Begriff Regulierung.	95
5.2. Zwei Arten von Regulierung	98
5.3. Zwei Arten sektorspezifischer Regulierung.	100
5.4. Historische Phasen der Regulierung.	103
6. Regulierung von Monopolen in der geschlossenen Marktphase: Instrumente	104
6.1. Öffentliche Unternehmen	104
6.1.1. Öffentliche Unternehmen und das Monopolproblem	104
6.1.2. Öffentliche Unternehmen als Instrument staatlicher Wirtschafts- und Sozialpolitik: die Schule der Gemein- wirtschaftslehre	106
6.1.3. Analyse und Kritik des gemeinwirtschaftlichen Ansatzes	107
6.1.4. Abschließende Bewertung öffentlicher Unternehmen.	112
6.2. Rentabilitätsregulierung.	113
6.3. Konzessionsverträge	115
7. Regulierung von Monopolen in der geöffneten Marktphase: Der disaggregierte Ansatz	118
7.1. Price-Cap-Regulierung	119
7.2. Yard Stick-Wettbewerb	121

7.3. Regulierung des diskriminierungsfreien Zugangs zum bottleneck	121
7.4. Anreizregulierung und Versorgungssicherheit	123
7.5. Konstitutionelle Begrenzung des Regulierungsmandats.	127
8. Fazit	128
 Teil 4: Der Universaldienst als gemeinsames Bürgeranliegen	 131
1. Einführung	131
1.1. Bedeutung und Verbreitung des Universaldienstes	131
1.2. Universaldienst als „außermarktliches“ Interesse der Bürger . . .	136
2. Der Universaldienst als regionalpolitisches Anliegen der Bürger . . .	139
2.1. Regionalpolitik und Regionalökonomie	140
2.2. „Ökonomische“ Begründung regionaler Wirtschaftspolitik: Koordinationsmängel im Standortwettbewerb	142
2.2.1. Das Problem	143
2.2.2. Lösungsvorschläge der neueren Regionalökonomie.	147
2.2.3. Buchanans Lösungsvorschlag: Ein „wirtschaftspolitisches Substitut“.	149
2.2.4. Verschiedene Instrumente zur Korrektur der institutionell verzerrten Wanderungsanreize	151
2.2.5. Abschließende Bewertung	157
2.3. „Außerökonomische“ Begründungen regionaler Wirtschafts- politik	159
2.3.1. Allgemeine Kritik der außerökonomischen Begründungen für ausgleichende Regionalpolitik	163
2.3.2. Level-Playing-Field	164
2.3.3. Soziale Stabilität.	169
2.3.4. Sozialpolitische Begründung.	170
2.3.4.1. Infrastruktur als geeignetes Mittel zur Anhebung der Wirtschaftskraft von Regionen?	171
2.3.4.2. Place prosperity vs. people prosperity	174
2.4. Zusammenfassung	179
3. Der Universaldienst als sozialpolitisches Anliegen der Bürger.	179
3.1. Ein Recht auf Zugang zu Leistungen der Daseinsvorsorge?	179
3.2. Universaldienst und individuelle Bedürftigkeit.	183
3.3. Bedürftigkeitsorientierung oder pauschale Transfers.	188
4. Fazit	191
 Teil 5: Der Universaldienst aus der Sicht einer fairen Steuerverfassung .	 193
1. Einführung	193
2. Grundsätze einer fairen Steuerverfassung	194
3. Quersubventionen als Teil einer fairen Steuerverfassung?	197

4. Quersubventionen als fiskalische Tätigkeit des Staates?	198
5. Bewertung anhand der Prinzipien einer fairen Steuerverfassung . . .	199
6. Besteuerungsgrundlage für den Universaldienst als Teil des Sozialversicherungsarrangements	202
7. Besteuerungsgrundlage für den Universaldienst als regional- politisches Instrument	205
8. Fazit – Finanzierung des Universaldienstes und Steuergerechtigkeit .	206
Teil 6: Untersuchung und Vergleich der Märkte für Tele- kommunikation und Busverkehr	
1. Busverkehr.	209
1.1. Busverkehr in Deutschland	210
1.2. Busverkehr in Frankreich	217
1.3. Busverkehr in Großbritannien	220
1.4. Ökonomische Analyse der Gründe für einen Ausschluss von Wettbewerb	223
1.5. Fazit	230
2. Telekommunikation.	231
2.1. Einführung	231
2.2. Der institutionelle Rahmen	233
2.2.1. Der Europäische Regelrahmen.	233
2.2.2. Deutschland	238
2.2.3. Frankreich	240
2.2.4. Großbritannien	241
2.3. Der Einfluss der Regulierung auf die Investitionsanreize beim Aufbau neuer Breitbandnetze	242
2.4. Der Universaldienst in der Telekommunikation	246
2.4.1. Der europäische Universaldienst	246
2.4.2. Universaldienst in Deutschland	247
2.4.3. Universaldienst in Frankreich	248
2.4.4. Universaldienst in Großbritannien	249
2.4.5. Breitband als neuer Universaldienst?	250
2.4.6. Empfehlungen für einen zukünftigen Universaldienst . . .	253
2.5. Fazit	256
Schluss	259
Literaturverzeichnis	263
Personenregister	293
Sachregister	299

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Die „Öffentlichkeit“ von Gütern in der Daseinsvorsorge	72
Abbildung 2: Wettbewerbspolitisch problematische Kosteneigenschaften	83
Abbildung 3: Versunkene Kosten und Größenvorteile in den Daseinsvorsorgesektoren	86
Abbildung 4: Dichtevorteile in Netzindustrien	132
Abbildung 5: Länder- und sektorübergreifende Verbreitung des Universaldienstzieles	133
Abbildung 6: Organisationsformen im Busverkehr	210

Teil 1

Einleitung, Abgrenzung des Problems und theoretischer Ansatz

1. Einleitung

Der Begriff „Daseinsvorsorge“ ist seit einiger Zeit wieder in Mode. Er spielt eine wichtige Rolle in der Diskussion um das Verhältnis von wirtschaftlichem Wettbewerb und öffentlicher Aufgabenerfüllung. Auf der grundlegendsten Ebene geht es bei den Diskussionen über den Themenbereich Daseinsvorsorge um die Frage, ob ein Bereich privatwirtschaftlich erbringbarer Güter und Leistungen existiert, welcher von den Wirkungskräften des wirtschaftlichen Wettbewerbs ausgenommen bleiben und eine Kernaufgabe staatlicher Verwaltungstätigkeit sein sollte.

1.1. Das wiederauflebende Interesse an der Daseinsvorsorge

Die Versorgung von Wirtschaft und Gesellschaft mit gewissen, als existenznotwendig betrachteten Gütern der Grundversorgung ist eine Aufgabe, welche traditionell schon seit dem Beginn der Industrialisierung im 19. Jahrhundert vom Staat wahrgenommen wurde und in Deutschland mit dem Begriff der „öffentlichen Daseinsvorsorge“ bezeichnet wird.¹ Diese staatliche Verantwortung für die Grundversorgung der Bürger mit solchen Gütern und Dienstleistungen hat sich in Deutschland und anderen Ländern Europas in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Wesentlichen gleichlaufend entwickelt.² Im Gefolge der Industrialisierung und Verstädterung entwickelten sich die öffentliche Versorgung mit Wasser und Energie, die öffentliche Abwasser- und Abfallentsorgung, später auch der öffentliche Nahverkehr und weitere Daseinsvorsorgeaktivitäten. Heutzutage kennen „alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union [...] die unmittelbare Zuordnung wirtschaftlicher Tätigkeiten zu einem öffentlichen Interesse, das nicht oder nicht ausschließlich über den Markt vermittelt werden soll“.³ Eine Gemeinsamkeit aller nationalen Spielarten der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, wie diese Wirtschaftssektoren auf

¹ Kulenkampff u. a. (2001), S. 101.

² Hellermann (2001), S. 80.

³ Mestmäcker (1998), S. 635, vgl. auch den Überblick der OECD (2003).

der europäischen Ebene bezeichnet werden, ist Mestmäcker zufolge „der bewußte Eingriff der öffentlichen Gebietskörperschaften in die Existenz- und Arbeitsbedingungen bestimmter ‚unverzichtbarer Einrichtungen oder Dienstleistungen‘ – ‚unverzichtbar‘ für das Wirtschaftsgeschehen und das soziale Miteinander“.⁴ In Deutschland gilt dies für die Wirtschaftssektoren der sogenannten „Daseinsvorsorge“, in Frankreich für die Sektoren des „service public“, in Großbritannien für die „public services“ bzw. „services of general economic interest“.

Diesen Dienstleistungen sind gewisse grundlegende Eigenschaften gemeinsam. Zum einen geht es um Infrastruktursektoren, die sich durch besondere ökonomische Eigenschaften auszeichnen, welche problematisch für die Entstehung eines funktionsfähigen Wettbewerbs sind. Zum anderen geht es um die Produktion „essentieller“ Güter der Grundversorgung, bei denen aufgrund ihrer besonderen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung räumliche oder zeitliche Lücken in der Versorgung politisch als inakzeptabel angesehen werden.

Wegen dieser Eigenschaften wiesen diese Sektoren in der Vergangenheit, trotz länderspezifischer Eigenheiten⁵ und jeweils technologischer sektorspezifischer Besonderheiten, auch bemerkenswerte Übereinstimmungen in ihren institutionellen Ordnungsrahmen auf. So wurde in Deutschland die Daseinsvorsorge lange Zeit zu den von der Geltung des Wettbewerbsgesetzes ausgenommenen „ordnungspolitischen Ausnahmereichen“ gezählt. Eine ähnliche Ausnahmestellung genossen viele Wirtschaftssektoren in Frankreich, indem sie von der Geltung der allgemeinen Wettbewerbsregeln ausgenommen und stattdessen dem verwaltungsrechtlichen Regelkorpus des *service public* unterstellt waren. Die Daseinsvorsorgesektoren waren als staatliche oder regulierte private Monopole mit ausschließlichen oder besonderen Rechten organisiert, denen Pflichten zur Erfüllung verschiedener Gemeinwohlziele auferlegt waren.⁶ Diese Gemeinwohlaufgaben bestanden grundsätzlich darin, dass bei der Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge (des *service public*, bzw. der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse) folgende Bedingungen stets erfüllt sein mussten, unabhängig von der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Leistungserbringung:⁷ Die Versorgungssicherheit und Kontinuität der Leistungserbringung, eine flächendeckende Versorgung, der gleichberechtigte Zugang aller Bürger, die Einhaltung eines bestimmten Qualitätsniveaus, die Berücksichtigung beispielsweise sozialer, kultureller oder umweltpolitischer Belange, und dies alles zu „erschwinglichen“ und oftmals einheitlichen Preisen.

⁴ CEEP (1996), S. 15.

⁵ Knorr (2005), S. 8.

⁶ CEEP (1996), S. 24.

⁷ Vgl. u. a. Bocklet (2001), S. 12f., CEEP (1996), S. 24.

Nicht nur die Tatsache, dass in der Daseinsvorsorge wettbewerbliche Mechanismen durch staatliche Regulierung und Steuerung ersetzt wurden, gab diesen Wirtschaftsbereichen eine ordnungspolitische Sonderstellung. Vielmehr wurde die Daseinsvorsorge in Deutschland konzeptionell als grundsätzlich dem Markt entzogener, eher dem Wohlfahrtsstaat zugehöriger Wohlfahrtsbereich angesehen. So wird die Aufgabe der Daseinsverantwortung in der juristischen Literatur heute allgemein dem Sozialstaatsprinzip zugeordnet,⁸ die „Daseinsvorsorge“ wird gar als „fester und wesentlicher Bestandteil der Sozialstaatlichkeit nach Art. 20 und 28 GG“ verstanden.⁹ Das Bundesverfassungsgericht stellt in einem neueren Urteil von 2009¹⁰ fest, dass das Sozialstaatsprinzip zwar „bislang nur in wenigen Fällen konkrete verfassungsrechtliche Handlungspflichten“ auferlege, aber zu diesen wenigen gehöre, dass der Staat „die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger zu schaffen“¹¹ habe. Dabei sieht es die Leistungen der Daseinsvorsorge als Leistungen an, „deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.¹²

Als wichtigste soziale Zielsetzungen werden bei den Leistungen der Daseinsvorsorge „der allgemeine Zugang und der Abbau von Ungleichheiten gesehen“,¹³ und der Zugang zu diesen Dienstleistungen wird als ein „Grundrecht“¹⁴ betrachtet. Aus dieser Perspektive ist S. Leibfried zufolge die deutsche Daseinsvorsorge ein „äußerer, in einem Jahrhundert selbstverständlich gewordener sozialstaatlicher Umverteilungsring“.¹⁵ Der „Staat der Daseinsvorsorge“ sei seit dem 19. Jahrhundert zusammen mit dem Sozialstaat gewachsen. Die Sozialversicherungssysteme seien nur die „sichtbare Spitze des Eisbergs“ des deutschen Sozialstaates. Dessen „unsichtbarer Teil“ – die Daseinsvorsorge – umfasse „die ganze öffentliche Infrastrukturvorsorge, also Sozialleistungen, die nicht als Geldtransfers oder persönliche Dienstleistungen erbracht werden konnten“.¹⁶

Als seit dem Ende der 1980er Jahre diese wirtschaftlichen Sektoren durch die Liberalisierungspolitik der Europäischen Kommission allmählich dem Wettbewerb geöffnet wurden und private Anbieter in den ehemals staatlichen Monopolunternehmen reservierten Markt vordrangen ging dies nicht ohne Wider-

⁸ Siehe Hösch (2000), S. 31, Fn 36.

⁹ Kulenkampff u.a. (2001), S. 101. Siehe auch Schulze-Nieswandt (2004), S. 10, Hünnekens (1995), S. 118, Maunz/Zippelius (1994), S. 102f. Umgekehrt sehen manche auch die Institutionen des Sozialstaates, etwa die Sozialversicherungssysteme, als Teil der Daseinsvorsorge an: Maydell (2001).

¹⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009.

¹¹ Ebd., Abs. 257.

¹² BVerfGE 66 246 (258).

¹³ CEEP (1996), S. 17.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Leibfried (2001), S. 158.

¹⁶ Ebd.

stand vonstatten. Es entzündete sich eine nationale und europäische öffentliche Debatte darüber, ob Wettbewerb mit den diesen Sektoren obliegenden Aufgaben von Gemeinwohlbedeutung vereinbar sei und ob eine Liberalisierung dieser Sektoren nicht vielmehr zur Unterminierung der in diesen Sektoren verfolgten Gemeinwohlziele und zu einer Abkehr vom „europäischen Gesellschaftsmodell“ führen würde.¹⁷ So bezeichnete die EU-Kommission in ihrer Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge diese als „Kern des europäischen Gesellschaftsmodells“.¹⁸ Manche sahen in der neuen Behandlung der Daseinsvorsorgesektoren durch die Europäische Kommission gar einen „kritischen Punkt“ in der Entwicklung des europäischen Projektes.¹⁹ Nach A. Héritier werde sich an den Daseinsvorsorgesektoren die Frage entscheiden, „whether European policy-making is inextricably biased in favour of market-making policy or negative integration (economic regulation), as opposed to market-correcting policy or positive integration (often social regulation)“.²⁰ Im Kern war dies, auf nationaler wie auf europäischer Ebene, eine Debatte um die Grenzen von Markt und Staat, in der unterschiedliche Ordnungsvorstellungen und Gesellschaftsmodelle aufeinander trafen. Der Hauptstreitpunkt in dieser Debatte war die Frage, wo die jeweiligen Grenzen des marktlichen Bereiches unantastbarer Wettbewerbsfreiheit einerseits und des politisch gestaltbaren Bereiches des Sozial- und Wohlfahrtsstaates andererseits verliefen bzw. verlaufen sollten.²¹ Kritiker der Liberalisierung befürchteten, dass durch eine „Ökonomisierung der Gesellschaft“ den Bürgern die politischen Gestaltungsspielräume entzogen würden, und bemängelten die Gleichsetzung des „Allgemeininteresses“ mit den Ergebnissen der Marktwirtschaft,²² während Befürworter einer Liberalisierung unter Verweis auf die Staatsquote eine Reduzierung derselben forderten.²³ Die Liberalisierungskritiker gingen in dieser Debatte von einem behaupteten Gegensatz von Wettbewerb und Gemeinwohl, von wirtschaftlichen Interessen und Gemeinwohlinteressen aus.²⁴ Die Liberalisierungsbefürworter hielten dem nicht selten entgegen, der Verweis auf Gemeinwohlinteressen diene nur der Kaschierung von Sonderinteressen an Wettbewerbsausschluss, um die althergebrachten privilegierten Marktpositionen der bei den Monopolen Beschäftigten zu verteidigen.²⁵ Großbritannien und die Niederlande waren in der Vergangen-

¹⁷ Becker (2005), S. 5f. Vgl. Héritier (2001) für eine politökonomische Analyse des hauptsächlich französischen Ursprungs der dieser Debatte und ihre Verlagerung auf die Europäische Ebene.

¹⁸ Kommission (1996), S. 1.

¹⁹ Monnier (1995), S. 231.

²⁰ Héritier (2001a), S. 825f.

²¹ Vgl. Becker (2005), S. 9.

²² Monnier (1995), S. 234.

²³ Prätorius (2004), S. 239.

²⁴ Vgl. Bocklet (2001), S. 11.

²⁵ Vgl. etwa BDB (2001). Prätorius (2004), S. 249, hebt hervor, dass in dieser Diskussion auf

heit diejenigen Länder, die in den Daseinsvorsorgesektoren eine frühe Liberalisierungspolitik verfolgten, während Frankreich, Belgien, Spanien und Italien eher ihre Tradition der öffentlichen Monopole verteidigen wollten. Deutschland schließlich nahm eine Mittelposition in diesem Spektrum ein.²⁶

Auf der Grundlage dieser Diskussion um die Grenzen des Wettbewerbs in den „Gesellschaftsmodellen“ der europäischen Nationalstaaten entstand eine zweite Diskussionslinie. An der Europäischen Kommission wurde kritisiert, sie nehme durch die Liberalisierungsaufgaben unzumutbare Eingriffe in die nationalstaatliche Souveränität vor. Denn der mit der Liberalisierung eingeführte Wettbewerb bedrohe die überkommene Organisationsform der ehemaligen Monopolspektoren und verhindere die Verfolgung der politisch beschlossenen Gemeinwohlaufgaben. Damit stellten die Liberalisierungsaufgaben der Kommission einen unzumutbaren Eingriff in nationalstaatliche Souveränität auf Kerngebieten nationalstaatlicher Politik dar. In dieser Bedrohung nationalstaatlicher Souveränität sahen manche einen Konstruktionsmangel des EG-Vertrages, da dieser mit seinem angeblich einseitigen Fokus auf die Schaffung eines freien Binnenmarktes bloß auf ökonomische Effizienz abstelle und die Relevanz anderweitiger Gemeinwohlziele vernachlässige, welche durch nationalstaatliche Markeingriffe verfolgt werden könnten und Teil des „europäischen Gesellschaftsmodells“ seien.²⁷ Es entspann sich eine Debatte um die wirtschaftspolitische Souveränität der Mitgliedstaaten, welche schließlich in die Schaffung eines Art. 16 EGV mündete, welcher als „Paradigmenwechsel“ in der Behandlung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch die europäische Kommission gilt. Wurden die sog. „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ vor dem Vertrag von Amsterdam eher als Hindernisse für die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes angesehen,²⁸ betont dieser Artikel nun ihren „Stellenwert innerhalb der gemeinsamen Werte der Union“ und ihre „Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts der Union“.²⁹

Trotz der Veröffentlichung eines Grün- und Weißbuches der Europäischen Kommission zu diesem Thema kann die Debatte über diesen Themenkomplex nicht als beigelegt gelten. Bei den inhaltlichen Kernfragen der ordnungspolitischen Einordnung der Daseinsvorsorge, ihrer Beziehung zum „europäischen Gesellschaftsmodell“ sowie der darauf aufbauenden Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen nationalstaatlichen Regierungen und Europäischen Institu-

beiden Seiten ein aus ordnungspolitischer Perspektive mangelhaftes Verständnis des Marktes vorherrscht: während für die einen Wettbewerb ein „nicht hinterfragbarer ‚Wert an sich‘“ sei, werde er bei den anderen „als das Gestalt gewordene Gegenbild zum Gemeinwohl in Stellung gebracht“.

²⁶ Héritier (2001a), S. 833.

²⁷ Vgl. etwa *Europartenaïres* (2004), u. a. S. 13, S. 24.

²⁸ Héritier (2001a), S. 830.

²⁹ Art. 16 EGV.

tionen konnte keine klare Einigung erzielt werden. Der zugrundeliegende Konflikt zwischen Wettbewerb und politisierter Daseinsvorsorge ist auf der europäischen Ebene auch heute noch zugunsten einer der beiden Seiten aufgelöst, sondern bloß – mit dem Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – benannt.³⁰ Wie die neue „Rekommunalisierungswelle“³¹ ehemals privatisierter Bereiche der Daseinsvorsorge aufzeigt, scheinen auch die durch die Privatisierungen der Vergangenheit geschaffenen Fakten die Diskussion nicht beendet zu haben.

1.2. Zentrale Fragen der Arbeit

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Klärung der oben aufgeworfenen grundlegenden Fragen bezüglich des wünschbaren Verhältnisses von Wettbewerb und Gemeinwohlzielen in der institutionellen Ausgestaltung der Wirtschaftssektoren der Daseinsvorsorge. In einer ordnungsökonomischen Herangehensweise soll der mögliche Konflikt zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl in der Daseinsvorsorge untersucht werden. Dabei wird die Leitfrage sein, ob die Bürger gemeinsame Interessen im Bereich der Daseinsvorsorge haben, die durch einen rein wettbewerblichen Ordnungsrahmen nicht erfüllt werden können. Wie weit kann und soll der Wettbewerb im Interesse der Bürger ein ordnendes Prinzip in der Daseinsvorsorge sein?

Aus ordnungsökonomischer Perspektive legitimieren sich wettbewerbliche Märkte weder von selbst, noch durch ihre von Ökonomen immer wieder herausgehobenen Effizienzeigenschaften. Stattdessen liegt ihre Legitimation in der Vorteilhaftigkeit für und Zustimmung durch die betroffenen Bürger. Die positiven ökonomischen Funktionseigenschaften des Marktwettbewerbs stellen zwar gute Gründe für die Bürger dar, in ihrer Rolle als Konsumenten eine Gesellschaftsordnung zu bevorzugen, in der offene wettbewerbliche Märkte das Wirtschaftsleben ordnen. Allerdings können Bürger neben ihren Interessen als Konsumenten im Markt auch andere Interessen haben, die bei der Ordnungsgestaltung von Wirtschaftssektoren relevant sein können, und für deren Verwirklichung sie eine Verminderung der „Effizienz“ des Marktes in Kauf zu nehmen bereit sind.

Im ersten Teil der Arbeit sollen die verschiedenen Probleme und Ansprüche an die Daseinsvorsorge geklärt werden, aus welchen die besondere Bedeutung der Daseinsvorsorge für Wirtschaft und Gesellschaft abgeleitet und die angebliche Notwendigkeit des Eingriffs in die marktliche Allokation und die Nichtanwendbarkeit der Wettbewerbsprinzips begründet werden. Hierbei soll der Fokus nicht nur auf der rein ökonomischen Frage liegen, wie Wettbewerb in

³⁰ Mestmäcker (2005), S. 23.

³¹ *Econwatch* (2010).

diese Wirtschaftsbereiche eingeführt und gesichert werden kann. Vielmehr geht es im ersten Teil der Arbeit um die Klärung der breiteren Frage, welche Interessen der Bürger in ihrer Rolle als Konsumenten, aber auch in ihrer Rolle als Mitglieder eines politischen Gemeinwesens, der Einführung von Wettbewerb in diesen Sektoren entgegenstehen können. Da aus ordnungsökonomischer Perspektive hierbei auf die umfassenden Interessen der Betroffenen abzustellen ist, geht der Ansatz dieser Arbeit über die traditionellen ökonomischen Analysen der Daseinsvorsorgesektoren hinaus, die sich oftmals auf die Frage beschränken, wie sich gegebene politische oder gesellschaftliche Gemeinwohlanliegen möglichst effizient und mit der geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs in diesen Sektoren verwirklichen lassen. Die Frage eines möglichen Konfliktes zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl in der Daseinsvorsorge wird in drei analytische Kategorien unterteilt, die nacheinander untersucht werden.

Nach einer Abgrenzung des Problems werden die staatsphilosophischen Begründungen für die behauptete Schädlichkeit von Wettbewerb in der Daseinsvorsorge untersucht. Hierbei werden die Konzeptionen der Daseinsvorsorge und des *service public* analysiert. Da die Abgrenzung in diesen allgemeinen Konzeptionen sich als unzureichend erweist, wird ein wichtiger Teil der „Besonderheit“ dieser Sektoren daraufhin auf ihre spezifischen ökonomischen Eigenschaften zurückgeführt.

Im zweiten Teil der Arbeit wird auf die verschiedenen Arten von „Marktversagen“ eingegangen, mit welchen in der Vergangenheit staatliche Eingriffe in diese Sektoren gerechtfertigt wurden, und es werden verschiedene Möglichkeiten dargestellt, mit diesem Marktversagen umzugehen.

Neben der wettbewerblichen Problematik, die den Daseinsvorsorgesektoren typischerweise zu Eigen ist, wurden Staatseingriffe aber auch mit „nichtmarktlichen“ Interessen an der Bereitstellung dieser Dienstleistungen begründet. Die Klärung dieser nichtmarktlichen Bürgeranliegen und die Untersuchung, ob diese nichtmarktlichen Ziele im gemeinsamen Interesse der Bürger liegen können, nehmen im dritten Teil der Arbeit breiten Raum ein. Klarheit in den zugrundeliegenden Zielen der Daseinsvorsorge ist eine Vorbedingung für ihre rationale Verortung in der Diskussion um die Grenzen von Markt und Staat. Eine solche angestrebte klare Einordnung und Bewertung der in der Daseinsvorsorge verfolgten Politikziele ist zum einen deswegen von besonderer Relevanz, weil die Vermutung im Raum steht, dass die durch Marktinterventionen verfolgten Politikziele letztlich nicht im gemeinsamen Interesse der Bürger liegen, sondern der Bedienung von Sonderinteressen dienen. Konzeptionelle Klarheit ist aber auch besonders deswegen wichtig, weil sie eine Vorbedingung für die Feststellung derjenigen Maßstäbe darstellt, an denen die Leistung dieser Wirtschaftsbereiche zu messen ist. Für diejenigen Anliegen in der Daseinsvorsorge, welche den Legitimationstest der prinzipiellen allgemeinen Zustimmungsfähigkeit für die Bürger bestehen, wird nach einer angemessenen institutionellen

Verwirklichung gesucht werden müssen. Ob die momentane institutionelle Verankerung eines Gemeinwohl-Anliegens dem zugrundeliegenden Ziel wirklich zuträglich ist, ist ebenfalls in dieser Untersuchung zu prüfen.

Im darauffolgenden angewandten Teil der Arbeit wird in einem länderübergreifenden Vergleich der Ordnungsrahmen für zwei verschiedene Daseinsvorsorgesektoren, die Telekommunikation und den öffentlichen Busverkehr, in Deutschland, Frankreich und Großbritannien untersucht.

2. Eingrenzung der Untersuchung

2.1. Daseinsvorsorge – Begriffliche Klärung und Eingrenzung

Die Abgrenzung des Bereiches der Daseinsvorsorge in Deutschland ist nicht ganz einfach, da der Begriff unterschiedlich verwendet wird. Da diese verschiedenen Verwendungen zu Verwirrung führen können, ist zunächst eine Klärung des Begriffs angezeigt.

Ursprünglich wurde der Begriff „Daseinsvorsorge“ vom Juristen Ernst Forsthoff 1938 in seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ geprägt. Forsthoff meinte hiermit Dienstleistungen, auf welche der in die „modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“³² und bei deren Erlangung er in Abhängigkeit von seinen Mitmenschen stünde. Zu diesen Leistungen seien die „Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität“ sowie „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, die Post, Telephonie und Telegraphie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“³³ zu zählen. Forsthoff wollte jedoch keine abschließende Abgrenzung der zur Daseinsvorsorge zuzurechnenden Sektoren geben und lieferte auch kein Entscheidungskriterium, um zu begründen, welche Sektoren der Daseinsvorsorge zuzurechnen seien. An den von Forsthoff genannten Sektoren fällt zwar auf, dass sie zum größten Teil zu den Wirtschaftsbereichen gehören, welche früher als sogenannte „natürliche Monopole“ angesehen wurden. Auch seine Vorstellungen von der staatlichen Kontrolle dieser Sektoren und der besonderen Gemeinwohlaufgaben, denen sie unterworfen sein sollten, legt eine gewisse Affinität von „Daseinsvorsorge“ zum Konzept der „public utility-regulation“ und zum französischen „service public“ nahe. Forsthoff ging es allerdings um mehr als um die Begründung staatlicher Regulierungstätigkeit.³⁴

Trotz der mit Forsthoffs Daseinsvorsorgekonzeption verbundenen Ideen und Ordnungsvorstellungen, auf die in einer eingehenderen Analyse noch zurück-

³² Forsthoff (1938), S.7.

³³ Ebd.

³⁴ Mestmäcker (1998), S.637.

zukommen sein wird, und trotz – aber wahrscheinlich eher gerade wegen – seiner analytischen Unschärfe, hat sich der Begriff der Daseinsvorsorge in der gesellschaftlichen Diskussion und wissenschaftlichen Literatur zur Bezeichnung einer Gruppe von Wirtschaftssektoren mit weitgehenden Staatseingriffen und Gemeinwohlauflagen behauptet.

Diese Gruppe von Wirtschaftssektoren wird heutzutage schon in der deutschen Diskussion unterschiedlich weit abgegrenzt.

– Nach Blankart gehören zur Daseinsvorsorge etwa Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Gasversorgung, Elektrizitätsverteilung und zum Teil -erzeugung, der öffentliche Personennahverkehr, Museen, Bibliotheken, Schwimmbäder, Müllabfuhr, Krankenhäuser sowie Kreditinstitute.³⁵

– Nach J. Haucap³⁶ ist mit Daseinsvorsorge typischerweise eine Sicherstellung der „Grundversorgung“ der Bevölkerung gemeint. Hierbei handele es sich oft, aber nicht immer, um Leistungen, welche von kommunalwirtschaftlichen Betrieben erbracht werden, wie z. B. „Verkehrs- und Beförderungsleistungen im ÖPNV, Gas- und Stromversorgung (Stadtwerke), Müllabfuhr, Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Finanzdienstleistungen (Sparkassen), Bildungs- und Kulturangebote, Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens (Krankenhäuser, Landärzte), Kommunikationsdienste (Post und Telekommunikation) sowie Informationsangebote (Fernsehen)“.³⁷

– In einer umfassenderen Definition zählt Knorr³⁸ folgende Bereiche zur Daseinsvorsorge: fast das gesamte Verkehrswesen, grundlegende Post- und Telekommunikationsdienstleistungen, die Energieversorgung inklusive Kohlebergbau, Wasserver- und -entsorgung, die gesamte Wertschöpfungskette der Abfallbeseitigung, Deichbau, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Rahmen seines Grundversorgungsauftrages, Bildungsstätten, kulturelle Einrichtungen wie Museen, Theatern, Opern, soziale Einrichtungen wie Altenheime und Pflegedienste, das Gesundheitswesen, bestimmte Finanzdienstleistungen (Girokonten) und Versicherungsdienstleistungen, die Wohnungswirtschaft (sozialer Wohnungsbau), sowie eine Reihe sonstiger kommunaler Einrichtungen wie Feuerwehren, Sportstätten, Grünanlagen, Volksfeste, Friedhöfe und Tierkörperbeseitigungsanstalten.

Welche *Eigenschaften* sind diesen verschiedenen Wirtschaftssektoren gemeinsam? Klare Definitionen oder Abgrenzungen des Begriffes der Daseinsvorsorge, aus denen sich zweifelsfrei ableiten ließe, welche wirtschaftlichen und nicht-

³⁵ Blankart (2003), S. 463.

³⁶ Haucap (2007), S. 713.

³⁷ Ebd.

³⁸ Knorr (2005), S. 9f. Ebenfalls und im Widerspruch fast zur gesamten Literatur zählt Knorr die „hoheitlichen“ Aufgaben Justiz und innere und äußere Sicherheit zur Daseinsvorsorge.

wirtschaftlichen Leistungen Teil der Daseinsvorsorge seien, oder welche besonderen Eigenschaften diesen Leistungen oder Wirtschaftssektoren gemeinsam sind, sind nicht vorhanden.³⁹ Diese begriffliche Unschärfe resultiert zum Teil daraus, dass Daseinsvorsorge gleichzeitig sowohl positiv beschreibend gebraucht wird, um etwa Sektoren staatlicher Wirtschaftstätigkeit zu bezeichnen, als auch normativ zur Bezeichnung einer bestimmten Art von Staatsaufgabe. So werden der Daseinsvorsorge oftmals ebenso diejenigen Leistungen der Grundversorgung zugerechnet, die aktuell oder historisch in der Verantwortung des Staates liegen, als auch jene Leistungen, welche nach Auffassung des jeweiligen Autors als grundlegende Staatsaufgabe durch den Staat erbracht oder garantiert werden *sollten*.

Den unterschiedlichen Abgrenzungen des Bereiches der Daseinsvorsorge in der Literatur und öffentlichen Diskussion liegen verschiedene analytische Kriterien zugrunde.

Erstens wird oftmals die *essentielle Bedeutung* der Daseinsvorsorgeleistungen für die individuelle Existenz, das gesellschaftliche Leben und wirtschaftliche Prozesse hervorgehoben. Etwa gehe es bei der Daseinsvorsorge um die Bereitstellung bestimmter Leistungen oder öffentlicher Einrichtungen für alle Bürger und Bürgerinnen der örtlichen Gemeinschaft („Allgemeinversorgung“⁴⁰), welche eine „wesentliche“, „existentielle“ oder „infrastrukturelle“ Natur aufwiesen.⁴¹ Aus dieser Perspektive unterscheiden sich die Leistungen der Daseinsvorsorge in ihrer nachfrageseitigen Eigenschaft als „Existenzgüter“ von Luxusgütern. Dieser Charakterisierung entspricht Ch.B. Blankarts Definition der Daseinsvorsorge als „Leistungen des oft *preisunelastischen Grundbedarfs*, die ein Mensch zur unmittelbaren Organisation seines Lebens benötigt“.⁴²

Zweitens kann aus ökonomischer Perspektive eine Gemeinsamkeit der Sektoren der Daseinsvorsorge eine besondere *Eigenschaft auf der Angebotsseite* der betreffenden Märkte sein, die Marktversagen begründen kann. So wird in der ökonomischen Literatur manchmal in einer engen Definition „Daseinsvorsorge“ als Bezeichnung für die sog. Netzindustrien verwendet, welche aufgrund bestimmter Kosteneigenschaften der Produktionsfunktionen bei der Bereitstellung von Netzinfrastruktur zu Wettbewerbsproblematiken führen können.

Verbreitet ist, drittens, der Begriff „Daseinsvorsorge“ zur Bezeichnung einer bestimmten *Art der Leistungserstellung*. So beschreibt „Daseinsvorsorge“ in ei-

³⁹ *Einig* (2008), S. 18: „Operationalisierbare Definitionen zur Unterscheidung von Leistungen der Daseinsvorsorge, und Leistungen, die einer Allokation über Märkte vorbehalten bleiben, fehlen.“

⁴⁰ *Bogumil* u. a. (2010), S. 17.

⁴¹ Ebd.

⁴² *Blankart* (2002), S. 29. Diese Definition ist mit „weiten“ Umschreibungen der Daseinsvorsorge, welche auch die Bereitstellung grundlegender öffentlicher Güter umfassen, kompatibel, müsste folglich aber entgegen der Verwendung in der Literatur auch die Bereitstellung etwa von Kleidung und Nahrungsmitteln umfassen.

ner engen Definition in der wissenschaftlichen Diskussion die von der staatlichen Leistungsverwaltung erbrachten Güter und Dienstleistungen.⁴³ Die Produktion und Bereitstellung wirtschaftlicher Güter und Leistungen in staatlicher Regie ist hier das gemeinsame Merkmal. In diesem Sinne definiert U. Hösch Daseinsvorsorge als „staatliche Tätigkeit zur Verringerung der wirtschaftlichen Knappheit“.⁴⁴ In einer breiteren auf die Erbringungsart abstellenden Definition werden auch gemeinwohlorientierte und gemeinwirtschaftliche Dienste, sogar der öffentliche Dienst insgesamt, als Teile der öffentlichen Daseinsvorsorge ausgegeben.⁴⁵ Diese weitere Definition stellt auf den „nicht erwerbswirtschaftlichen“, d. h. nicht primär gewinnorientierten institutionellen Kontext ab, in welchem die Bereitstellung von Leistungen stattfindet.

Viertens wird auf einer anderen Ebene „Daseinsvorsorge“ zur Bezeichnung *politischer Ziele* gebraucht: der Begriff bezeichnet eine Verantwortung des Staates, allen Mitgliedern der Gesellschaft den Zugang zu den für die Existenz in dieser Gesellschaft notwendigen Gütern, den sogenannten Gütern der Grundversorgung, zu gewährleisten. Das Konzept einer staatlichen Verantwortung zur Sicherung der Grundversorgung impliziert, dass es dem Einzelnen unmöglich sei, seine Grundversorgung in Eigenverantwortung sicherzustellen. So begründete in der Tat Forsthoff die sog. staatliche „Daseinsverantwortung“ damit, dass der Einzelne sein Dasein in einer modernen arbeitsteiligen Welt nicht mehr allein garantieren könne,⁴⁶ und leitete hieraus dann eine weit reichende „Daseinsverantwortung“ des Staates ab. Die Rechtfertigung der staatlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge als politisches Ziel wird in der heutigen Diskussion nicht bloß mit allokativen Begründungen einer eingeschränkten Funktionsfähigkeit der Märkte in diesen Bereichen (d. h. Marktversagen) begründet. Vielmehr wird die „Daseinsverantwortung“ des Staates zusätzlich verteilungspolitisch⁴⁷ und regionalpolitisch begründet. Es handle sich um „Güter[...], die universalistisch bereit gestellt werden müssen“: bei den Gütern der Daseinsvorsorge bestehe das Ziel einer „flächendeckenden Versorgung“, welches vom Staat mit sozial- oder regionalpolitischen Eingriffen in die Tarifgestaltung verfolgt werde.⁴⁸ Heute werden Güter, die zwar marktlich bereitgestellt

⁴³ Vgl. Miegel (2003), S. 28.

⁴⁴ Hösch (2000), S. 25.

⁴⁵ Vgl. Miegel (2003), S. 28.

⁴⁶ Forsthoff (1938), S. 5, 7f.

⁴⁷ Kirsch (2003), S. 60.

⁴⁸ Weswegen in einem solchen Verständnis die „Daseinsvorsorge“ nicht vollkommen mit „Sozialstaat“ gleichgesetzt werden kann, zeigt R. Ringwald auf: „Gemeinsam ist Sozialleistungen und der Daseinsvorsorge das Ziel, Not zu vermeiden und Güter und Dienstleistungen möglichst vielen möglichst gleich zugänglich zu machen. Wo hingegen der Schwerpunkt der Sozialpolitik darin liegt, Unterschiede im Zugang zu Dienstleistungen und Gütern auszugleichen, die in dem sozialen Verhältnis begründet sind, zielt die Daseinsvorsorge auf Sicherheit und Allgemeinheit der Versorgung. [...] Daseinsvorsorge beschreibt eine Aufgabe, die nicht in der Sozialpolitik aufgeht. Während das soziale Staatsziel die allgemeine Teilhabe am gesell-

werden, bei denen aber ein politisches Anliegen der Sicherung einer allgemeinen Versorgung mit denselben besteht, oft auch als „Universaldienste“ bezeichnet. In die Kategorie von Daseinsvorsorge als mit politischen Zielen behaftete Leistungen fällt die neuere Verwendung von „Daseinsvorsorge“ zur Bezeichnung von Leistungen, die durch den Staat und seine verschiedenen Körperschaften *im öffentlichen Interesse* angeboten werden.⁴⁹ Eine solche auf das öffentliche Interesse am Angebot einer Leistung abstellende Abgrenzung der Daseinsvorsorge kann sich mit der Definition der Daseinsvorsorge als Grundversorgung decken, aber auch einen weiteren Bereich umfassen, sofern anderweitige öffentliche Interessen an der Bereitstellung einer Leistung, wie etwa industriepolitische Ziele, bestehen. Diese Art und Weise der Abgrenzung der Daseinsvorsorge dürfte über den europäischen Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ den Eingang in den deutschsprachigen Daseinsvorsorgebegriff gefunden haben.

2.2. Juristisch legislative Abgrenzung

Lange Zeit tauchte der Begriff Daseinsvorsorge in keinem Gesetz auf.⁵⁰ Erst im Regionalisierungsgesetz zum ÖPNV (§ 1) sowie in den neueren Gemeindeordnungen⁵¹ ist der Begriff zu finden. Generell kann konstatiert werden, dass die Verwendung des Begriffs Daseinsvorsorge in der gesetzgeberischen Praxis in Deutschland nicht unbedingt einheitlich erfolgt und durch kein klar erkennbares theoretisches Konzept fundiert wird. Die allgemeine Bedeutung der „klassischen“ Daseinsvorsorge Forsthoffs scheint der Begriffsverwendung zumindest nicht zugrunde zu liegen. Püttner vermutet, dass der deutsche Gesetzgeber vom kommunalen Charakter der Daseinsvorsorge ausgegangen sei. Hierfür spreche, dass bei der Bahnreform 1993 der Begriff Daseinsvorsorge lediglich im Regionalisierungsgesetz (§ 1) in Bezug auf den ÖPNV verwendet worden sei, nicht jedoch in Bezug auf die Deutsche Bahn.⁵² Die Sparkassen stellten hier von allerdings eine Ausnahme dar. Sie seien zwar auch ein wichtiger Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden, wären aber fast nie unter die Bezeichnung Daseinsvorsorge subsumiert worden.⁵³

schaftlichen Wohlstand ermöglicht und fördert, kann die Staatsaufgabe Daseinsvorsorge (auch) andere Zwecke verfolgen als den Sozialen.“ Ringwald (2008), S. 178.

⁴⁹ Bullinger (2003), S. 601.

⁵⁰ Püttner (2002), S. 37.

⁵¹ § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW. Siehe auch Art. 87 Abs. 1 Nr. 3 BAYGO, sowie ähnlich für den ÖPNV § 1 des Regionalisierungsgesetzes von 1993.

⁵² Püttner (2003), S. 6.

⁵³ Angesichts ihres öffentlichen Versorgungsauftrages, welcher eine Präsenz in der Fläche voraussetze, handelt es sich nach Püttner (2003), S. 6, jedoch bei den Sparkassen ebenfalls um einen „geradezu klassischen Fall von Daseinsvorsorge“.

Das staatliche Angebot von Telekommunikation, Bahn und Post sei so gut wie niemals als „Daseinsvorsorge“ bezeichnet worden.⁵⁴ Allerdings bestimmt für die Bereiche Post und Telekommunikation Art. 87f des Grundgesetzes, dass der Bund in diesen Bereichen für flächendeckende, angemessene und ausreichende Dienstleistungen verantwortlich ist – was Püttner zufolge typische Kennzeichen der Daseinsvorsorge sind. Auch seien viele „nichtwirtschaftliche“ öffentliche Einrichtungen wie z. B. Krankenhäuser, Rettungsdienste, Friedhöfe nicht zur Daseinsvorsorge gerechnet worden, bei denen sich dies aber aufdränge, da der Bürger auf diese angewiesen sei. Genauso liege der Fall bei weniger existentiell wichtigen, aber durchaus nützlichen Einrichtungen wie Sportstätten, Bädern, Freizeiteinrichtungen und kulturellen Einrichtungen.

Das Bundesverfassungsgericht misst der Daseinsvorsorge Verfassungsrang zu, wenn es schreibt: „Die Energieversorgung gehört zum Bereich der Daseinsvorsorge, sie ist eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf.“⁵⁵ Sofern deutsche Gerichte den Begriff Daseinsvorsorge verwendeten, diene dieser ihnen Bullinger zufolge bei manchen Entscheidungen lediglich als „willkommenes Kürzel, um aus den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Staates diejenigen notwendigen staatlichen Leistungen auszugrenzen, die öffentlichen Aufgaben dienen und deshalb trotz zivilrechtlicher Formen den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sowie zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle unterliegen und keinen Grundrechtsschutz genießen“.⁵⁶ Püttner zufolge gibt es bis zum heutigen Tage auch keine wirkliche rechtliche Dogmatik des Begriffes. Zwar werde Daseinsvorsorge in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechtes erwähnt, aber „mehr im Sinne einer Ausleuchtung des philosophischen Hintergrunds“.⁵⁷

2.3. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Man kann ebenfalls versuchen, sich der Eingrenzung des Bereiches der Daseinsvorsorge von den europäischen Gesetzestexten zu nähern. In diesem Abschnitt wird der allgemeine europäische Regelrahmen für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dargestellt, welcher die Bedingungen festlegt, unter denen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union diese Dienstleistungen von der Geltung der Wettbewerbsregeln ausnehmen dürfen. Die Frage, was in diesem Regelrahmen als das „öffentliche Interesse“ an diesen Dienstleistungen angesehen wird, kann nicht getrennt von der Darstellung dieses Regelrahmens behandelt werden.

⁵⁴ Püttner (2003), S. 6.

⁵⁵ BVerfGE 66 246 (258).

⁵⁶ Bullinger (2003), S. 601, Fußnoten entfernt.

⁵⁷ Püttner (2002), S. 35, insbes. die dortigen Literaturangaben.

In den europäischen Vertragstexten werden die Begriffe der Daseinsvorsorge und des *service public* nicht verwendet.⁵⁸ Auf der europäischen Ebene wird der Daseinsvorsorgebereich stattdessen mit den Begriffen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) und „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (DAI) bezeichnet.⁵⁹ Zwar verwendete die Kommission bis zu ihrer Mitteilung von 2001 in den deutschen Fassungen ihrer Dokumente den Begriff der „Daseinsvorsorge“, um Dienstleistungen öffentlichen Interesses zu kennzeichnen. Seitdem ist sie jedoch von dieser Praxis größtenteils abgerückt, war in diesem Bemühen aber nicht immer konsistent.⁶⁰

Eine genaue Definition oder Abgrenzung des Konzeptes der DAWI existiert nicht.⁶¹ Trotzdem herrscht allgemeine Übereinstimmung darüber, dass sich das Konzept der DAWI wie von der Kommission in ihrem Grünbuch definiert auf „wirtschaftliche Tätigkeiten [...], die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden“⁶² bezieht. Dies gelte insbesondere für die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige, gelte aber auch für andere mit Gemeinwohlauflagen verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten⁶³ wie z.B. Abfallwirtschaft, öffentlich-rechtlicher Rundfunk oder ÖPNV.

Der Oberbegriff DAI beinhaltet neben den „wirtschaftlichen“ auch „nicht-wirtschaftliche“, d.h. nicht in einem engeren Sinne gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen. Als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten bezeichnet die Kommission „Aufgaben, die *per se* dem Staat vorbehalten sind [gemeint sind etwa Polizeiwesen und Justizsystem, B. A.], Leistungen wie die Volksbildung oder die mit der Pflichtmitgliedschaft verbundenen Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit und eine Reihe von Tätigkeiten, die von Organisationen ausgeübt werden, die hauptsächlich soziale Aufgaben erfüllen“.⁶⁴ Da zumindest Bildung und Sozialversicherungssysteme durchaus auch unter marktlichen Bedingungen angeboten werden könnten, ist klar, dass den DAI nicht bloß öffentliche Güter im ökonomischen Sinn zugerechnet werden, sondern auch aufgrund be-

⁵⁸ Zwar hat die europäische Kommission in der deutschen Fassung einer ihrer Mitteilungen die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit „Daseinsvorsorge“ übersetzt, doch Püttner (2003), S. 5 f., weist darauf hin, dass die beiden Begriffe keineswegs deckungsgleich seien. Insbesondere habe der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine viel größere Geltungsreichweite.

⁵⁹ *Ambrosius* (2000), S. 21–27.

⁶⁰ Im Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden diese Wirtschaftssektoren gelegentlich noch als Daseinsvorsorge bezeichnet, vgl. *Kommission* (2003), S. 22.

⁶¹ *Sauter* (2008), S. 174.

⁶² *Kommission* (2003), S. 8.

⁶³ Ebd., S. 8, 12.

⁶⁴ Ebd., S. 17.

stimmter politischer Ziele vom Staat bereitgestellte private Güter im ökonomischen Sinn.

Somit ist die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen (oder markt- und nichtmarktbezogenen) Dienstleistungen, wie auch die Kommission betont, nicht leicht zu treffen.⁶⁵ Die Kommission sieht in ihrem Grünbuch eine a-priori-Liste von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nichtwirtschaftlicher Natur als nicht erstrebenswert an, da das „Spektrum aller Dienstleistungen, die auf einem bestimmten Markt erbracht werden können, [...] dem technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel“⁶⁶ unterliegt. Ob eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder von allgemeinem Interesse vorliege, müsse „im Einzelfall“ entschieden werden.

Die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist deswegen von Relevanz, weil sie die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages auf die zugehörigen Sektoren bestimmt: Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unterliegen im Gegensatz zu den DAWI „weder besonderen EU-Vorschriften noch finden auf sie die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags Anwendung“.⁶⁷ W. Sauter spricht für die hier vorliegende Situation von einer „fundamental tension between, on the one hand, the Member States’ wish to obtain a broad public service exception, and, on the other, the European Commission seeking to avoid opening a Pandora’s box that could threaten the application of the market freedoms and the competition rules.“⁶⁸

Von den beiden Begriffen der DAWI und der DAI ist nur der erstere im europäischen Primärrecht verankert. Die einzige dortige Erwähnung dieser Dienste bestand lange Zeit im aus der Gründungszeit der EG 1957 stammenden Art. 86 Abs. 2 EGV, welcher festlegt, dass auf „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ die Vorschriften des allgemeinen Gemeinschaftsrechts und insbesondere auch die Wettbewerbsregeln anzuwenden sind – dies gelte jedoch nur vorbehaltlich des Nachweises, dass durch „die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“⁶⁹ werde.

Der vage Charakter dieses Artikels ist durch seine historische Entstehung bedingt. Nach dem zweiten Weltkrieg kehrten nach einer Phase der kriegsbedingten Interventions- und Planwirtschaft zwar alle Mitgliedsstaaten der zukünftigen EWG zu marktwirtschaftlichen Systemen zurück, bezüglich des

⁶⁵ *Kommission* (2007), S. 5. Auf die Frage der Abgrenzung beider Sektoren gebe es keine Pauschalantwort, vielmehr müsse „auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden“, ebd.

⁶⁶ *Kommission* (2003), S. 17.

⁶⁷ *Kommission* (2007), S. 5.

⁶⁸ *Sauter* (2008), S. 1.

⁶⁹ Art. 86 Abs. 2 EGV.

Grades an und der Rolle von öffentlicher Intervention bestanden jedoch größere Differenzen, nicht zuletzt hinsichtlich der Rolle öffentlicher Unternehmen in den nationalen Wirtschaftsordnungen.⁷⁰ Als bei den Verhandlungen zu den römischen Verträgen Forderungen über eine Missbrauchskontrolle öffentlicher Unternehmen aufkamen, übernahm man in den diese Materie regelnden Artikel 90 (heute Art. 86) bewusst nicht einfach einen Begriff aus den nationalen Rechtstraditionen für diesen Sektor, um keiner der damaligen unterschiedlichen ordnungspolitischen Konzeptionen den Vorrang zu geben (der EG-Vertrag ist bezüglich der Frage öffentlicher versus privater Unternehmen in Art. 295 explizit neutral). Stattdessen kreierte man den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.⁷¹

Da eine genaue Definition des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“, dessen Erfüllung durch die Wettbewerbsregeln nicht verhindert werden darf, im EG-Vertrag nicht erfolgt, wird Art. 86 von juristischer Seite denn auch als „auffallend konturenlos“⁷² oder gar als „dilatorischer Kompromiss“⁷³ kritisiert. Der Artikel sei zwar nach der Rechtsprechung des EuGH als eng auszulegende Ausnahmevorschrift konzipiert. Ihre verschiedenen offenen Tatbestandsmerkmale wie „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ und „rechtlich oder tatsächlich verhindert“ seien aber nur schwer zu konkretisieren. Zudem könne dem Artikel nicht entnommen werden, wer für die Konkretisierung zuständig sei, Mitgliedsstaaten oder Europäische Kommission. Einerseits spricht die Europäische Kommission von einer „Freiheit der Mitgliedsstaaten“⁷⁴ oder gar „Gestaltungsfreiheit“,⁷⁵ Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festzulegen. Die Tatsache, dass es keine allgemeine Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gibt, spricht zunächst einmal für diese Definitionshoheit der Mitgliedsstaaten über das Vorliegen eines solchen Dienstes. Diese Interpretationsmöglichkeit wird Sauter zufolge durch die Tatsache erhärtet, dass auch in sukzessiven (vorgeschlagenen) Änderungen des Vertrages keine solche Definition eingefügt worden ist.⁷⁶ Aufgrund des großen diskretionären Spielraumes der Mitgliedsstaaten bei der Feststellung eines solchen allgemeinen wirtschaftlichen Interesses, welches potentiell zur Umgehung der Wettbewerbsregeln geeignet ist, sieht Sauter eine solche Abgrenzung auch nicht als notwendig an.⁷⁷ Auf der anderen Seite sind dieser mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit dadurch Grenzen gesetzt, dass das Kriterium des „allge-

⁷⁰ *Ambrosius* (2000), S. 21.

⁷¹ *Ebd.*, S. 21–27.

⁷² *Storr* (2002), S. 359.

⁷³ *Nettesheim* (2002), S. 41.

⁷⁴ *Kommission* (1996), S. 5.

⁷⁵ *Kommission* (2000), S. 11.

⁷⁶ *Sauter* (2008), S. 11.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 174 f.

meinen wirtschaftlichen Interesses“ ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff ist.⁷⁸ Die Vorschrift hat dem EuGH zufolge den Zweck, den Einsatz bestimmter – insbesondere öffentlicher – Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik in Einklang zu bringen mit den Interessen der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarktes.⁷⁹ So kann die Kommission auch einen Missbrauchstest anwenden, um die größten Fälle einer missbräuchlichen Ausnahme „normaler“ wirtschaftlicher Leistungen unter dem Vorwand des Art. 86 Abs. 2 zu verhindern, über den im Falle des Konfliktes mit den Mitgliedsstaaten der EuGH entscheiden muss.⁸⁰

Ob eine Dienstleistung von den Vertragsregeln der EU ausgenommen werden kann, hängt dabei davon ab, ob die die Dienstleistung erbringende Einheit ein „Unternehmen“ ist, ob sie mit einer Gemeinwohlaufgabe öffentlichen Interesses betraut wurde und ob die Ausnahmeregel ein verhältnismäßiges Mittel darstellen, um diese öffentliche Aufgabe zu erfüllen.⁸¹ Gelten Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als „Unternehmen“, dann ist das europäische Wettbewerbsrecht vollumfänglich anwendbar, gelten sie stattdessen als „solidaritätsbasierte“ Einrichtungen, sind sie vollkommen von der Geltung dieser Regeln ausgenommen.⁸² Ob die erbringende Einheit ein Unternehmen darstellt, hängt von der „wirtschaftlichen“ Natur ihrer erbrachten Dienstleistungen ab, und nicht von ihrer Rechtsform – entsprechend dem Neutralitätsgrundsatz Art. 95 EGV ist es vollkommen unerheblich, ob eine solche Dienstleistung durch öffentlich-rechtliche oder private Anbieter erbracht wird. Als „wirtschaftliche“ Tätigkeit gilt in der europäischen Rechtsprechung „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.⁸³ Hierbei ist nur die potentielle Marktfähigkeit der betreffenden Tätigkeiten relevant, und nicht ihre momentane Bereitstellungsform.

Die Betrauung mit einer Gemeinwohlaufgabe öffentlichen Interesses, welche die marktliche Dienstleistung zur DAWI macht, muss nicht notwendigerweise explizit in einem Gesetzestext verankert sein. Dem EuGH zufolge kann sie auch dann vorliegen, wenn der gesamte institutionelle Kontext der betreffenden Dienstleistung darauf hindeutet. Dies scheint der Organisationsform dieser Wirtschaftssektoren in der Vergangenheit als staatliche oder unter staatlicher Kontrolle stehende Monopolunternehmen geschuldet. In diesem politisierten institutionellen Regime, welches in Deutschland der Tradition der Gemein-

⁷⁸ *Storr* (2002), S. 359.

⁷⁹ *EuGH* 19. 3. 1991, Slg. 1991 I, 1223, 1263, Tz. 12.

⁸⁰ *Becker* (2005), S. 7.

⁸¹ Vgl. zum Folgenden auch den Überblick bei *Becker* (2005), S. 10f.

⁸² *Sauter* (2008), S. 1f.

⁸³ *Kommission* (2003), S. 17, mit Verweis auf *EuGH*, Pavel Pavlov und Andere/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, verbundene Rechtssachen C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451.