

## ABHANDLUNGEN

**Daseinsvorsorge im Umbruch**

Von Rechtsanwalt Dr. Christian Heinze, München

Durch Anforderungen des EU-Rechts und umfangreiche Privatisierung ist das Thema staatliche Daseinsvorsorge wieder aktuell geworden. Für manche ist sie ein rotes Tuch, für andere Gegenstand dringenden Bedarfs. Es geht darum, Daseinsvorsorge insbesondere im Infrastrukturbereich zu realisieren, ihre Subsidiarität gegenüber Marktwirtschaft zu gewährleisten und Wettbewerb für ihre Optimierung nutzbar zu machen.

**I. Was ist Daseinsvorsorge?**

Im weitesten Wortsinn bedeutet Daseinsvorsorge Produktion und Verteilung von Gütern und Leistungen, wobei unter Produktion zu verstehen ist: jede auf Bedarfsdeckung gerichtete Tätigkeit – vom Sammeln, der Jagd und Urproduktion (Ackerbau, Abbau von Bodenschätzen) an bis zur Industriefertigung, zum Transport, zur Lagerhaltung, zum Handel, zu Kommunikations- und anderen Dienstleistungen. *Forsthoff*, der am 13.9.2002 100 Jahre alt geworden wäre und dessen Gedächtnis dieser Aufsatz gewidmet ist, hat dem Begriff jedoch in seiner 1938 entwickelten Lehre von der Daseinsvorsorge eine spezifische Bedeutung gegeben.

**1. Bedarfsdeckung im beherrschten und effektiven Lebensraum**

Diese Bedeutung hat *Forsthoff* aus der langfristigen Entwicklung des Verhältnisses des „beherrschten“ zum „effektiven“ Lebensraum abgeleitet<sup>1</sup>. Kriterien der Unterscheidung sind einerseits das Maß, in dem der Einzelne seine Versorgung, etwa mit Hilfe seines Eigentums oder Besitzes, aber auch durch seine Arbeit, jedenfalls unmittelbar bewerkstelligt (beherrscht), andererseits der Inbegriff der Veranstaltungen zur Bedarfsdeckung, die zwar generell (effektiv) verfügbar sind, die aber der Einzelne nicht oder nur mittelbar oder marginal gestalten oder sicherstellen kann. Die wissenschaftlich-technische und die demographische Entwicklung bewirken, dass neue Bedarfsgegenstände sowie Formen massenhafter Produktion und Verteilung sowohl der Güter des Grundbedarfs als auch nicht existenznotwendiger, immer hochwertigerer Güter und Leistungen geschaffen werden. Das führt zu einer fortschreitenden Erweiterung des effektiven und zugleich Reduktion des beherrschten Lebensraums. Diese Korrelation beruht zum einen auf der technischen Eigenart der neuen Bedarfsgegenstände, die sie der individuellen Beherrschung entziehen. Zum andern führt die Veränderung der Produktions- und Verteilungsformen etwa über eine zunehmende

Differenzierung der Arbeitsteilung oder eine Verbreitung städtischer Lebensformen zur fortschreitenden Entfernung des Einzelnen von den Quellen der Bedarfsdeckung<sup>2</sup>. *Forsthoff* hat 1938 darauf hingewiesen, dass sich daraus eine besondere Angewiesenheit aller auf eine dem Gemeinwohl verpflichtete Verwaltung der den effektiven Lebensraum konstituierenden Leistungen – des Staates oder Privater – und damit eine spezifische Staatsaufgabe der Leistungsverwaltung ergibt<sup>3</sup>. Diese Entwicklung hat sich seit 1938 parallel zum Fortschritt der Industriegesellschaft in damals noch unvorstellbarer Intensität beschleunigt, ausgedehnt, differenziert und kompliziert und prägt die aktuelle Daseinsvorsorge<sup>4</sup>.

Staatliche Daseinsvorsorge im Sinne *Forsthoffs* unterscheidet sich von herkömmlichen Staatsaufgaben: Sie betrifft unmittelbar die Versorgung mit Sachgütern, Energie und Dienstleistungen im Unterschied zu Staatsleistungen zur Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, auch Marktwirtschaftsordnung<sup>5</sup>. Zwar hat Angewiesenheit auch auf solche Staatsleistungen zugenommen, doch ist sie anderer Art und bedarf anderer Remedien als diejenige im Bereich der Güterversorgung<sup>6</sup>.

1 Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 4 ff.; Daseinsvorsorge im technischen Zeitalter, in: Festschrift für Kyriacopoulos, 1966, S. 199 f.

2 Zum geistesgeschichtlichen Hintergrund der Lehre vgl. *Ronellenfitsch*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff – Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht, in: Willi Blümel (Hrsg.), Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Ernst Forsthoff, 2003, S. 61 f.

3 Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 6 ff.

4 Dazu *Ronellenfitsch*, a.a.O. (Kolloquium), und *ders.*, Der ÖPNV im Europäischen Binnenmarkt, 2. Teil, *VerwArch.* 2001 S. 294 ff.

5 Vgl. *Forsthoff* in der weiterführenden Einleitung zu der 1959 unter dem Titel „Rechtsfragen der leistenden Verwaltung“ erschienenen unveränderten Neuauflage eines Teils der Schrift von 1938, Heft 1 der von ihm herausgegebenen Reihe „res publica“, 1959, S. 13.

6 Ein Teil der Spannungen, die *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht (DVBl. 2003, 686 ff.) erörtert, sind bei dem gebotenen Begriffsverständnis keine solchen der Daseinsvorsorge.

## 2. Autonome und heteronome Verteilung

Weder mit der Notwendigkeit staatlicher Leistungsverwaltung noch mit der Lehre von der staatlichen Daseinsvorsorge ist die Frage präjudiziert, ob optimale Produktion und Verteilung von Gütern durch Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf Grund letztlich autonomer Bestimmung und Initiative des Einzelnen oder durch Lenkung mit Hilfe zwingender Eingriffe des Staates zustande kommt. Keineswegs vertritt die Lehre eine umfassende Aufgabe des Staates zur Versorgung mit allem, was nützlich ist<sup>7</sup>, oder mit allen „gemeinwohlorientierten Leistungen“<sup>8</sup> oder auch nur eine staatliche Monopolisierung einer „Grundversorgung“. Sie ist vielmehr gegenüber der Grundfrage nach dem System optimaler Produktion und Verteilung neutral.

Diese Grundfrage ist allerdings durch die Ergebnisse weltweiten Wettbewerbs des sozialistisch-planwirtschaftlichen Systems mit der Marktwirtschaft der westlichen Industrieländer jenseits vernünftiger Zweifel geklärt: Optimale Produktion und Verteilung sind das Ergebnis des Ausgleichs grundsätzlich freien Angebots und freier Nachfrage im Wettbewerb am Markt<sup>9</sup>. Das gilt auch für den existenznotwendigen Grundbedarf und auch soweit Güter und Leistungen industriell, hoch technisiert und massenhaft produziert und verteilt werden. Voraussetzung ist eine systemgerechte staatliche Rechtsordnung und Organisation zu ihrer Realisation, die den Austausch gewährleistet und das Produkt und seine Zuordnung nach innen und außen sichert. Natürlich leidet jede konkrete Realisation auch eines solchen Systems an Mängeln. Staatlicher Schutz gegen Wettbewerbsverfälschungen und Korrekturen von Fehlern der staatlichen System-Infrastruktur oder Korrekturen unbefriedigender Verteilungsergebnisse sind daher von der staatlichen Daseinsvorsorge zu unterscheiden, wenn die Bedeutung des Begriffs nicht verwischt und seine Nützlichkeit nicht beeinträchtigt werden soll. Wenn Daseinsvorsorge als sozialstaatliche Aufgabe eingeordnet wird<sup>10</sup>, so ist dem deshalb entgegenzutreten, soweit damit die Vorstellung verbunden ist, durch Umverteilung oder Solidaritätsveranstaltungen<sup>11</sup>, durch Lenkung oder Korrektur des Ablaufs oder Ergebnisses autonomer Produktion und Verteilung für eine gerechtere Zuteilung von Gütern und Leistungen zu sorgen. Bei der Daseinsvorsorge geht es vielmehr darum, dass bestimmte Leistungen überhaupt oder generell zu bestimmten Bedingungen oder in bestimmter Qualität der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden<sup>12</sup>. Sie betrifft einen allgemeinen Bedarf und nicht besondere Bedürfnisse von Gruppen oder Einzelnen. Daher unterscheiden sich Daseinsvorsorge und Sozialstaat auch vom Verteilungsprinzip her: dasjenige der Daseinsvorsorge ist, der Natur allgemeiner Bedürfnisse entsprechend, egalitäre Gleichheit<sup>13</sup>, dasjenige der Verteilungskorrektur und Umverteilung dagegen differenzierende Gerechtigkeit<sup>14</sup>.

## 3. Staatliche Daseinsvorsorge

Autonome Produktion und Verteilung kann aber auch bei vollständig systemgerechter Realisation unter bestimmten Umständen und in bestimmten Bereichen von Produktion und Verteilung aus natürlichen oder technischen Gründen im Sinne einer „objektiven Unmöglichkeit“ nicht immer zu angemessener oder gesicherter Versorgung führen<sup>15</sup>. Hier verlangt Daseinsvorsorge staatliche Regie bis hin zur unmittelbaren Deckung eines Bedarfs, sei es sogar mit Hilfe staatseigener Produktion. Dabei handelt es sich um Leistungen, die in charakteristischer Weise sowohl der massenhaften Letztversorgung des Publikums als auch der Wirtschaft, der Gesellschaft und dem Staat als funktionsnotwendige Infrastruktur dienen und nur vom Staat oder unter staatlicher Einflussnahme optimal oder ausreichend erstellt und/oder erbracht (verteilt) werden können.

Aus der Zweckmäßigkeit des autonomen Produktions- und Verteilungssystems ergibt sich eine Präferenz für die Marktwirtschaft vor staatlicher Daseinsvorsorge: Diese bedarf der Legiti-

mation durch den Nachweis, dass Marktwirtschaft allein zur Bewältigung allgemeiner Angewiesenheit auf gleichen Zugang zum effektiven Lebensraum nicht führen kann. (Das schließt nicht aus, dass staatlicher Daseinsvorsorge überragende Bedeutung und ein hohes Gewicht zukommt.) Diese „Subsidiarität“ hat aber nicht die Qualität einer Rechtsnorm, solange es nicht gelingt (und vielleicht kann es nicht gelingen), ihre Merkmale generell-abstrakt in justizabler Weise festzulegen<sup>16</sup>. Dementsprechend gilt auch keine bestimmte quasi apriorische oder immanente positivrechtliche Ermächtigung<sup>17</sup> oder Verpflichtung des Staates zur Daseinsvorsorge, sondern bestimmten Verhältnissen ist eine Legitimation und Obliegenheit des Staates zur Übernahme von öffentlichen Aufgaben im Sinne eines öffentlichen (Gemein-

- 7 Zuzugeben ist, dass sich der reine Wortsinn des Ausdrucks „Daseinsvorsorge“ eignet, sein Verständnis in die Nähe einer solchen Forderung zu rücken; vgl. die Hinweise auf *Hegels* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, bei *Ernst Rudolf Huber*, *Vorsorge für das Dasein*, in: *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, 2. Aufl. 1974, S. 145 ff.; vgl. auch *Schwarze*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, 2001, a.a.O., S. 10. Die Lehre *Forsthoffs* wurde und wird nicht selten in diesem Sinne missverstanden.
- 8 So aber die *Kommission* der Europäischen Gemeinschaften, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge“ (KOM 2001) 598 endgültig vom 17. 10. 2001, Beilage III/2002 zu Heft 9/2992 der *NVwZ*, Anhang S. 16.
- 9 So wohl auch *Ronellenfisch*, a.a.O. (VerwArch.), S. 298 und (Kolloquium), S. 84.
- 10 Vgl. *Stober*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, § 9; *Kämmerer*, *Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“*, *NVwZ* 2002, 1041 und 1045 sieht in der „gegenständlichen Emanzipation der Daseinsvorsorge von den Wettbewerbsregeln“ den Ausdruck einer „zunehmenden sozialstaatlichen Tönung“ liberalisierter Dienstmärkte und eines „sozialen Gewissens“ Europas. Auch *Badura*, *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge*, in: *Schwarze* (Hrsg.), a.a.O., S. 28 und passim, zählt lenkende und umverteilende Maßnahmen zur Daseinsvorsorge. Nach *Ronellenfisch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 74 ff. umfasst der Sozialstaatsauftrag des Grundgesetzes den Daseinsvorsorgeauftrag. Weder ist jedoch ein solcher Auftrag durchsetzbar noch bedarf Daseinsvorsorge als solche der Verfassungsrechtsgrundlage.
- 11 Soziale Fürsorge hat schon *Forsthoff*, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, a.a.O., S. 5 Fußn. 6 und S. 47, von Daseinsvorsorge im Sinne seines Verständnisses unterschieden. Siehe auch *ders.*, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, S. 26 Fußn. 6.
- 12 *Forsthoff*, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, S. 13.
- 13 Vgl. *Köttgen*, *Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative*, 1961, S. 71.
- 14 Das schließt nicht aus, dass Daseinsvorsorge als Vehikel differenzierenden Nehmens und/oder Gebens benutzt wird, was die rechtliche Beurteilung allerdings erschwert, weil rechtliche Voraussetzungen und Maßgaben einer (Um-)Verteilung zum Gemeinwohlaufrag hinzutreten.
- 15 Das gilt für Produktion und Verteilung knapper und nicht vermehrbare Naturgüter oder für technisch bedingte Voraussetzungen der Wirtschaftlichkeit wie die Notwendigkeit der Benutzung von Leitungen oder Wegen oder der netzgebundenen Erstellung oder Verteilung von Leistungen und die daraus folgende Notwendigkeit einer Monopolisierung; vgl. *Schwarze* (Hrsg.), *Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht*, 1999, und *Kämmerer*, a.a.O., S. 1042. Auch *Basedow* erkennt in seinem gegen den Gedanken der Daseinsvorsorge polemisierenden Aufsatz „Altmodisch und ideologisch aufgeladen“ im *Handelsblatt* Nr. 200 vom 17. 10. 2000, S. 53 an, dass Markt und Wettbewerb an „Netzen mit wirtschaftlichen Funktionen“ versagen. Andererseits sieht die EU-Kommission eine Legitimation für staatliche Daseinsvorsorge auch, wo „die Einzelperson oder der Markt nicht in der Lage sind, alle Vorteile angemessen zu bewerten, die sich in Zukunft oder für die Gesellschaft insgesamt ergeben“, a.a.O., RdNr. 3 S. 5. Eine Bevormundung der Nachfrage ist zwar abzulehnen; der Hinweis trifft aber jedenfalls auf Infrastrukturleistungen zu, insbesondere soweit die Kommission als Beispiel die „Bildung“ nennt.
- 16 Anders glaubt *Ronellenfisch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 78 bis 80, einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Mindestinhalt gebotener Daseinsvorsorge erkennen zu können.
- 17 *Tettinger*, *Die rechtliche Gestaltung der Energiewirtschaft*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Besonderer Teil 1, §§ 7, 8.

wohl-) Interessens<sup>18</sup> zu entnehmen<sup>19</sup>. Rechtliche, insbesondere normative Wirkung haben erst die Normen (des einfachen oder Verfassungsrechts), die über staatliche Daseinsvorsorge erlassen, oder die Maßnahmen, die für ihre Zwecke ergriffen werden.

Übernimmt allerdings der Staat eine Daseinsvorsorgeaufgabe, so gilt durch Vermittlung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots ein dem Verteilungsprinzip egalitärer Gleichheit entsprechender Teilhabeanspruch jedes Einzelnen. Denn die allgemeine Daseinsnotwendigkeit wird durch die Übernahme Element ihrer Legitimation. Entschieden hat *Forsthoff* bereits 1938 vertreten, was damals keineswegs selbstverständlich war: dass ein Anspruch auf gleiche Teilhabe an den staatlichen (oder staatlich verwalteten) Daseinsvorsorgeleistungen anerkannt werden muss<sup>20</sup>. Die Forderung macht sich Art. 36 der Charta der Grundrechte der EU (Nizza) zu Eigen<sup>21</sup>.

Da über Gegenstand und Inhalt notwendiger staatlicher Daseinsvorsorge nur im konkreten Fall und im Wandel der Verhältnisse (womöglich unterschiedlich) entschieden werden kann, hat ihr *Forsthoff* konkret bestimmte Gegenstände, Inhalte oder Modalitäten nur beispielhaft zugewiesen<sup>22</sup>. Der historische Staat beschränkte sich zunächst auf die Bereitstellung oder Regulierung von Einrichtungen und Leistungen der Daseinsvorsorge wie Straßen, Wege, Häfen, Wasserstraßen, Post, Wasserversorgung, Entsorgung, Schulen, Erholungs- oder Sportanlagen sowie Einrichtungen der Bildung und Gesundheitspflege. Im Zuge der technischen Entwicklung kamen Energieversorgung, der öffentliche Schienen-, Kraftfahrzeug- und Luftverkehr (insbesondere Linienverkehr)<sup>23</sup>, der leitungsgebundene Gütertransport sowie die Telekommunikation einschließlich Rundfunk und Fernsehen hinzu. Die staatliche Daseinsvorsorge wurde durch Gründung der Sparkassen<sup>24</sup> in der Trägerschaft der Kommunen und der Postsparkasse sowie des Postscheckdienstes in der Trägerschaft des Reichs/Bundes ausgedehnt<sup>25</sup>. Auch generelle Wohnbauförderung, Mieterschutz oder Arbeitsförderung<sup>26</sup> können im Rahmen der erwähnten Subsidiaritätsvoraussetzung zum Gegenstand staatlicher Daseinsvorsorge werden. Auch soweit der Staat in demselben Rahmen den Zugang zu oder die Quantität, die Qualität oder den Preis von bestimmten Leistungen so genannter staatlich gebundener Einrichtungen oder Berufe wie Krankenhäuser, Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte oder Sachverständige regelt oder verwaltet, sind sie Gegenstand staatlicher Leistungsverwaltung zur Daseinsvorsorge geworden. Dasselbe gilt für die Bereitstellung oder Regulierung des Zugangs zu „von Natur aus“ oder im Hinblick auf die verfügbaren Techniken beschränkten oder beschränkt zugänglichen Ressourcen wie Funkfrequenzen<sup>27</sup> oder Kommunikationsleitungen. Damit hat staatliche Daseinsvorsorge nicht nur eine enorme quantitative, sondern auch qualitative Veränderung erfahren<sup>28</sup>, die einer besonderen verwaltungsrechtlichen Bewältigung bedarf. Nicht Daseinsvorsorge im allgemeinsten Sinn des Worts, die autonom zu bewältigen ist, sondern diese notwendige staatliche Daseinsvorsorge ist das zuerst von *Forsthoff* behandelte verwaltungsrechtliche Thema.

Staatliche Daseinsvorsorge besteht nicht nur und nicht einmal in erster Linie in der staatseigenen Produktion und Verteilung von Sach- oder Dienstleistungen. Vielmehr bedient sich der Staat, um Daseinsvorsorgeleistungen zu bewirken, weitgehend außerhalb der Staatsverwaltung stehender privater Unternehmen<sup>29</sup>. Bereichsweise genügt regulierende Einflussnahme des Staates auf deren Organisation oder Wirtschaftstätigkeit durch Vertrag, durch Befehl oder Verbot, durch Anordnung von Versorgungsverpflichtungen und Versorgungsbedingungen<sup>30</sup>, aber auch durch sonstige finale Einwirkungen wie bedingte Gewährung oder Versagung von Vergünstigungen oder Kostendeckungsbeiträgen. Demgemäß ist staatliche Daseinsvorsorge, wie *Forsthoff* von Anfang an hervorgehoben hat, nicht an bestimmte rechtliche Handlungsformen und insbesondere nicht

an solche des öffentlichen Rechts gebunden<sup>31</sup>. Für sie ist allerdings ein öffentlich-rechtliches (verwaltungsrechtliches) Ele-

- 18 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 410. So der Beschluss des *BVerfG* vom 7. 6. 1977 – 1 BvR 108/73 u.a. –, *BVerfGE* 45, 63 = *BayVBl.* 1977, 729. Mit der Zugehörigkeit der Energieversorgung zur Daseinsvorsorge hat das *BVerfG* begründet, dass der Zweck des „Wohls der Allgemeinheit“ für Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) zugunsten auch privater Energieversorgungsunternehmen gegeben ist; Beschluss vom 20. 3. 1984 – 1 BvL 28/82 –, *BVerfGE* 66, 248 = *BayVBl.* 1984, 364. Vgl. auch mit Bezug auf die Wasser- und Energieversorgung *BVerfG*, *Beschl.* vom 16. 5. 1989 – 1 BvR 705/88 –, *NJW* 1990, 1783.
- 19 *Ronellenfisch*, a.a.O. (VerwArch.), S. 294. Leider unterliegt allerdings auch der Begriff selbst der Definitionskompetenz des Gesetzgebers. Der legaldefinierte kann sich daher vom wissenschaftlichen Begriff unterscheiden.
- 20 Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 19, 38; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 9, 11, insbesondere S. 14: Der Begriff wurde zunächst zu dem Zweck geprägt, einen Rechtsschutz gegenüber der leistenden Verwaltung zu ermöglichen. Bezeichnenderweise hat ein namhafter Staatsrechtslehrer dazu in einem Brief an *Forsthoff* vom 19. 6. 1938 Bedenken wegen des Teilhabeanspruchs geäußert und bemerkt, er könne dessen „Differenz vom Grundrecht“ nicht klar sehen. – Den daseinsvorsorgerechtlichen Teilhabeanspruch übersieht das Urteil des *BVerwG* vom 10. 10. 2002 – 6 C 8.01 –, wenn es Veranstaltern von Fernsehprogrammen ein subjektives Recht gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation über Differenzierungen der Entgelte der Telekom AG für die Einspeisung ihrer Programme in Kabelnetze abspricht, weil die Interessen der Nutzer „nur im Allgemeininteresse geschützt“ seien.
- 21 *ABl.* C 364 vom 18. 12. 2000, S. 1. Dieser Teilhabeanspruch würde überfordert, wenn über gleiche Teilhabe hinaus ein hoher Standard, hohe Qualität oder Kontinuität der Leistungen gefordert würden; in diese Richtung gehen allerdings die Vorstellungen des Europäischen Rates von Nizza, vgl. *Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge, a.a.O., *RdNrn.* 5, 11, 12 S. 5 f.; *RdNrn.* 8 bis 10 S. 6; *RdNrn.* 40 ff. S. 10 ff.
- 22 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7, erwähnt u.a. die Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität, Verkehrs- und Postleistungen sowie Hygiene. Andere hier angeführte Beispiele erscheinen unter dem Gesichtspunkt einer Subsidiarität problematisch. Auf S. 12 ist auch bereits angedeutet, dass staatliche Daseinsvorsorge (markt-)wirtschaftliche Beiträge zur Bedarfsdeckung im Vorsorgebereich keineswegs ausschließt.
- 23 Zum Beispiel des Straßennetzes oder der Wasserver- und -entsorgung *Kötting*, a.a.O., S. 92 ff. und passim. Vgl. auch das unlängst erlassene Gesetz zur Erleichterung des Marktzugangs im Luftverkehr vom 21. 8. 2002 (*BGBI.* I S. 3355).
- 24 Zur Rechtsnatur öffentlich-rechtlicher Sparkassen als Einrichtungen der Daseinsvorsorge und öffentliche Verwaltung *BVerwG*, *Urt.* vom 29. 11. 1972 – VI C 19.69 –, *BVerwGE* 41, 195/196 = *BayVBl.* 1973, 246 (amtlicher Leitsatz).
- 25 Zur Daseinsvorsorge in den Bereichen der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Verkehrsinfrastruktur und Verkehrswirtschaft, des Rundfunks, der Telekommunikation, des Kreditwesens und der Bildungs-, Sozial-, Gesundheits-, Kultur- und Freizeiteinrichtungen *Ronellenfisch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 97 bis 113. Zum Verkehr vgl. auch *Verf.*, Der Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen und Aspekte künftiger Regulierung des ÖPNV, 1993, insbesondere S. 130 ff.
- 26 Wenn *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7, ein Recht auf Arbeit erwähnt, so dürfte eine solche Daseinsvorsorge-Legitimation gemeint sein.
- 27 Dazu *Wegmann*, Multipolare Marktzugangskonflikte im Telekommunikationsrecht, *DVBl.* 2002, 1446.
- 28 Vgl. die Zusammenstellung einiger in der Rechtsprechung als Gegenstand der Daseinsvorsorge behandelter Bereiche bei *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, *DÖV* 2002, 357 f. Fußn. 3 und 4. Eine typische Einrichtung der Leistungsverwaltung (und der staatlichen Daseinsvorsorge) ist die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation.
- 29 Auch staatliche Regulierung und Verwaltung privater Leistungen ist Leistungsverwaltung, vgl. *Badura*, a.a.O., S. 35. Das übersieht *Kämmerer*, a.a.O. S., 1041 r. Sp. Die bei *Forsthoff* gelegentlich anzutreffende Konzentration auf die „leistende“ Verwaltung, z.B. Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 12, sollte nicht als Verengung des Begriffs staatlicher Daseinsvorsorge verstanden werden.
- 30 *BVerfG*, *Beschl.* vom 16. 5. 1989 – 1 BvR 705/88 –, *NJW* 1990, 1783.
- 31 Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 20 Fußn. 5, S. 22, 41. Bedient sich aber der Staat zum Zweck der Daseinsvorsorge selbst der Privatrechtsform, so bleibt seine Tätigkeit öffentliche Verwaltung; *BVerwG*, *Urt.* vom 29. 11. 1972 – VI C 19.69 –, *BVerwGE* 41, 195 = *BayVBl.* 1973, 246 (amtlicher Leitsatz).

ment charakteristisch<sup>32</sup>, und sie bedarf im Rechtsstaat einer öffentlich-rechtlichen (hoheitlichen) Grundlegung jedenfalls dort, wo sie mit Eingriffen in Freiheiten verbunden ist oder wo sie ein geltendes System marktwirtschaftlicher Ordnung durchbricht<sup>33</sup>.

Geltung und Nützlichkeit eines solchen Daseinsvorsorgebegriffs haben gegenüber der Zeit der ersten Veröffentlichung der Lehre *Forsthoffs* nicht nachgelassen, sondern gehen nach Breite und Gewicht heute weit über das 1938 Vorhersehbare hinaus. Selbst wenn der Ausdruck abzulehnen wäre, müsste daher für seinen Begriff eine Bezeichnung gefunden werden, die dasselbe bedeutet.

## II. Daseinsvorsorge, Rechtsstaat und Marktwirtschaft

Rechtsstaats- und Marktwirtschaftsdenken hatten zunächst wenig, zuletzt hatten Privatisierungspräferenzen zu großen Einfluss auf staatliche Daseinsvorsorge.

### 1. Daseinsvorsorge und Freiheit

Daseinsvorsorge betrifft zwar in erster Linie die Deckung eines materiellen Bedarfs. Verwaltungsrechtlich wird die Aufgabe grundsätzlich nicht mit den Kategorien des Eingriffs, Zwangs und Freiheitsschutzes, sondern denjenigen der Gewährung und Teilhabe bewältigt<sup>34</sup>. Zur Beschaffung von Daseinsvorsorgeleistungen können allerdings Eingriffe erforderlich sein und sind dann zulässig. Aber auch soweit ihr Gegenstand mit der effektiven Lebensraum kennzeichnenden Angewiesenheit verbunden ist, begegnet Daseinsvorsorge dem Freiheitsrecht<sup>35</sup>. Das gilt beispielsweise für die exklusive Wirkung mancher Techniken moderner Daseinsvorsorge (man denke an öffentliche Verkehrsmittel oder Informationsmedien)<sup>36</sup>. Insoweit ist auch Daseinsvorsorge Gegenstand rechtsstaatlicher Maßgaben<sup>37</sup>.

### 2. Zunächst weitgehend freie Daseinsvorsorgepolitik

Weder das Grundgesetz noch der durch das „Wirtschaftswunder“ vermittelte Wohlstand haben die Bedeutung des Verhältnisses des beherrschten zum effektiven Lebensraum oder der staatlichen Daseinsvorsorge abgeschwächt, sie haben sie aber womöglich überdeckt. Der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für Demokratie wurde mit Recht über die Ministerverantwortlichkeit aller Staatsverwaltung hinaus kein Einfluss auf die Organisation staatlicher Daseinsvorsorge eingeräumt<sup>38</sup>. Die Kompetenz des Staates zur Entscheidung über staatliche Daseinsvorsorge, ihre Organisation und ihren Inhalt wurde nicht infrage gestellt und grundsätzlich nicht als begrenzt angesehen. Sie wurde im Gegenteil durch – wenn auch missverständliche – Einbeziehung der Daseinsvorsorge in den Sozialstaatsauftrag sowie durch ausdrückliche oder implizierte Daseinsvorsorgeaufträge des Grundgesetzes<sup>39</sup> bestärkt. Dem Grundgesetz wurde keine Festschreibung einer Marktwirtschaftsordnung entnommen<sup>40</sup>. Auf staatliche Daseinsvorsorge wirken sich trotz Eingriffswirkung<sup>41</sup> weder Grundrechte<sup>42</sup> noch ein Gesetzesvorbehalt mit ausreichender Sicherheit aus. Den Grundrechten der Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art. 12 und 14 GG) und dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 GG) wird eine Beschränkung eines mit staatlicher Daseinsvorsorge verbundenen Wettbewerbs nur insoweit entnommen, als schwere, unerträgliche, unverhältnismäßige oder willkürliche Beeinträchtigungen von privaten Unternehmen abzuwehren sind<sup>43</sup>. Lediglich Gemeindeordnungen machen den Nachweis eines öffentlichen Interesses zur Rechtsvorsatzsetzung gemeindlicher Daseinsvorsorge.

Einfachrechtliche Zuweisungen von Aufgaben der Daseinsvorsorge beschränken sich oft auf unbestimmte und pleonastische Maßgaben für ihren Inhalt (angemessen, ausreichend, bedarfsgerecht, vertretbares oder erschwingliches Entgelt, Gemeinwohlbindung, Schranke der Privatnützigkeit), die kaum

etwas subsumtionsfähig entscheiden, sondern allenfalls zur Rechtsschöpfung durch Instanzen der Rechtsanwendung führen. Für monopolioide Aufgabenerfüllungen gelten Betriebs- und Tarifpflichten sowie Regelungen über die allgemeine Zu-

<sup>32</sup> *Forsthoff* etwa in Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 9, 10, 20.

<sup>33</sup> Auch die Betrauung privater Unternehmen mit (staatlichen) Daseinsvorsorgeaufgaben muss eine Grundlage in einem hoheitlichen Akt haben, *Badura*, in: Schwarze (Hrsg.), *Daseinsvorsorge*, a.a.O., S. 29. Sie legitimiert dann auch Eingriffe, z.B. Enteignungen, zugunsten privater Erfüllung solcher Aufgaben; vgl. *BVerwG*, Urt. vom 11.7.2002 – 4 C 9.00 und den in Fußn. 18 zitierten Beschluss des *BVerfG* vom 20.3.1984. Zur hoheitlichen Natur staatlicher Daseinsvorsorgeaufgaben vgl. *BFH*, Urt. vom 27.6.2001 – I R 82-85/00 –, *NVwZ* 2002, 1151.

<sup>34</sup> *Forsthoff*, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, a.a.O., S. 1 ff., 15 ff., und *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl. 1973, S. 368 ff.

<sup>35</sup> Die *EU-Kommission* erklärt Daseinsvorsorgeleistungen zur „Vorbedingung dafür ..., dass (die Bürger) zahlreiche Grundrechte in vollem Umfang wahrnehmen können“, *Leistungen der Daseinsvorsorge*, a.a.O., S. 5. Ähnlich *Ronellenfitsch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 76. Ein Beispiel bietet das schwierige Verhältnis des Rundfunks zum Staat, das merkwürdige Blüten treibt wie die Konstruktion seiner öffentlichen Veranstalter als Träger der Meinungsfreiheit.

<sup>36</sup> *Forsthoff*, *Technisch bedingte Strukturwandlungen des modernen Staates*, in: *Freyer/Papalekas/Weippert* (Hrsg.), *Technik im technischen Zeitalter*, 1965, S. 215 und passim.

<sup>37</sup> Zur Zeit der grundlegenden Schrift *Forsthoffs* (1938) erschien das nicht als lohnendes Thema rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung, weil damals rechtsstaatliche Vorbehalte kaum galten, aber auch weil eine Gewähr für vernünftige Entscheidungen in der Natur der Sache gesehen und von Justiz und Verwaltung erwartet wurde. Die Antinomie zwischen Freiheit und staatlicher Daseinsvorsorge hat *Forsthoff* dennoch nicht übersehen. Das ergibt sich einerseits aus dem Hinweis in: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, S. 45, dass der Weg zur Sozialgestaltung frei war, weil Grundrechte als überholt galten, und andererseits aus der Forderung S. 9, Befehlsgewalt über Daseinsvorsorge müsse „legaliter nachgewiesen“ werden (auch wenn dieser „Gesetzesvorbehalt“ nicht aus rechtsstaatlichen Grundsätzen hergeleitet wurde). Auch die Forderung eines Kontrahierungszwangs für Daseinsvorsorgeleistungen, ebenda S. 27, dient der Bewältigung jener Antinomie. Vgl. die Verweisung *Forsthoffs* auf die „Zuständigkeit“ von Verwaltung und Gerichten, in: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, S. 33.

<sup>38</sup> Soweit Demokratisierung unternehmerischer Betätigung des Staates gefordert wird – dazu *Püttner*, *Neue Regelungen für öffentliche Unternehmen?* *DÖV* 2002, 731/733, und *Ehlers*, *Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?*, in: *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, 2002, Band I, Gutachten E, S. E 44 f. –, ist sie mit der anderen Voraussetzung dieser Betätigung unvereinbar, wonach sich das staatliche Unternehmen (mangels zulässiger abweichender Regelung) wie ein privatwirtschaftliches Unternehmen, nämlich marktmäßig verhalten muss.

<sup>39</sup> *Etwa* Art. 73 Nr. 6, Art. 61 Nr. 7, Art. 74 Nrn. 15, 19 a, 22 bis 24, Art. 87 e Abs. 4, Art. 87 f Abs. 1 oder Art. 94 a Abs. 1 GG.

<sup>40</sup> *Grundlegend* *BVerfG*, Urt. vom 20.7.1954 – 1 BvR 459/52 u.a. (*Investitionshilfegesetz*) –, *BVerfGE* 4, 7 ff.

<sup>41</sup> Eingriffswirkung ist beispielsweise unvermeidlich, wo die Nutzung natürlich oder technisch beschränkter Ressourcen reguliert werden muss. Auch die Eingriffswirkung von Gewährungen und insbesondere von Subventionen, die Maßnahmen der Daseinsvorsorge oft begleiten, ist heute jedenfalls in der Literatur anerkannt, vgl. *Peter Michael Huber*, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991, S. 358 ff., 485 ff.; dazu *Verf.*, *Autonome und heteronome Verteilung*, 1970, S. 44. Die Erforderlichkeit einer „Intervention des öffentlichen Sektors“ zum Zweck der Daseinsvorsorge erkennt auch die *EU-Kommission*, vgl. *Leistungen der Daseinsvorsorge*, a.a.O., RdNr. 3 S. 5.

<sup>42</sup> Zur Bedeutung der Grundrechte für Daseinsvorsorge *Badura*, in: *Schwarze*, a.a.O., S. 34. Auch *Ernst Rudolf Huber*, für den Daseinsvorsorge Gegenstand staatlicher Verpflichtung auf die „sittliche Idee“ ist, sieht in der höheren Idee des rechtsstaatlichen Freiheitschutzes ihre Grenze. *Kötigen*, a.a.O., S. 53 f. fordert Eigentumsschutz vorhandener Unternehmen gegen die Neueinführung staatlicher Daseinsvorsorge-monopole und vertritt ihren Anspruch auf Netzzugang oder Anstaltsnutzung. Er misst (S. 92, a.a.O.) auch der Berufsfreiheit eine weitergehende Sperrwirkung zu, als sie heute nach deutschem Recht durchsetzbar wäre. Einen Subsidiaritätsgrundsatz vertritt *Ehlers*, a.a.O., S. E 34 unter Berufung auf *Isensee*, *HStR* III, 1988, RdNr. 41 ff.

<sup>43</sup> *Peter Michael Huber*, a.a.O., S. 358 ff., 375 ff., 507 ff. und 563 ff.

gänglichkeit und die Bedingungen der Leistungen. Konkrete Maßgaben finden sich am ehesten in Vorschriften oder Verträgen über staatliche Kostendeckungsbeiträge. Eine Präferenz für kommunale, mit Bundes- und Landeshilfe auszuübende Zuständigkeiten zeichnet sich ab<sup>44</sup>.

### 3. Jüngere Entwicklung widersprüchlich

Während der letzten Jahrzehnte verschwanden zwar die noch kriegsbedingten Formen und Gegenstände staatlicher Interventionen (Rationierung, Preisbindungen) aus dem Szenarium der staatlichen Daseinsvorsorge. Doch nahmen die Erwartungen an ihre Quantität und Qualität etwa im Straßenbau oder im öffentlichen Personennahverkehr oder im Eisenbahnverkehr<sup>45</sup> enorm zu. Sie wurden mit Hilfe wachsender staatlicher Kostendeckungsbeiträge erfüllt<sup>46</sup>. Die Belastung der Staatshaushalte erreichte ein Maß, das umso weniger vertretbar war, als infolge wirtschaftlicher Stagnation und anderweitiger Inanspruchnahme die staatlichen Mittel knapper wurden. Diese Entwicklung und die Erfolge der Marktwirtschaft in Verbindung mit der Politik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft führten zu Entscheidungen, Daseinsvorsorge-Aufgaben zu „privatisieren“, worunter die Überführung staatlicher, insbesondere kommunaler Unternehmen aus öffentlich-rechtlichen in privatrechtliche Organisationsformen oder in privates Anteilseigentum verstanden wird. Das betraf vor allem die Sektoren der Kommunikation, des Verkehrs und der Versorgungsbetriebe. Auch erhoben sich Stimmen, die bereits am Begriff staatlicher Daseinsvorsorge Anstoß nahmen und ihre Notwendigkeit, ja Berechtigung geleugnet haben<sup>47</sup>.

Die konstruktive Lösung der Rechts- und Verwaltungsprobleme einer Harmonisierung staatlicher Daseinsvorsorge mit den rechtsstaatlichen und marktwirtschaftlichen Anforderungen geriet darüber ins Hintertreffen. In Deutschland hat das widersprüchliche Ursachen. Einerseits haben aus autoritärer Zeit stammende Ermächtigungen zur Eingriffsverwaltung lange und zum Teil bis heute überlebt<sup>48</sup>. Daneben entwickelte sich eine umfangreiche Subventionspolitik zur Realisation von Zielen der Daseinsvorsorge, der die deutsche Rechtspraxis, wie erwähnt, trotz Eingriffswirkung kaum wirksame rechtsstaatliche Schranken oder Maßgaben auferlegt hat und die beispielsweise de facto zur Überführung des öffentlichen Straßen-Linienverkehrs in eine Art Gemeinwirtschaft führte<sup>49</sup>. Schließlich schien Privatisierung Probleme staatlicher Daseinsvorsorge obsolet zu machen.

### 4. Umbruch?

Will man bereits in der Privatisierungswelle einen „Umbruch“ sehen, so ist er jedenfalls nicht mit einer Neuordnung des Rechts der staatlichen Daseinsvorsorge, sondern allenfalls mit deren Einschränkung verbunden, soweit nicht Ersatz-Regulatorien diese Einschränkung ihrerseits wieder einschränken. Die Konturen eines solchen Umbruchs lägen noch nicht fest, denn sowohl Sachnotwendigkeiten als auch europarechtliche Bindungen dürften Reaktionen auf zu weitgehende Einschränkungen staatlicher Daseinsvorsorge und auf Mängel ihrer Bewältigung zur Folge haben. Mit erheblichem Publikumsinteresse ist zu rechnen<sup>50</sup>.

Im Zuge der Privatisierungswelle wurden sicherlich marktwirtschaftliche Potenziale zur Verbesserung der Kosten-Ertrags-Relation und der Ressourcen-Allokation nutzbar gemacht und manche bürokratische Verkrustungen aufgelöst. Es wurden aber nicht alle Probleme gelöst und andere erst geschaffen. Bereichsweise sind die Belastungen der öffentlichen Haushalte nicht gesunken, ein Beispiel bietet der Bedarf der privatisierten Bundesbahn an staatlichen Investitionshilfen<sup>51</sup>. Bereichsweise sind sie in die Zukunft verlagert worden<sup>52</sup>.

Bereichsweise bestehen Unzulänglichkeiten der Versorgung, beispielsweise im Sektor der Kommunikationsleistungen. Auch

hohe Gewinne der privatisierten Post oder die spektakuläre Vergoldung einer (fragwürdigen) staatlichen Frequenzhoheit durch private Dienstleister – beide Schätzungen belasten letzten Endes das Publikum – sprechen eher für mehr staatliche und rechtsgebundene Kontrolle dieser Daseinsvorsorgebereiche<sup>53</sup>. Eine mehr wettbewerbsorientierte Gestaltung staatlicher Daseinsvorsorge wäre sicherlich bereichsweise zur Verbesserung des Produktions- und Verteilungsergebnisses geeignet.

- 44 Vgl. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 49 und *ders.*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958. Zur Rolle der Kommunen in der Daseinsvorsorge *BVerfG*, Beschl. vom 16. 5. 1989 – 1 BvR 705/88 –, *NJW* 1990, 1783, und vom 10. 12. 1974 – 2 BvK 1/73 u.a. –, *BVerfGE* 38, 258 = *BayVBl.* 1975, 78 sowie *Blümel*, *Gemeinden und Kreise*, a.a.O., S. 190 ff. mit Literaturhinweisen, insbesondere auch auf spätere Äußerungen *Forsthoffs*.
- 45 Der Bestand an Bundes-, Landes- und Kreisstraßen nahm von 176.000 im Jahre 1950 auf 221.000 km im Jahre 1990 zu, die Beförderungsleistung der Bundesbahn wuchs von 36,382 Mrd. im Jahre 1955 auf 43,560 Mrd. Personenkilometer im Jahre 1990, und im öffentlichen Straßenpersonenverkehr der Kommunen und Privatunternehmen stieg die Verkehrsleistung von 1,245 Mrd. im Jahre 1955 auf 2,960 Mrd. Wagenkilometer im Jahre 1990; *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Verkehr in Zahlen*, 2001, S. 7, 56 und 88.
- 46 Die Ausgaben allein des Bundes für den gesamten Verkehr stiegen von 269 Mio. Euro im Jahre 1950 auf 13,273 Mrd. Euro im Jahre 1990, seit der Wiedervereinigung stiegen sie über fast 27 Mrd. Euro in 1994 und 1995 auf 19,986 Mrd. Euro im Jahre 2000, wobei der Eisenbahn der größte, den Fernstraßen der zweitgrößte Anteil zuflossen; vgl. *Bundesministerium für Verkehr etc.*, a.a.O., S. 122.
- 47 Etwa *Fischerhof*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, *DÖV* 1957, 305 ff./312 oder *Basedow*, a.a.O. Die *NZZ* vom 13./14. 4. 2002 wirft der „Metapher service (au) public“ vor, als Maskerade und Instrument organisierter Gruppeninteressen zu dienen. Der Irrtum wird durch die Hinzufügung des Wörtchens „au“ deutlich: Es handelt sich gerade nicht um alle der Allgemeinheit erbrachten Leistungen, sondern um diejenigen, die Angelegenheit des Staates sind. Einen Überblick über Rezeption und Kritik des Begriffs gibt *Ronellenfitsch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 69 bis 73; treffend auch S. 97: *Forsthoff* hat mit dem Rechtsbegriff der Daseinsvorsorge „eine Lawine losgetreten ..., die seine Kritiker überrollt“.
- 48 Beispielsweise ist Wettbewerb im öffentlichen Personennahverkehr im Konfliktfall praktisch nicht einmal durch die kommunalen Aufgabenträger selbst durchsetzbar. Die Anordnung von „Eigenwirtschaftlichkeit“ durch § 8 Abs. 4 *PBefG* hat daran nichts geändert. Das beruht auf einer nach Instanz und Umfang unklaren Zuordnung rechtlich kaum effektiv gebundener Entscheidungen sowohl an die Aufgabenträger als auch an die Genehmigungsbehörden. Bestenfalls paralegale Bündnisse von Behörden, Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen haben nicht immer optimale Ergebnisse, von den mit ihnen verbundenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen abgesehen. Noch heute gibt es Genehmigungsbehörden, die eine Bedürfnisprüfung zu den Voraussetzungen einer Linienverkehrsgenehmigung zählen! Ein praktisch im Bereich dieser Subventionen, Entscheidungen und Verbände allein schon wegen seines Zeitbedarfs weitgehend unwirksames Rechtsschutzsystem vermehrt die Rechtsunsicherheit und führt hier und da zu mindestens unwirtschaftlicher Verwaltung. Das Ergebnis von Produktion und Verteilung ist hier suboptimal.
- 49 Eingehend zur Regulierung des ÖPNV *Verf.*, a.a.O., S. 130 ff.
- 50 Vgl. bereits *NZZ* vom 18./19. 8. 2001: „Das Volk entdeckt den Service public“.
- 51 Die Bundesregierung denkt daher über Wettbewerbsschutz für die DB und damit über eine Teilrücknahme der DB-Privatisierung nach, vgl. *SZ* vom 3. 9. 2002. Zu Defiziten der Bahnreform vgl. *Fehling*, *Zur Bahnreform*, *DÖV* 2002, 793 ff.
- 52 Das ist etwa der Fall, wo private Rechtsträger zwar das Kapital für Investitionen in Verkehrswege aufbringen, Zinsen und Tilgung jedoch aus öffentlichen Haushalten zu bestreiten sind; vgl. dazu die Entscheidung des *VerfGH Rheinl.-Pfalz* vom 20. 11. 1996 – VGH N 3/96 –, *DÖV* 1997, 246 und *Grupp*, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, *DVBl.* 1994, 140 ff.
- 53 Man kann auch bei Betrachtung etwa der Rechtsprechung zu Flughafenengebühren den Bedarf an wirksamer Kontrolle kaum übersehen; vgl. *Verf.*, Benutzungs- und Entgeltordnungen für Flughäfen unter Berücksichtigung der Kartellrechtsnovelle 1989/90, *NVwZ* 1993, 1145.

### III. Harmonisierung von Daseinsvorsorge und Marktwirtschaft

Aktuell bleibt die Frage, wie staatliche Daseinsvorsorge innerhalb ihrer Grenzen mit rechtsstaatlichen und marktwirtschaftlichen Anforderungen in Einklang zu bringen ist.

Diesen Anforderungen ist zunächst ohne weiteres genügt, wenn sich Staatshandeln allen Bedingungen der Marktwirtschaft unterwirft<sup>54</sup>. Das ist etwa der Fall, wenn das für Daseinsvorsorgeleistungen eingesetzte staatliche Kapital marktüblich amortisiert und verzinst wird und Qualität, Quantität und Preis durch Angebot und Nachfrage im Marktwettbewerb bestimmt werden<sup>55</sup>. Den Anforderungen ist ferner ohne weiteres genügt, soweit der Staat Leistungen, die er als Daseinsvorsorge an Endverbraucher weiterreicht, oder ihre Komponenten durch öffentliche Aufträge beschafft. Beispiele sind Bau und Bereithaltung von Straßen und Eisenbahnen und Beförderungsleistungen des öffentlichen Verkehrs. Hier sorgt das Vergaberecht für die Korrektur von Mängeln an Marktbedingungen.

Im Übrigen liegt nahe, dass die Marktwirtschaftsordnung durch Europarecht mit Vorrang vor nationalem Recht auch im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge wirksam etabliert wird<sup>56</sup>.

#### 1. Europarecht. Antinomie und hergebrachte Lösungen

Die Mitgliedstaaten der EU sind verpflichtet, ihre Rechtsordnungen und ihr eigenes wirtschaftliches Verhalten dem Wettbewerb zu unterwerfen oder anzupassen<sup>57</sup>. Zugleich ist staatliche

Daseinsvorsorge europarechtlich<sup>58</sup> geboten<sup>59</sup>. Soweit die gebotene Vorsorge im Wettbewerb nicht geleistet werden kann, muss daher das Wettbewerbsprinzip Ausnahmen dulden<sup>60</sup>. Soweit das mit dem Vorsorgegebot vereinbar ist, muss staatliche Daseinsvorsorge jedoch mit dem Wettbewerbsprinzip in Einklang gebracht werden<sup>61</sup>. Insoweit ist Subsidiarität zu fordern<sup>62</sup>. Auf sekundärrechtlicher Ebene gelten dazu etwa die Richtlinie der EU-Kommission über finanzielle Transparenz bei öffentlichen Unternehmen<sup>63</sup>, zahlreiche EG-Verordnungen und -Richtlinien im Bereich des Verkehrs<sup>64</sup>, über Post-<sup>65</sup> und Telekommunikationsdienste<sup>66</sup>, den Elektrizitäts-<sup>67</sup> und den Erdgasinnenmarkt<sup>68</sup>. Als strukturelle oder infrastrukturelle Daseinsvorsorge hat die EU Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen<sup>69</sup> und für den Umweltschutz<sup>70</sup> reguliert. Diese Vorschriften verpflichten zu Veröffentlichungen sowie einerseits zur voller Abgeltung und andererseits zur Beschränkung auf möglichst geringe Kosten für die Allgemeinheit der vom Staat vereinbarten oder auferlegten Leistungen. Oder sie gewährleisten wettbewerbskonforme Beteiligung privater Unternehmen an der Erstellung oder Nutzung der staatlichen Leistungen oder ihren Zugang zu einer durch Rechtsvorschriften (etwa mit Bezug auf Netze oder andere monopolartige Strukturen) regulierten wirtschaftlichen Betätigung.

Die bereits geltenden europarechtlichen Antworten auf die Daseinsvorsorgefrage gehen erheblich über ein „spezifisches Kooperationsprinzip“ oder über ein Gleichgewichts-, Abstimmungs-, Verhältnismäßigkeits- oder Abwägungsgebot oder Missbrauchsverbot<sup>71</sup> hinaus. Aber die Entwicklung des europäi-

eine gleichinhaltliche Absicht.) Andererseits kann dem Absatz ein allgemeiner „Souveränitätsvorbehalt“ entgegen *Michael Fehling*, Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Daseinsvorsorge*, a.a.O., S. 205, nicht entnommen werden.

- 54 Für die Auffassung von *Hans H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, dass von Daseinsvorsorge nicht die Rede sein könne, wo gleiche Leistungen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft erbracht werden, sehe ich keine zwingende Begründung.
- 55 Unter diesen Voraussetzungen darf staatliche Daseinsvorsorge auch Überschüsse erzielen, vgl. Urt. des VG Koblenz vom 8. 7. 1997 – 2 K 2971/96 –, NVwZ 1999, 1133/1134.
- 56 Zur bisherigen Politik der EU-Kommission und Rechtsprechung des EuGH siehe *Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge, a.a.O. Dazu *Kämmerer*, a.a.O., passim. Der Ansatz der Kommission ist mit der Kritik von *Ronellenfisch*, a.a.O. (Kolloquium), S. 93, Wettbewerb dürfe nicht eingeführt werden, wo ihm besondere Gegebenheiten entgegenstehen, und er habe im Rahmen der Daseinsvorsorge nur dienende Funktion, nicht widerlegt. Über das Regel- Ausnahmeverhältnis sollte man anhand konkreter Fälle diskutieren.
- 57 Art. 3 Abs. 1 Buchst. g, Art. 4 Abs. 1, Art. 86 EG. Das beinhaltet die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Behinderungen und Einschränkungen des Wettbewerbs im Sinne der Art. 81 und 82 EG auszuscheiden.
- 58 Europarecht und -verwaltung haben sich den Begriff der Daseinsvorsorge zu Eigen gemacht. Sie können sich auch der „Philosophie“ der Daseinsvorsorge entgegen *Püttner*, a.a.O., S. 734, ebenso wenig entziehen wie ihren verwaltungsrechtlichen Folgerungen. Der Bemerkung von *Kämmerer*, a.a.O., S. 1041, die EU-Kommission benutze zwar den *Forsthoff'schen* Terminus, ohne sich seinen Bedeutungsinhalt zu Eigen zu machen, ist lediglich zuzugeben, dass der Begriff der „services d'intérêt général“ weitergeht. Der öffentlichen Aufgabe „Daseinsvorsorge“ entspricht eher der „service public“.
- 59 Nach dem mit Wirkung vom 1. 5. 1999 in den EG-Vertrag eingefügten Art. 16, bekräftigt durch die 13. Erklärung zur Schlussakte von Amsterdam, sind unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 EG Maßnahmen mit dem Vertrag vereinbar, die erforderlich sind, damit (mitgliedstaatliche) Dienste von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse („services d'intérêt général“) ihren Aufgaben nachkommen können. Wieder etwas anderes als diese sind so genannte „Universaldienstleistungen“; vgl. dazu etwa *Storr*, a.a.O., Fußn. 26 und passim, der mit seinen Hinweisen auf allgemeine Zugänglichkeit, Qualität und „Erschwinglichkeit“ weniger der Definition bestimmter Leistungen, sondern eher der Kennzeichnung eines Teilhabenspruchs zu dienen scheint.
- 60 Nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG gelten der Vertrag und insbesondere seine Wettbewerbsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut sind, nur, soweit ihre Anwendung die Erfüllung der diesen übertragenen Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert. „Verhindert“ dürfte unter Berücksichtigung des Art. 16 EG dahin gehend zu interpretieren sein, dass erhebliche „Behinderungen“ eingeschlossen sind; vgl. *Papier* a.a.O., S. 693 r. Sp. (Wenn Absatz 2, wie *Basedow*, a.a.O., meint, auf Unachtsamkeit beruhen sollte, so wäre sie nicht weniger löblich als
- 61 Die Auffassung *Forsthoffs*, daß staatliche Daseinsvorsorge und Funktionen des Marktes Gegensätze sind, so dass leistende Verwaltung, soweit sie dem öffentlichen Recht unterstellt ist, den für den Wettbewerb geltenden Regeln entzogen sein muss (Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 11), darf nicht auf Erstellung oder Beschaffung der Leistungen bezogen werden und schließt im Übrigen eine Harmonisierung nicht aus.
- 62 Wettbewerb ist das Grundkonzept des gemeinsamen Marktes und – auch soweit es „Grundversorgung“ betrifft – entgegen *Storr*, a.a.O., S. 364 ff. – nicht das „gemeinschaftsrechtliche Nachfolgeinstitut der überkommenen Daseinsvorsorge“. Staatliche Daseinsvorsorge ist vielmehr Gegenstand von Adaptationen dieses Grundkonzepts. – Art. 86 Abs. 1 EG verbietet zwar den Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem Vertrag und insbesondere Art. 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen. Nach Art. 295 EG lässt der Vertrag aber die Eigentumsordnung auch der staatlichen Unternehmen in den Mitgliedstaaten unberührt. Damit ist im Rahmen von Art. 16 EG der Einsatz solcher Unternehmen für Zwecke der Daseinsvorsorge zugelassen. Auf das Fehlen justizialer Kriterien eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips wurde oben hingewiesen.
- 63 RiL 80/723/EWG vom 25. 6. 1980 (ABl. L 195 S. 35), zuletzt geändert durch RiL 2000/52/EG vom 26. 7. 2000 (ABl. L 193 S. 75).
- 64 Zusammengefasst und erläutert in: *Frohnmeyer/Mückenhausen*, EG-Verkehrsrecht, Ergänzbarer Kommentar, Stand: Mai 2001.
- 65 Richtlinie 97/67/EG des Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 (ABl. L 15 vom 21. 1. 1998 S. 14).
- 66 Richtlinie 90/388/EWG des Rates vom 28. 6. 1990 (ABl. L 192 vom 24. 7. 1990 S. 1), zuletzt geändert durch Richtlinie 97/51/EG des Parlaments und des Rates vom 6. 10. 1997 (ABl. L 295 vom 29. 10. 1997 S. 23); Richtlinie 98/10/EG des Rates und Parlaments vom 26. 2. 1998 (ABl. L 101 vom 1. 4. 1998 S. 24); Richtlinie 97/33/EG des Parlaments und des Rates vom 30. 6. 1997 (ABl. L 199 vom 26. 7. 1997 S. 52).
- 67 Richtlinie 96/92/EG vom 19. 12. 1996 (ABl. L 27 vom 30. 1. 1997 S. 20); Richtlinie 98/30/EG vom 22. 6. 1998 (ABl. L 204 vom 21. 7. 1998 S. 1); 12. J. 2001 (ABl. L 10 vom 13. 1. 2001; ABl. C 37 vom 3. 2. 2001 S. 3).
- 68 Richtlinie 98/30/EG vom 22. 6. 1998 (ABl. L 204 vom 21. 7. 1998 S. 1).
- 69 Vom 12. 1. 2001 (ABl. L 10 vom 13. 1. 2001). Ob es sich um Daseinsvorsorge handelt, kann hier zweifelhaft sein.
- 70 ABl. C 37 vom 3. 2. 2001 S. 3.
- 71 So will aber das Resümee der Untersuchung mitgliedstaatlicher und europäischer Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste durch *Storr*, a.a.O., S. 368, ihre Bedeutung einschätzen.

schen Daseinsvorsorgerechts steht erst an ihren Anfängen. Die EU bereitet weitere Maßnahmen, die zumindest auch die staatliche Daseinsvorsorge erfassen, durch zahlreiche Mitteilungen, Bekanntmachungen, Analysen („Monitoring“) oder Bewertungen („Evaluierungen“) vor. Bereichsspezifische Regelungen sind eher zu erwarten als umfassende Rechtssetzungsakte oder etwa generelle Vorschriften über öffentliche Unternehmen<sup>72</sup>.

## 2. Verbleibender Harmonisierungsbedarf

Außerhalb der geltenden Einzelregelungen ist die Harmonisierung staatlicher Daseinsvorsorge mit dem Wettbewerbsgebot offen, soweit ihre Zwecke weder zu vollen Marktbedingungen noch allein mit Hilfe öffentlicher Aufträge erreicht werden können.

### a) Subsidiarität und Bereichsregelungen

Das Subsidiaritätsprinzip, dem staatliche Daseinsvorsorge durch den Wettbewerbsschutz des EG-Vertragsrechts unterworfen ist, reicht nicht weiter als die zwingende Wirkung der einschlägigen Vertragsnormen. Insbesondere gilt keine Beschränkung der staatlichen Daseinsvorsorge auf bestimmte Wirtschaftsbereiche<sup>73</sup>. Ob sich für die Einführung einer solchen Beschränkung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht im EG-Vertrag eine Grundlage findet, ist mindestens zweifelhaft<sup>74</sup>.

### b) Beihilfen

Übersteigen die Kosten von Daseinsvorsorgeleistungen die – etwa auf Grund staatlicher Vorgabe – zu erwartenden Erträge, so müssen staatliche Mittel eingesetzt werden. Es fragt sich, ob und inwieweit dem Art. 87 Abs. 1 EG entgegensteht, wonach wettbewerbsverfälschende Beihilfen an Unternehmen mit dem Gemeinsamen Markt verboten sind, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Vom Beihilfeverbot gelten sowohl primär- als auch sekundärrechtliche Ausnahmen<sup>75</sup>. Die Zulässigkeit von Beihilfen ist nach Art. 88 Abs. 3 EG von einer vorgängigen Freigabe durch die EU-Kommission abhängig.

Der Beihilfebegriff des Art. 87 EG hat jüngst durch den EuGH eine wichtige Einschränkung erfahren, nach der marktadäquate Gegenleistungen keine Beihilfen sind<sup>76</sup>. Zahlt der Staat ein kostendeckendes Entgelt (oder Teile eines solchen) an das produzierende oder verteilende Unternehmen, so liegt eine Beihilfe an ein Unternehmen danach nicht vor, wenn die Leistung zu möglichst geringen Kosten erstellt und an Endverbraucher erbracht wird, die keine Unternehmen sind. Wirtschaftlich liegt es nicht anders, wenn der Staat die Kostenunterdeckung des Unternehmens ausgleicht. Voraussetzung ist allerdings: Es steht jedem Unternehmen frei, die Daseinsvorsorgeleistungen zu erbringen, die staatlichen Preisauflagen oder Ausgleichsleistungen stehen jedem Unternehmen gleichmäßig zur Verfügung, und die Leistungen, deren Kosten gedeckt werden sollen, liegen nach Quantität und Qualität ebenso fest wie der Gegenstand eines öffentlichen Auftrags. Nur dann lässt sich feststellen, ob sie zu den geringstmöglichen Kosten erstellt wurden und ob die Ausgleichsleistungen sich im Rahmen der Kosten halten. Ein Sonderproblem birgt die Feststellung der geringsten Kosten der Leistung. Wenn kein öffentlicher Auftrag vorliegt, ist das Vergaberecht nicht anwendbar<sup>77</sup>. Denkbar ist entweder die Regelung eines besonderen Ausschreibungs- und Wettbewerbsverfahrens, das den Besonderheiten des Kostenunterdeckungsausgleichs angepasst ist, oder die Anwendung von Regeln, wie sie für die Preis- und Kostenermittlung bei öffentlichen Aufträgen außerhalb von Vergabeverfahren gelten<sup>78</sup>.

Liegt keine Beihilfe vor, ist die Kommission darauf beschränkt, eine Ausgleichsleistung bei Verfehlung der Voraussetzungen zu untersagen<sup>79</sup>. Andernfalls ist staatliche Daseinsvorsorge nur nach Notifikation zulässig.

### c) Staatliche Eigenproduktion und Verteilung

Harmonisierungsbedarf besteht ferner, wo Daseinsvorsorgeleis-

tungen durch staatliche Unternehmen erbracht werden sollen, soweit diese weder alle Marktbedingungen erfüllen noch öffentliche Aufträge erteilen, aber Zuwendungen in gesellschaftsrechtlichen Formen erhalten. Auch solche Zuwendungen sind keine Beihilfen, wenn sie nur die geringsten Kosten bestimmter Leistungen an Endverbraucher abdecken oder auch von marktorientierten Anteilseignern geleistet würden. Andernfalls unterliegen sie dem Beihilfeverbot, den dazu geltenden Ausnahmen und dem Vorbehalt der Kontrolle durch die Kommission.

### d) Monopoloiden Strukturen

Daseinsvorsorgeaufgaben können bereichsweise, etwa soweit sie an Wege, Leitungen oder Netze gebunden sind, nur in monopoloiden Strukturen erfüllt werden. Europarecht und insbesondere Art. 86 EG steht der Begründung einer für Daseinsvorsorge notwendigen Monopolstellung im Hinblick auf dessen Absatz 2 nicht entgegen. Wohl aber sind notwendige Monopole mit Wettbewerbsbedingungen zu harmonisieren<sup>80</sup>. Das ist etwa durch

72 So zutreffend *Püttner*, a.a.O., S. 736. Differenzierend *Ehlers*, a.a.O., S. E 162 ff.

73 Vgl. *Alber*, Unternehmen der Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerbsrecht, in: *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge, a.a.O., sowie *Schwarze*, ebenda, S. 16 ff. Zum Beispiel richtet sich die „Verurteilung“ einer Anstaltslast und staatlicher Gewährleistungshaftung für Sparkassen durch den EuGH nicht gegen staatliche Daseinsvorsorge in diesem Bereich, sondern gegen die dabei veranlasste Beeinträchtigung der Marktfunktion, deren Notwendigkeit der EuGH als nicht ausreichend begründet angesehen hat; dazu *Blaurack*, *Schoppmann*, *Schürmann* und *Boos*, in: *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge, a.a.O. – Auf die mit Kompetenzkatalogen (der Sache nach: Bereichsregelungen) verbundene Schwierigkeit der gemeinschaftsspezifischen Querschnittsständigkeit weisen *Koenig/Kühling*, EG-beihilferechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung, DÖV 2001, 890 hin.

74 Dass die Kommission, wie *Storr*, a.a.O., S. 360 meint, das Interesse der Gemeinschaft zu konkretisieren habe, bildet keine ausreichende Grundlage. Eine Generalemächtigung ist in den von ihm zitierten Art. 2, 3 oder 86 Abs. 3 EG gerade nicht enthalten.

75 Ausnahmen normieren etwa Art. 86 Abs. 2 EG für Unternehmen, die mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut sind, und Art. 87 Abs. 2 und 3 EG für besondere Problemlagen und Förderungsbedürfnisse sowie Art. 73 für Erfordernisse der Koordinierung des Verkehrs oder bestimmte „mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen“. Überdies gilt auch für Beihilfen Art. 16 EG.

76 Urte. vom 24. 7. 2003 – Rs. C 280/00 (Altmark) –, NJW 2003, 2515 = NVwZ 2003, 1101 = DVBl. 2003, 1206 mit Anm. *Sellmann*. Insoweit ist auch die Frage des Prüfungsvorbehalts der Kommission nach Art. 88 EG geklärt. Die bisherige Diskussion (*Albin*, Daseinsvorsorge und EG-Beihilferecht, DÖV 2001, 890 ff.; *Koenig/Kühling*, a.a.O., S. 881 ff.) ist insoweit überholt. Vgl. auch Urteil des *Gerichts Erster Instanz* vom 27. 2. 1997 – Rs. T-106/95 (Fédération Française des Sociétés d'Assurances – FFSA) –, Slg. II-229, bestätigt durch *EuGH*, Beschl. vom 25. 3. 1998 – Rs. C-174/97 P –, Slg. I-1303 und *Gericht Erster Instanz*, Urte. vom 10. 5. 2000 –, Rs. T-46/97 (Sociedade Independente de Communicacao SA) –, Slg. II-2125. Die Auffassung von *Ronellenfisch*, Ausgleichsleistungen für Daseinsvorsorgeleistungen würden „tatbestandsmäßig“ nicht unter Art. 87 EG fallen, a.a.O. (Kolloquium), S. 88, dürfte sich kaum durchsetzen, doch erfasst das Gegenleistungskriterium einen großen Sektor staatlicher Daseinsvorsorge.

77 Die Problematik ist in den EU-Organen erkannt, vgl. *Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge, a.a.O., RdNr. 11 S. 6, RdNr. 19 S. 8, RdNr. 36 S. 10, RdNr. 53 Abs. 1 letzter Spiegelstrich, S. 15.

78 Das Linienverkehrs-Genehmigungsverfahren nach dem Personenbeförderungsgesetz ist kein solches Vergabeverfahren. Das *BVerwG* hat zwar im Urteil vom 2. 7. 2003 – 3 C 46.02 –, NVwZ 2003, 1114 ausgesagt, es könne zwanglos als Ausschreibungsverfahren im weiteren Sinne begriffen werden. Es ist aber im geltenden Recht zumindest nicht gesichert, dass es wie ein öffentlicher Auftrag zu einer konkreten Bindung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer führt, die nur im Wege eines neuen Verfahrens geändert werden kann.

79 Wegen weitergehender Regulierungsbefugnisse der EG-Organen etwa auf Grund ihrer Ermächtigung zur Verkehrspolitik vgl. *EuGH*, Urte. vom 24. 7. 2003, a.a.O., mit Bezug auf die VO (EWG) 1191/69 in der Fassung von 1991 über Ausgleichsleistungen.

80 Das Verbot des Monopolmissbrauchs macht bereits 1938 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 26, auch mit Bezug auf staatliche Daseinsvorsorge geltend.

Bindung der Monopolstellung an die Gewährleistung denkbar, dass der Monopolist die Komponenten seiner Leistungen möglichst weitgehend zu Marktbedingungen, insbesondere im Wege öffentlicher Aufträge, beschafft, Eigenleistungen zu den geringstmöglichen Kosten erstellt und kostengerechte Entgelte erhebt. Die Gewährleistung setzt voraus, dass ein anderes Unternehmen einen durchsetzbaren Rechtsanspruch hat, an die Stelle des Monopolisten zu treten, wenn es eine bessere oder kostengünstigere Leistung bietet oder der Monopolist die Gewährleistung verfehlt<sup>61</sup>.

### 3. Sinnkrise oder Europarechts-Dilemma der Daseinsvorsorge?

Zu welchen weiteren rechtlichen oder wirtschaftlichen Ergebnissen im Sinne eines Umbruchs Sachnotwendigkeiten und Europarechtsvorgaben führen werden, ist offen. Jedenfalls muss staatliche Daseinsvorsorge in ihrem Recht bestärkt werden, soweit Angebot und Nachfrage am wohl funktionierenden Markt Versorgung nicht gewährleisten können. Das ist auch zur Konsolidierung von Hilfs- oder Teil-Privatisierungen durch Rechtssicherheit erforderlich. Soweit dabei in rechtlich geschützte Freiheiten, in Markt oder Wettbewerb eingegriffen werden muss, ist Anpassung an die marktwirtschaftliche Ordnung geboten. Diese Anpassung stößt weniger auf besonders große als auf ungewohnte Schwierigkeiten. Zu treffen sind Entscheidungen im Zielkonflikt zwischen Qualität und Quantität der staatlichen Daseinsvorsorge und Wettbewerb und Haushaltsinteressen<sup>62</sup>.

Von einer Sinnkrise der Daseinsvorsorge<sup>63</sup> kann nach alledem keine Rede sein. Es handelt sich vielmehr um die Aufgabe, staatliche Daseinsvorsorge system- und europarechtskonform zu gestalten. Es zeichnet sich ab, dass künftig unter verschiedenen Möglichkeiten der Aufgabenerfüllung einer Vertragslösung und/oder derjenigen Alternative der Vorzug gegeben werden muss, die zu ähnlichen Ergebnissen führt, wie sie Wettbewerb zeitigen würde, und insbesondere mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit verbunden sind. Soweit das nicht durch Wettbewerb um öffentliche Aufträge gewährleistet ist, müssen geeignete äquivalente Anforderungen und Verfahren entwickelt werden. Insbesondere Europarecht verordnet keine anderen Schranken für die staatliche Daseinsvorsorge, so dass auch Spannungen zwischen diesem und Verfassungsrecht<sup>64</sup> nicht zu erwarten sind.

Damit Daseinsvorsorgerecht seinen Zweck marktkonform erfüllt, muss der Staat wirtschaftlich und technisch sachkundig handeln. Dieser Aspekt ist – jedenfalls in der für Daseinsvorsorge relevanten Weise – für die Verwaltungsrechtsprechung, aber auch für Regierungen und Instanzen öffentlicher Verwaltung, noch vielfach ungewohnt, und die erforderlichen Kenntnisse oder die Bereitschaft zu ihrer Anwendung sind keineswegs selbstverständlich.

### IV. Zusammenfassung

Im Sinne der Lehre *Forsthoffs* sind als Daseinsvorsorge die staatlichen Veranstaltungen, Veranlassungen oder Regulierungen der Produktion oder Verteilung von Sachgütern oder (Dienst-)Leistungen des materiellen Lebens- oder Infrastrukturbedarfs für die Allgemeinheit zu bezeichnen, soweit sie nicht (lediglich) der Realisation privatautonomer Produktion oder Verteilung oder der Herstellung (gruppen-)individueller Gerechtigkeit des Verteilungsergebnisses dienen. Mit dieser Bedeutung behält die Bezeichnung ihre Unterscheidungs- und Erläuterungskraft gegenüber anderen staatlichen, insbesondere auf Sicherheit, Ordnung oder das Funktionieren des Marktes, auf Wirtschaftslenkung oder sozialstaatliche Umverteilung gerichteten Funktionen<sup>65</sup> sowie gegenüber privatautonomer Bedarfsdeckung. Der Nutzen des Begriffs liegt nach wie vor in der Erkenntnis der Besonderheiten bestimmter Bedürftigkeiten und ihrer Deckung als Gegenstand einer eigengearteten Leistungsverwaltung und eines egalitären Teilhabeanpruchs. Die notwendige staatliche Daseinsvorsorge in möglichst weitgehender Harmonie mit der Marktwirtschaftsordnung zu optimieren, ist eine wichtige, im EG-Vertrag hervor gehobene Staatsaufgabe. Soweit mit ihr Eingriffe und insbesondere Wettbewerbsbeeinträchtigungen verbunden sind, gelten die Anforderungen des EG-Vertrages, gerade auch soweit sie über das mitgliedstaatliche Recht hinausgehen.

<sup>61</sup> Vgl. zum Problemkreis *Wegmann*, Multipolare Marktzugangskonflikte im Telekommunikationsrecht, DVBl. 2002, 1446. Fragen und Lösungsmöglichkeiten sind denjenigen bei Bewerbung mehrerer Unternehmen um Linienverkehrsgenehmigungen ähnlich; vgl. *Verf.*, Zur Rechtstellung der Unternehmen in dem seit 1. 1. 1996 geltenden Personenbeförderungsrecht, DÖV 1996, 977.

<sup>62</sup> *Fehling*, hebt a.a.O., S. 802 mit Bezug auf die Bahnreform den Konflikt zwischen Haushaltsentlastung, Wettbewerbsförderung und umweltgerechter Verkehrsverlagerung hervor.

<sup>63</sup> *Püttner*, a.a.O., S. 732.

<sup>64</sup> *Papier*, a.a.O., S. 686. Während die Geltung des Europarechts für kommunale Daseinsvorsorge unbestritten ist, sieht *Papier* die Gefahr extensiver Marktorientierung europarechtlicher Anforderungen (S. 693). Was die Zulässigkeit der Kostendeckung von Daseinsvorsorgeleistungen betrifft, dürfte das Urteil des *EuGH* vom 24. 7. 2003 (a.a.O.) diese Gefahr zumindest erheblich eindämmen. Soziale Leistungen der Kommunen sind keine Beihilfen im Sinne des Art. 87 EG, soweit sie nicht an „Unternehmen“ erbracht werden. Die von der EG-Kommission angekündigte Aktivität im Daseinsvorsorgebereich könnte etwa in der Entwicklung von Regeln zur Ermittlung der Wettbewerbskonformität von Leistungen gelten, wo die Marktfunktion versagt, wie sie etwa in der VO (EWG) 1191/69 i.d.F. von 1991 über Daseinsvorsorge-Vpflichtungen oder in der deutschen VO PR 30/53 enthalten sind. Zuschüsse für öffentliche Bäder, Freizeiteinrichtungen oder Verkehrsmittel (*Papier*, S. 694, 695) werden sich der Höhe nach an solchen Regeln messen lassen müssen.

<sup>65</sup> Zu weit daher der Kreis der von *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 1977, § 21 II 3 d S. 698 f. zur Daseinsvorsorge gezählten Einrichtungen.

## Stand und Perspektiven grenzüberschreitender Raumordnung

Von Dr. Wolfram Moersch, Universität Erlangen-Nürnberg

Die Raumordnung gewinnt im zusammenwachsenden Europa zunehmend auch transnationale Bedeutung. Wegen der auf Bund und Länder aufgeteilten Zuständigkeiten ergibt sich für die grenzüberschreitende Raumplanung ein erhöhter Abstimmungsbedarf, dem bisher nur unzureichend durch unverbindliche Behördenabsprachen oder Empfehlungen bilateraler Kommissionen Rechnung getragen worden ist. Nachfolgend werden die einschlägigen Rechtsnormen des Bundes- und des bayerischen Landesrechts dargestellt und die sich aus ihnen ergebenden Möglichkeiten einer Staatsgrenzen übergreifenden Raumplanung aufgezeigt.

### Einleitung

Mit der Einführung des Euro-Bargeldes am 1. 1. 2002 ist die im Vertragswerk von Maastricht 1992 beschlossene Währungsunion vollendet

und ein weiterer weitreichender Integrationsschritt auf dem Weg zu einem vereinten Europa vollzogen worden. Dies wirkt sich besonders in den Grenzregionen der an der Währungsunion bisher teilnehmenden