

§ 1

Begriffliche Grundlagen

I. Ausgangslage: Begriffliche Vielfalt bei vergleichbaren Sachverhalten

Öffentliche Dienstleistungen sind in den verschiedenen Staaten Europas unterschiedlichen rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen unterworfen. Je nach Geschichte, Wirtschaftsform und Gesellschaftsmodell werden mit öffentlichen Dienstleistungen unterschiedliche Erwartungen verknüpft. Aufgaben und Bedeutung öffentlicher Dienstleistungen spielen in den verschiedenen politischen Diskursen unterschiedliche Rollen. Entsprechend erfüllen öffentliche Dienstleistungen auch unterschiedliche Funktionen in den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialsystemen der europäischen Staaten. Die Heterogenität auf mitgliedstaatlicher Ebene wird durch Entwicklungen auf der Unionsebene überlagert und durchdrungen. Dabei ergeben sich wechselseitige Einflüsse zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und dem Unionsrecht, die in der neueren Literatur wiederholt zum Anlass genommen wurden, um über die Entwicklung eines gemeinsamen, wenn nicht gar einheitlichen rechtlichen Modells öffentlicher Dienstleistungen nachzudenken.¹

Sowohl der wissenschaftliche Diskurs als auch die rechtliche und politische Praxis über öffentliche Dienstleistungen ist durch eine mitunter verwirrende Begriffsvielfalt geprägt. Die Europäische Kommission bemerkt dazu im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: „Terminologische Unterschiede, semantische Unklarheit und unterschiedliche Traditionen in den Mitgliedstaaten haben in der Diskussion auf europäischer Ebene zahlreichen Missverständnissen Nahrung gegeben. (...) [I]n den Mitgliedstaaten (werden) unterschiedliche Begriffe und Definitionen gebraucht, was Ausdruck der jeweiligen geschichtlichen,

¹ So etwa G. Napolitano, Towards a European Legal Order for Services of General Interest, *European Public Law* 2005, 565 (571 ff.); M. Ross, The Europeanization of Public Services Supervision, *Yearbook of European Law* 2004, 303 (303 ff.); P. Bauby, Public Service: Forging a European Conception, in: G. Haibach (Hrsg.), *Services of General Interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, 1999, 49 (53 f.).

wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklung ist.“² Die Kommission dürfte selbst zu einigen Missverständnissen beigetragen haben³: So trugen die Kommissionsmitteilungen über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus den Jahren 1996⁴ und 2000⁵ und der Bericht an den Europäischen Rat von Laeken⁶ den deutschen Titel „Leistungen der Daseinsvorsorge“ und lösten damit in der deutschen Rechtswissenschaft Assoziationen mit dem aus der Rechts- und Verwaltungssprache bekannten Begriff Daseinsvorsorge aus.⁷ Diese Assoziationen wären vermutlich unterblieben oder anders ausgefallen, hätten die Mitteilungen ebenso wie das spätere Grünbuch und das Weißbuch⁸ den Begriff „Leistungen von allgemeinem Interesse“ gewählt, der im übrigen auch für die Mitteilungen aus den Jahren 1996 und 2001 in den meisten anderen europäischen Sprachen gebraucht wurde.⁹

Auch im Schrifttum hat sich (noch) keine einheitliche Terminologie herausgebildet. Dieser Befund gilt sowohl für Beiträge, deren Schwerpunkt auf einzelnen innerstaatlichen Rechtsordnungen liegt, als auch für Beiträge, die eine rechtsvergleichende und/oder europarechtliche Perspektive wählen. Teilweise werden die Begrifflichkeiten einer nationalen Rechtsordnung übernommen (z. B. Daseinsvorsorge oder *service public*) und auf andere nationale Rechtsordnungen oder das europäische Recht übertragen.¹⁰ Andere Autoren versuchen die terminologischen

² Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endgültig, Abs. 15, S. 7.

³ G. Püttner, Das grundlegende Konzept der Daseinsvorsorge. Kommunale Daseinsvorsorge – Begriff, Geschichte, Inhalte, in: R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und Daseinsvorsorge, 2002, 32 (32).

⁴ Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 1996, C 281/3.

⁵ Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17/4.

⁶ Bericht für den Europäischen Rat von Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 endgültig.

⁷ Vgl. statt vieler P. Tettinger, Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa? –, DVBl. 1997, 341 (342 u. Fn. 17); P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge, in: J. Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbs, 2001, 25 (25) und M. Möstl, Renaissance und Rekonstruktion des Daseinsvorsorgebegriffs unter dem Europarecht, in: M. Brenner u. a. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, 951 (953 ff.). Zum Begriff „Daseinsvorsorge“ siehe unten § 3 I.

⁸ Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endgültig, 12.5.2004.

⁹ Vgl. die Fassungen in Englisch: „services of general interest“; französisch: „services d'intérêt général“; niederländisch: „diensten van algemeen belang“; portugiesisch: „serviços de interesse geral“; spanisch: „servicios de interés general“ und schwedisch: „tjänster i allmänhetens intresse“. Nur die dänische Fassung benutzt mit dem Begriff „forsyningspligttydelser“ einen Ausdruck, der den vorgenannten Begriffen nicht wörtlich entspricht. Interessanterweise wird dieser Begriff – anders als der deutsche Begriff „Daseinsvorsorge“ – auch in den dänischen Fassungen des Grün- und Weißbuchs aufrechterhalten.

¹⁰ So z. B. C. Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, 2004. Kritisch zur Heranziehung eines innerstaatlichen Rechtsbegriffs auch J. Keller, Service public und Art. 90 Abs. 2 EGV, 1999, S. 85 f.

Probleme durch Begriffe zu überwinden, die in den nationalen Rechtsordnungen bzw. im Europarecht keine direkte Entsprechung haben wie z. B. „öffentliche Versorgung“¹¹.

Das durch die terminologische Vielfalt deutlich werdende Begriffswahlproblem ist mehrdimensional und dadurch besonders komplex. Es lassen sich mindestens drei unterschiedliche Dimensionen unterscheiden, die bei der Wahl eines Begriffs auftreten, mit dem die hier zu untersuchende Materie angemessen beschrieben werden kann:

Eine erste Problematik bei der Suche nach einem angemessenen Begriff besteht darin, dass die Begriffe, die sich in den einzelnen Mitgliedstaaten entwickelt und etabliert haben, bereits auf semantischer Ebene einander nicht entsprechen und sich nicht – jedenfalls nicht wörtlich – übersetzen lassen. So führt die wörtliche Übersetzung des französischen Begriffs *service public* mit „öffentlicher Dienst“ in die Irre, da ersterer ein umfassendes verwaltungsrechtliches Konzept der Leistungsverwaltung umfasst¹², während sich letzterer auf das Personal öffentlicher Verwaltungen und Unternehmen bezieht.¹³ Das gleiche gilt, wenn *services publics* mit „öffentliche Dienste“ übersetzt wird. Auch wenn der Pluralbegriff in der deutschen Sprache eher selten benutzt wird, kann hierunter die Vielzahl des Personals des öffentlichen Sektors verstanden werden.¹⁴ Irreführend ist auch die wörtliche Übersetzung des Begriffs „Daseinsvorsorge“ mit *provision of subsistence*¹⁵. *Subsistence* wird im englischen Sprachraum nicht mit dem Kanon der üblicherweise als Daseinsvorsorge bezeichneten Dienstleistungen wie Energie- und Wasserversorgung, Post und Telekommunikation oder öffentlichen Verkehrsdienstleistungen in Verbindung gebracht, sondern im Sinne der Gewährleistung des Existenzminimums verstanden.¹⁶

Das nächste Problem eröffnet sich auf der rechtstatsächlichen Ebene: Löst oder negiert man die semantische Dimension des Begriffsproblems, indem man auf wörtliche Übersetzungen der verschiedenen Begriffe verzichtet und stattdessen die jeweils in den Mitgliedstaaten gebräuchlichen Begriffe benutzt, stellt man rasch fest, dass deren Bedeutungsinhalt nicht deckungsgleich ist. Zwar kann man behaupten, dass sich die Dienstleistungen, die unter „Daseinsvorsorge“ und *service public* verstanden werden, im Wesentlichen entsprechen.¹⁷ Der exakten Begriffsbestimmung

¹¹ J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 7-26.

¹² Dazu unten § 3 I.

¹³ P. Bretthauer, Der falsche Freund im öffentlichen Dienst, Lebende Sprachen Nr. 1/97, 19; J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 7 f. und F. Löwenberg, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 36 ff.

¹⁴ R. Görner (Hrsg.), Öffentliche Dienste in Europa, o. J. (ca. 1996).

¹⁵ So die Übersetzung bei H.-P. Schwintowski, The common good, public subsistence and the functions of public undertakings in the European internal market, EBOLR 2003, 353 (361). Übersetzung von ders., Gemeinwohl öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, ZöGU 2003, 283.

¹⁶ S. z. B. die Verwendung des Begriffs „subsistence“ für die Definition von absoluter Armut bei R. East, Social Security Law, 1999, S. 4 und 6 m. w. N.

¹⁷ J. Hellermann, Daseinsvorsorge im europäischen Vergleich, in: Schrader-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft der Daseinsvorsorge, 2001, 78 (79).

ist damit aber kein Dienst erwiesen. Vielmehr wurde inzwischen wiederholt darauf hingewiesen, dass beide Rechtsinstitute bei aller Vergleichbarkeit nicht identisch sind.¹⁸

Schließlich besteht noch eine weitere Problematik, die mit der soeben erwähnten eng verknüpft ist. Die Begrifflichkeiten, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten benutzt werden, beschreiben nicht nur in tatsächlicher Hinsicht unterschiedliche Phänomene. Sie unterscheiden sich auch durch ihren rechtlichen Gehalt, d. h. ihre Eigenschaft als Rechtsbegriff benutzt zu werden. Während die Rechtsbegriffseigenschaft von *service public* und „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ i. S. d. Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV¹⁹ unbestritten sein dürfte, gilt dies für den Begriff „Daseinsvorsorge“ nur eingeschränkt²⁰. Begriffe, wie der von der Europäischen Kommission eingeführte Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ oder der im englischen Sprachraum gebräuchliche Begriff *public services*, erheben sogar von vornherein nicht den Anspruch, Rechtsbegriff zu sein.²¹

Trotz der begrifflichen Vielfalt und Komplexität stehen die europäischen Rechtsordnungen vor vergleichbaren Fragen und Herausforderungen. Wie in den folgenden Abschnitten im Einzelnen dargelegt werden wird, existieren in allen europäischen Staaten und auf europäischer Ebene Vorstellungen, wonach bestimmte Dienstleistungen aus Gründen eines allgemeinen oder öffentlichen Interesses besonderen Regulierungsmechanismen unterworfen sind. Regelmäßig handelt es sich dabei um Dienstleistungen, die noch vor wenigen Jahren oder Jahrzehnten vom Staat oder von staatlichen Einrichtungen auf unterschiedlichen Ebenen direkt erbracht wurden und deren Produktion nun zunehmend liberalisiert bzw. in privatisierte Formen übergeleitet wird. Hiervon betroffen sind neben den netzgebundenen Leistungen der Energieversorgung (Elektrizität und Gas), der Wasserver- und -entsorgung, der Telekommunikation und des schienengebundenen Verkehrs auch den Netzdienstleistungen verwandte Sektoren wie Postdienstleistungen, der nicht-schienengebundene öffentliche Personenverkehr und Leistungen der Abfallentsorgung. Hinzu treten Leistungen der Sozial- und Gesundheitsfürsorge, der Bildung und Kultur, das öffentliche Rundfunksystem und öffentliche Finanzinstitutionen.

Das Ausmaß, in dem diese Dienstleistungen noch oder nicht mehr von öffentlichen Trägern erbracht werden, ihre Organisation, einschließlich ihrer Nähe oder Ferne zur öffentlichen Verwaltung und die Einzelheiten ihrer Regulierung unterscheiden sich im Einzelnen zwar erheblich. Dennoch handelt es sich bei diesen Dienstleistungen regelmäßig um solche, die entweder von einem öffentlichen Träger gleich welcher Organisationsform erbracht werden oder zu einem großen Teil durch Zuschüsse oder andere Unterstützungsleistungen aus öffentlichen Haushalten finanziert werden.²²

¹⁸ Siehe nur G. Püttner, Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: H. Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, 45 und M. Bullinger, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, JZ 2003, 597.

¹⁹ Dazu unten § 4 I.

²⁰ R. Schmidt, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 2003, 225 (229 m. w. N.).

²¹ Dazu unten § 3 II. 1. und § 4 II.

²² D. Grunow, Öffentliche Dienstleistungen, in: K. König/H. Siedentopf (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 1997, 325 (327).

Es sind diese Dienstleistungen, und nicht freiberufliche Leistungen, Handels- und Transportleistungen, Bau- und Ingenieursdienstleistungen, Leistungen des Tourismusgewerbes oder allgemeine Finanzdienstleistungen, die in den europäischen Gesellschaften als „besonders“ angesehen werden und deren Erbringung und Verteilung Gegenstand der wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen ist. Die relative Vergleichbarkeit der tatsächlichen Gegebenheiten in den europäischen Staaten ermöglicht es auch, die genannten Phänomene rechtsvergleichend zu untersuchen.²³

II. Öffentliche Dienstleistungen als rechtsordnungsübergreifender Metabegriff

Um vor dem Hintergrund der terminologischen Heterogenität einen Begriff zu wählen, der sich einerseits für die weitere Untersuchung des Phänomens eignet, andererseits aber die oben skizzierten Begriffsprobleme weder überdeckt noch ausblendet, muss der Untersuchungsgegenstand funktional und losgelöst von Begriffen, die mit einer bestimmten Rechtsordnung verbunden sind, beschrieben werden. Das zu untersuchende Problem muss, wie *Kötz* eingängig formuliert hat, „erbarmungslos von den Vorstellungen der eigenen Rechtsordnung gereinigt“ und so dargestellt werden, dass der Gegenstand „jedem Zuhörer, er sei Jurist oder Laie, Deutscher oder nicht, verständlich und einsichtig wird“.²⁴ Die Begriffswahl darf den Blick auf das zu untersuchende Problem nicht durch Systembegriffe des nationalen Rechts verstellen²⁵, da das Denken in den Begriffen der jeweiligen Rechtsordnung dazu verleiten kann, in der jeweiligen Dogmatik verhaftet zu bleiben.²⁶

Der Rückgriff auf mitgliedstaatliche Begrifflichkeiten ist nicht nur aus rechtsvergleichender sondern auch aus unionsrechtlicher Sicht methodisch ungeeignet: Von den mitgliedstaatlichen Begriffen kann keine Begriffsklärung auf Unionsebene erwartet werden.²⁷ Die gleiche Kritik ist jedoch auch der Benutzung spezifischer Begriffe des Gemeinschaftsrechts entgegenzuhalten: Wenn – wie hier – eine Untersuchungsperspektive gewählt wird, die nationales Recht und Unionsrecht umfasst,

²³ Vgl. bereits R. Bernhardt, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, ZaöRV 1964, 431 (433), der sich für die Daseinsvorsorge besonders wichtige Einblicke durch die Rechtsvergleichung verspricht, im weiteren Verlauf seiner Ausführungen darauf aber nicht zurückkommt.

²⁴ H. Kötz, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, RabelsZ 54 (1990), 203 (209 f.). Ebenso C. Starck, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ 1997, 1021 (1027 m. w. N.).

²⁵ K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 33. Ähnlich J.-C. Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, S. 9 und C. Starck, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ 1997, 1021 (1027).

²⁶ K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 34.

²⁷ E.-J. Mestmäcker, *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: F. Ruland u. a. (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates*, Festschrift für Hans F. Zacher 1998, 635 (636). Ähnlich auch G. Napolitano, *Towards a European Legal Order for Services of General Interest*, *European Public Law* 2005, 565 (571).

kann auch ein genuin europarechtlicher Begriff nicht herangezogen werden, da auch er in einem entsprechenden Kontext steht und in eine Dogmatik eingeordnet ist, die mit der Dogmatik der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht identisch sein muss. Dass auch ein europarechtlicher Begriff der Untersuchung eines gemeineuropäischen Themas im Wege stehen kann, ist keineswegs paradox, sondern dem europäischen Mehrebenensystem, in dem sich unionale und mitgliedstaatliche Rechtsordnungen verschränken, geschuldet.

Aus diesen Gründen kann für die vorliegende Untersuchung weder auf den Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ i. S. d. Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV noch auf mitgliedstaatliche Rechtsbegriffe wie *service public* zurückgegriffen werden. Auch der Begriff „Daseinsvorsorge“ ist wenig geeignet: Zwar handelt es sich nicht um einen spezifischen Rechtsbegriff, der insoweit im Kontext einer spezifischen Dogmatik stehen würde.²⁸ Der Begriff hat jedoch auch rechtliche Konnotationen und ist in der deutschen Rechtsordnung auf besondere Weise mit der kommunalen Selbstverwaltung und kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit verknüpft.²⁹ Schließlich ist auch der von der Europäischen Kommission eingeführte Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ für die vorliegenden Zwecke ungeeignet, da er von dem gemeinschaftsrechtlichen Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ abgeleitet ist und daher auch nur in einem spezifischen europarechtlichen Kontext zu verstehen ist.

Statt eines Rückgriffs auf Ausdrücke der unterschiedlichen Rechtsordnungen bedarf es eines rechtsordnungsübergreifenden „Metabegriffs“.³⁰ Mit diesem Begriff soll der zu untersuchende Gegenstand als Sachproblem beschrieben werden können, so dass sich die Untersuchung einer funktionalen Methode bedienen kann.³¹ Hierunter wird eine vergleichende Untersuchungsmethode verstanden, die neben den dogmatischen und systematischen Spezifika einzelner Rechtsordnungen auch den historischen Hintergrund und den sozio-kulturellen Kontext der jeweiligen Systeme mit einbezieht. Als übergreifender Metabegriff eignet sich der Begriff „öffentliche Dienstleistungen“. Bei diesem Begriff handelt es sich nicht um einen etablierten rechtlichen bzw. rechtswissenschaftlichen Begriff. Es erscheint auch fraglich, ob er ein „neu entstehender Rechtsbegriff“ ist, wie Löwenberg meint.³² Tatsächlich wird der Begriff im Schrifttum gerade nicht als Rechtsbegriff, sondern allenfalls

²⁸ Ausführlich unten § 3 I.

²⁹ Statt vieler J. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000 und T. Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005.

³⁰ C. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1027) und F. Löwenberg, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 42 („Metasprache“).

³¹ J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 80. Ihm beipflichtend J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 9. C. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1028) spricht von „funktionell“.

³² F. Löwenberg, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 40.

in rechtstatsächlicher Weise benutzt.³³ Auch die wenigen Urteile, die den Begriff „öffentliche Dienstleistungen“ verwenden, verbinden damit keine besondere rechtliche Qualifikation.³⁴ Dass dem Begriff ein konkreter juristischer Inhalt fehlt und er in erster Linie eine deskriptive Bedeutung hat³⁵, ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kein Nachteil, sondern prädestiniert den Begriff geradezu als übergreifenden Metabegriff.

III. Begriffliche Annäherung

Trotz seiner inhaltlichen Offenheit und seiner Eigenschaft als übergreifender Metabegriff konkretisiert der Begriff „öffentliche Dienstleistungen“ den Untersuchungsgegenstand in zweifacher Hinsicht. Zum einen macht er deutlich, dass nur Dienstleistungen untersucht werden sollen und zum anderen, dass diese Dienstleistungen in einem besonderen Bezug zum „Öffentlichen“ stehen.

1. Dienstleistungen

Eine begriffliche Abgrenzung und genaue inhaltliche Bestimmung des Begriffs „Dienstleistung“ erweist sich als schwierig.³⁶ In der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre besteht keine Einigkeit über eine Definition³⁷, was auch mit der Heterogenität der unterschiedlichen Aktivitäten, die allgemein als Dienstleistungen bezeichnet werden, zusammenhängt. Jeder enumerative Ansatz der Bestimmung des Begriffs scheitert bereits an der Vielfalt der Sektoren und an der ständigen Entstehung neuer Dienstleistungen.³⁸ Typischerweise werden in der Wirtschaftswissenschaft verschiedene Charakteristika einer Dienstleistung herausgestellt mit deren Hilfe der Dienstleistungsbegriff näher beschrieben wird.³⁹ Dazu zählen die Immaterialität und Intangibilität einer Dienstleistung, d. h., dass eine Dienstleistung nicht anhand

³³ Siehe z. B. G. F. Schuppert, Verwaltung zwischen staatlichem Sektor, in: K. König/H. Siedentopf (Hrsg.), *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 1997, 269; D. Grunow, *Öffentliche Dienstleistungen*, in: K. König/H. Siedentopf (Hrsg.), *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 1997, 325; H.-P. Bull, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, *VerwArchiv* 1995, 621 (625 f.).

³⁴ Vgl. z. B. OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2005, 850 (851); BAG, Urt. v. 6.9.1990, 6 AZR 612/88, JURIS. Ähnlich auch die Verwendung des Begriffs in den Stellungnahmen der Länder Hamburg und Bremen in BVerfGE 72, 330 (346 u. 372), *Länderfinanzausgleich I*.

³⁵ J.-C. Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, S. 9.

³⁶ Dazu auch K. McDonald, *Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und im WTO-System (GATS)*, 2001, S. 23 ff.

³⁷ S. Haller, *Dienstleistungsmanagement*, 3. Aufl., 2005, S. 13.

³⁸ W. Burr/M. Stephan, *Dienstleistungsmanagement*, 2006, S. 19.

³⁹ Zum Folgenden W. Burr/M. Stephan, *Dienstleistungsmanagement*, 2006, S. 19 ff.; S. Haller, *Dienstleistungsmanagement*, 3. Aufl., 2005, S. 6 ff.

physischer Eigenschaften (Aussehen, Geschmack) charakterisiert werden kann. Aus der Immaterialität von Dienstleistungen folgt auch, dass eine Dienstleistung nicht transport- und auch nicht lagerfähig ist. Als weiteres konstitutives Element wird die Integration eines externen Faktors genannt. Damit wird ausgedrückt, dass der Dienstleistungsempfänger sich selbst oder ein ihm gehörendes Gut in den Produktionsprozess einbringen muss. Häufig sind Dienstleistungen auch durch das sog. „uno-actu“-Prinzip gekennzeichnet, das besagt, dass Produktion und Absatz einer Dienstleistung regelmäßig zeitlich wie räumlich zusammenfallen.

Die in der Literatur herausgearbeiteten Eigenschaften einer Dienstleistung verdeutlichen, dass die Erbringung und Regulierung von Dienstleistungen sensible Steuerungs- und Regulierungsfragen aufwerfen. Aufgrund der Immaterialität einer Dienstleistung ist die Informationsasymmetrie zwischen Produzenten und Empfänger einer Dienstleistung größer als zwischen dem Produzenten und dem Konsumenten einer Ware. Die Notwendigkeit der Integration eines externen Faktors und das „uno-actu“-Prinzip bewirken eine größere persönliche Nähe zwischen Produzenten und Empfänger einer Dienstleistung. Sowohl die Informationsasymmetrie als auch die größere persönliche Nähe erfordern oft eine genauere Regulierung des Prozesses der Erbringung einer Dienstleistung (= Dienstleistungsproduktion), als dies bei der Warenproduktion der Fall ist.

Auch in der Rechtswissenschaft und in den verschiedenen innerstaatlichen und transnationalen Rechtsordnungen findet sich kein einheitlicher Dienstleistungsbegriff. Teilweise wie z. B. in einigen völkerrechtlichen Handels- und Investitionsabkommen wird der Begriff überhaupt nicht näher definiert (vgl. Art. I GATS).⁴⁰ Konsens besteht zunächst nur über die negative Abgrenzung des Dienstleistungsbegriffs.⁴¹ Danach ist von einer Dienstleistung auszugehen, wenn der fragliche Gegenstand keine Ware und die fragliche Aktivität keine Übertragung von Kapital ist. Dieser Ansatz findet sich auch in Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EGV), nach dem Dienstleistungen Leistungen sind, die nicht den Vorschriften der Waren- oder Kapitalverkehrsfreiheit und über die Personenfreizügigkeit unterliegen. Insofern fallen auch die Produktion von Waren und die Übertragung von Kapital nicht unter den Begriff der Dienstleistung. Der Handel mit Waren kann dagegen als Dienstleistung angesehen werden, jedenfalls solange der Handel sich als selbständige Tätigkeit und nicht nur als untergeordnete Tätigkeit in Ergänzung zur Warenproduktion darstellt.

Aus dem Vorstehenden lässt sich für die vorliegende Untersuchung zunächst zweierlei ableiten: Zum einen wird deutlich, dass mit „öffentlichen *Dienstleistungen*“ jedenfalls nicht die öffentliche oder die in öffentlichem Eigentum stehende Warenproduktion gemeint ist. Staatliche Brauereien oder Porzellanmanufakturen gehören nicht zum Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Ausführungen. Zum anderen umfasst der Dienstleistungsbegriff eine Vielzahl von unterschiedlichen

⁴⁰ M. Michaelis, Handel mit Dienstleistungen (GATS), in: M. Hilf/S. Oeter, WTO-Recht, 2005, § 22, Rn. 24.

⁴¹ Negativdefinitionen finden sich auch in der Wirtschaftswissenschaft, vgl. W. Burr/M. Stephan, Dienstleistungsmanagement, 2006, S. 18.

Aktivitäten, so dass der Untersuchungsgegenstand äußerst heterogen ist. Entsprechend heterogen sind auch die Anforderungen an die rechtlichen Rahmenbedingungen.

Neben einer Negativdefinition finden sich im Recht auch positive Definitionselemente. So wird unter einer Dienstleistung häufig eine Tätigkeit verstanden, die der Dienstleistungserbringer zu Gunsten des Dienstleistungsempfängers erbringt und für die aus diesem Grund regelmäßig eine Gegenleistung zu erbringen ist. Sowohl der Dienstleistungsbegriff des Unionsrechts in Art. 56 Abs. 2 AEUV als auch der Begriff des Dienstvertrages gem. § 611 BGB sind so zu verstehen, dass eine Dienstleistung gegen Entgelt bzw. gegen eine Vergütung zu erbringen ist.⁴² Eine Tätigkeit, die aus rein altruistischen Motiven und ohne jede Gegenleistung erbracht wird – wie z. B. ehrenamtliches Engagement –, wird üblicherweise nicht als Dienstleistung bezeichnet. Dies wirft eine grundsätzliche Frage auf, die für die Erörterungen eines Rechts öffentlicher Dienstleistungen von elementarer Bedeutung ist: Werden alle Aktivitäten mit einer wie auch immer gestalteten Gegenleistung als „Dienstleistungen“ erfasst oder sollen nur solche Leistungen betrachtet werden, die auf einem Markt handelbar sind? Folgt man der letztgenannten Ansicht, wären Aktivitäten der unmittelbaren Staatsverwaltung und der Justiz sowie Leistungen eines staatlichen, steuerfinanzierten Bildungs- und Gesundheitssystems schon *a priori* von der Betrachtung ausgeschlossen. Die Erörterung würde sich auf diejenigen Leistungen beschränken, die die Europäische Kommission in ihren Mitteilungen zum Thema als „marktmäßige“ Dienstleistungen im allgemeinen Interesse bezeichnet hat.⁴³ Damit ginge eine Reduktion des Gegenstands der Untersuchung einher, die angesichts der oben dargelegten Notwendigkeit einer rechtsordnungsübergreifenden Perspektive nicht gerechtfertigt wäre. Insofern ist der Dienstleistungsbegriff hier nicht eng zu verstehen und nicht auf marktfähige oder -förmige Aktivitäten zu beschränken. Vielmehr sind zunächst alle Leistungen zu berücksichtigen, unabhängig von ihrer Gewinnorientierung oder ihrer Handelbarkeit auf einem Markt.

2. Öffentlich

Auch eine genaue Bestimmung des Begriffs „öffentlich“ erweist sich als schwierig. Er wird im gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Schrifttum überwiegend im Zusammenhang mit anderen Begriffen wie „öffentliche Verwaltung“⁴⁴, „öffentlicher Dienst“⁴⁵ oder „öffentliches Interesse“⁴⁶ erörtert. Grundsätzliche Abhandlungen

⁴² Zur Entgeltlichkeit bei Art. 56 AEUV siehe W. Kluth, Art. 50 Rn. 9, in: C. Callies/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., 2007; zum Erfordernis der Vergütung bei § 611 BGB siehe W. Weidenkaff, § 611 BGB, Rn. 49 ff., in: O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., 2008.

⁴³ Dazu unten § 4 II. 1.

⁴⁴ H. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Knuth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, § 3 Rn. 11 ff.

⁴⁵ T. Wurm, Der Begriff des öffentlichen Dienstes, 1998, S. 15 ff.

⁴⁶ R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 27 f.

über den Begriff „öffentlich“ sind dagegen eher selten.⁴⁷ In den vorhandenen Auseinandersetzungen mit dem Begriff „öffentlich“ werden überwiegend zwei grundlegende Verständnisse des Begriffs genannt: Formal und im Wortsinne bezieht sich „öffentlich“ zunächst auf eine unbestimmte Zahl von Personen. Darüber hinaus wird mit dem Begriff „öffentlich“ im materiellen Sinne ein Bezug zu den Belangen der Allgemeinheit oder des Gemeinwesens hergestellt.⁴⁸ Damit geht nicht nur eine Abgrenzung von den Belangen einzelner Privatpersonen einher, sondern auch eine Abgrenzung zu den Belangen des Staates im engeren Sinne, da der Begriff „öffentlich“ im Umfang weiter sein kann als der Begriff „staatlich“.⁴⁹ So sind „öffentliche Aufgaben“ nicht zwingend und nicht immer auch „Staatsaufgaben“. Gerade im Bereich der Daseinsvorsorge wird oft vertreten, dass Daseinsvorsorge zwar eine öffentliche Aufgabe sei, die aber nicht zwingend durch die staatliche Verwaltung selbst erbracht werden müsse.⁵⁰

Die Beziehung des Begriffs „öffentlich“ zu den Belangen der Allgemeinheit ist auch für die Bestimmung und Abgrenzung von „öffentlichen Dienstleistungen“ relevant. „Öffentliche Dienstleistungen“ sind mithin Dienstleistungen, an deren Erbringung nicht nur das private Interesse des einzelnen Dienstleistungsempfängers besteht, sondern deren Bereitstellung und Organisation Ausdruck der Interessen und Belange der Öffentlichkeit ist. Aufgrund des Wandels, dem diese Interessen und Belange unterworfen sind, lässt sich nicht *a priori* festhalten, welche Dienstleistungen einen öffentlichen Charakter haben und welche nicht. Die Frage, warum die Versorgung mit Wasser, nicht aber die Versorgung mit Brot in den meisten europäischen Rechtsordnungen des 20. und 21. Jahrhundert als öffentliche Dienstleistung angesehen wird⁵¹, lässt sich daher nur dahingehend beantworten, dass mit der Wasserversorgung anders als mit der Brotversorgung gegenwärtig besondere Belange des Allgemeinwohls verknüpft sind. Dass mit der Brotversorgung keine besonderen öffentlichen Belange assoziiert werden, liegt vor allem daran, dass die Versorgung mit Brot über den Markt gegenwärtig zu keinen gesellschaftlich unerwünschten Ergebnissen führt. Vielmehr garantiert die privatwirtschaftliche Versorgung mit Brot unter den gegebenen Marktbedingungen ein flächendeckendes Angebot, eine hinreichende Quantität und Qualität sowie angemessene und bezahlbare Preise. Dies wird bei der Wasserversorgung anders gesehen: Hier wird befürchtet, dass – abgesehen von technischen Problemen der Liberalisierung der Wasserversorgung – eine ausschließliche Versorgung über den Markt Versorgungsunsicherheiten und sozial

⁴⁷ Umfassend W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, mit Nachweisen zum älteren Schrifttum auf S. 17 ff.

⁴⁸ H. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Knuth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, § 3 Rn. 12. Ausführlich W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 22 ff.

⁴⁹ Siehe aber W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 38 f. Offen gelassen von R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 32.

⁵⁰ R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 31.

⁵¹ J. Basedow, Altmodisch und ideologisch aufgeladen, Handelsblatt, 17.10.2000, S. 53. Dazu auch G. Püttner, Kommunale Daseinsvorsorge – Begriff, Geschichte, Inhalte, in: R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und Daseinsvorsorge, 2002, 32 (37 f.).

unausgewogene Preise mit sich bringen würde. Kennzeichnend für öffentliche Dienstleistungen ist somit ein besonderes öffentliches Interesse an der Erbringung der Dienstleistung in einem Umfang und auf eine Art und Weise, die einer Erbringung im unverfälschten Wettbewerb auf dem Markt nicht zugetraut wird. Insofern kann die vollständige Liberalisierung und Privatisierung einer Dienstleistung Indiz dafür sein, dass diese Leistung nicht mehr als „öffentlich“ angesehen wird.

Der Begriff „öffentliche Dienstleistungen“ umfasst auch mehr als der Begriff „staatliche Dienstleistungen“. So wie öffentliche Aufgaben nicht zwingend Staatsaufgaben sind, so sind öffentliche Dienstleistungen nicht zwingend Dienstleistungen, die direkt durch staatliche Einrichtungen erbracht werden (müssen). Vielmehr können auch nicht-staatliche öffentliche Einrichtungen (z. B. Kirchen) und Privatpersonen öffentliche Dienstleistungen erbringen. Hierauf wird im Einzelnen zurückzukommen sein, wenn Begriff und Gegenstand öffentlicher Dienstleistungen in den jeweiligen Rechtsordnungen untersucht werden. Die Erbringung einer Leistung durch die öffentliche Verwaltung oder durch ein in öffentlichem Eigentum stehendes Unternehmen ist somit weder ein zwingendes noch ein notwendiges Kriterium, um von einer „öffentlichen Dienstleistung“ zu sprechen.

IV. Abgrenzungen

Im wissenschaftlichen Diskurs über öffentliche Dienstleistungen sind die oben skizzierten begrifflichen Herausforderungen wiederholt thematisiert worden. Teilweise sind vor diesem Hintergrund eigene Begriffe in die Debatte eingeführt worden, so dass kurz erläutert werden muss, warum hier mit dem bewusst offenen und unscharfen Begriff öffentliche Dienstleistungen eine eigene Kategorie gebildet wurde.

Georg Hermes hat für seine auf den Energiesektor fokussierte Untersuchung den Begriff der „Infrastruktur“ als übergreifende Kategorie benutzt. Infrastruktur definiert er als „die Gesamtheit aller Mittel, die der Überwindung von Entfernungen dienen und dadurch die Integration eines Raumes bewirken“.⁵² Infrastruktur ist damit eine Voraussetzung von sozialer, wirtschaftlicher und politischer Einheit und „notwendige Bedingung moderner Staatlichkeit“.⁵³ Die funktionale Definition von Infrastruktur erfasst vor allem die Netzdienstleistungen der Kommunikations- und Versorgungswirtschaft und Leistungen, die auf ein physisches Netz (Straßen- und Schienenverkehr) angewiesen sind. Daher betont *Hermes* auch die grundsätzliche Trennung zwischen Netzen und Diensten und differenziert zwischen verschiedenen Netzkategorien.⁵⁴ Die räumlich-territoriale Ausrichtung der Definition und der grundsätzlich gesamtstaatliche Bezug des Begriffs der Infrastruktur durch die Betonung der Raumüberwindung führen dazu, dass soziale Dienstleistungen sowie

⁵² G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 329.

⁵³ Siehe G. Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, 111 (113).

⁵⁴ G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 330 ff.; S. 357 f.

Bildungs- und Gesundheitsleistungen nicht unter diesen Begriff gefasst werden können. In räumlichen Kategorien gedacht, könnte man auch so formulieren: Der flächendeckende Unterhalt von Schulen und Krankenhäusern ist gerade nicht auf die Überwindung von Ferne, sondern auf den Erhalt von Nähe gerichtet. Daher bezeichnet der Begriff Infrastruktur im Sinne *Hermes'* nur einen, wenn auch wichtigen Teilbereich dessen, was hier unter öffentlichen Dienstleistungen gefasst wird.

Der von *Johann-Christian Pielow* benutzte Begriff der „öffentlichen Versorgung“ stimmt in gegenständlicher Hinsicht dagegen eher mit dem hier benutzten Begriff der öffentlichen Dienstleistungen überein. Zwar erfasst der Begriff öffentliche Versorgung im engeren Sinne nur die Versorgung mit Energie, Wasser und evt. Verkehrsleistungen.⁵⁵ In einem weiteren Sinne kann *Pielow* zufolge jedoch auch die Versorgung mit Telekommunikations- und Rundfunkleistungen sowie mit Gesundheitsleistungen darunter verstanden werden.⁵⁶ Die von *Pielow* für den Versorgungsbegriff entwickelten „funktionalen Bausteine“ (öffentliches Interesse, Allgemein zugänglichkeit, wirtschaftliche Betätigung) zeigen auch eine gewisse Nähe zu dem von der Europäischen Kommission benutzten Ansatz der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf.⁵⁷ Allerdings läuft der Begriff der „öffentlichen Versorgung“ aufgrund der mit dem Versorgungsbegriff geweckten Assoziationen Gefahr, zu eng verstanden zu werden. Die von *Pielow* benutzten Begriffsmerkmale führen auch nicht zwingend zu einem „Versorgungs“begriff. Indem er auf die Erstellung von Gütern und Dienstleistungen in einem grundsätzlich wirtschaftlich geprägten Produktionsprozess abstellt, besteht für den Begriff der Versorgung keine Notwendigkeit. Aus diesem Grund scheint die Verwendung eines Begriffs, der weniger assoziationsträchtig ist als der Begriff der Versorgung, angemessener.

⁵⁵ J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 14.

⁵⁶ J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 15.

⁵⁷ J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 16. Zu diesem Ansatz siehe § 4 II.

Grundstrukturen des Rechts öffentlicher
Dienstleistungen

Krajewski, M.

2011, XXII, 630 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-16854-3