

HENNING JENSEN

Kommunale Daseinsvorsorge
im europäischen Wettbewerb
der Rechtsordnungen

Jus Internationale et Europaeum

105

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

105



Henning Jensen

Kommunale Daseinsvorsorge
im europäischen Wettbewerb
der Rechtsordnungen

Mohr Siebeck

Henning Jensen, geboren 1981 in Braunschweig; 2001–2007 Studium der Rechtswissenschaft und des internationalen Rechts in Gießen und Brest (Frankreich); 2007–2012 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht der Universität Hamburg; 2011–2013 Referendariat in Hamburg, Stationen bei der Europäischen Kommission, Brüssel sowie bei internationalen Rechtsanwaltskanzleien in Hamburg und Riga (Lettland); ab 2014 Rechtsanwalt in Hamburg, seit 2015 in Riga.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2013

e-ISBN PDF 978-3-16-153733-2

ISBN 978-3-16-153649-6

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Sie wurde im April 2014 von der Fakultät als Dissertation angenommen und befindet sich im Wesentlichen auf diesem Stand.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Arndt Schmehl sei für die Betreuung der Arbeit von Herzen gedankt. Das richtige Maß zwischen einer intensiven inhaltlichen Auseinandersetzung und der gleichzeitigen Gewährung größtmöglicher Freiräume hat maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Die Zeit an der Professur wird mir immer in bester Erinnerung verbleiben.

Prof. Dr. Ivo Appel danke ich für die differenzierte und eingehende Beurteilung der Arbeit im Zweitgutachten sowie für die Übernahme des Vorsitzes in der mündlichen Prüfung. Für die überaus wertvollen Gespräche im gemeinsamen Arbeitsumfeld sei Prof. Dr. Peter Selmer herzlichst gedankt.

Zum Inbegriff der Wissenschaft zählt für mich der fachliche und freundschaftliche Austausch:

Ohne die regelmäßigen (Fach-)Gespräche mit meinem Freund und Kollegen RA Dr. Henrik Möller wäre die Arbeit nicht gelungen. Die Diskussionen rund um unsere Arbeiten und der gegenseitige Zuspruch waren Gold wert!

Meinen beiden ehemaligen Bürogenossen RAin Dr. Denise A. Bauer und RiAG Dr. Nils Schaper sei für ehrlich freundschaftliche, aber nicht minder intensive Diskussionen gedankt. Beide haben einen gehörigen Anteil an dieser Arbeit! Dies gilt auch für Malte Kröger, LL.M. (EUI), der neben meinem Vater, Dr.-Ing. Rainer Jensen, und RAin Melanie Schuld wertvolle Korrekturarbeiten übernommen hat. Ihnen sei ebenfalls herzlichst gedankt.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes gewährte mir ein Promotionsstipendium, das die Entstehung dieser Arbeit erheblich förderte und für das ich ebenso sehr dankbar bin.

Ferner gilt mein Dank den Herausgebern dieser Schriftenreihe, *Ius Europaeum et Internationale*, Prof. Dr. Thilo Marauhn und Prof. Dr. Christian Walter, für die freundliche Aufnahme.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, Ursula und Rainer Jensen, für den liebevollen Rückhalt und die Unterstützung während meines Studiums und der Promotionszeit. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Januar 2015

Henning Jensen

Inhaltsübersicht

<i>Vorwort</i>	V
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	IX
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XV
<i>§ 1 Einleitung</i>	1
<i>§ 2 Der Wettbewerb der Rechtsordnungen als Deutungsangebot für Rechtsnormen</i>	4
<i>§ 3 Elemente des Wettbewerbs der Rechtsordnungen</i>	10
<i>§ 4 Die EU als verfasste Ordnung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen</i>	45
<i>§ 5 Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen</i>	96
<i>§ 6 Schluss</i>	180
<i>Literaturverzeichnis</i>	185
<i>Sachregister</i>	201

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	V
<i>Inhaltsübersicht</i>	VII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XV
§ 1 <i>Einleitung</i>	1
A. Diskursverknüpfung als Untersuchungsinteresse.....	1
B. Gang der Untersuchung.....	3
§ 2 <i>Der Wettbewerb der Rechtsordnungen als Deutungsangebot für Rechtsnormen</i>	4
A. Normtypen im Wettbewerb von Rechtsordnungen.....	4
B. Die wettbewerbliche Lesart als Deutungsangebot.....	7
§ 3 <i>Elemente des Wettbewerbs der Rechtsordnungen</i>	10
A. Begriffsbestimmungen.....	11
I. Wettbewerb.....	11
1. Arbeitsdefinition und Funktionen.....	11
2. Reichweite des Wettbewerbsbegriffs: Beschränkung auf dreipolige Verhältnisse?.....	13
II. Bezugspunkt des Wettbewerbs: Rechtsordnungen.....	15
B. Erscheinungsformen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	18
I. Systemwettbewerb als theoretischer Anker des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	18
1. Fundamentalkritik: Sinns Selektionsprinzip.....	19
2. Modelle des Systemwettbewerbs.....	20
a) Neoklassik: Tiebouts Theorie des interkommunalen Wettbewerbs.....	20
b) Klassisch-evolutionische Sicht: Hayeks „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“.....	22
3. Handlungen Privater als Auslöser des Systemwettbewerbs.....	24
4. Strategien im Systemwettbewerb.....	26
II. Rechtsmaßstabswettbewerb.....	27
1. Yardstick-Wettbewerb.....	27

2. Rezeption von Recht als Knappheit: Horizontaler und vertikaler Rechtsmaßstabswettbewerb.....	29
III. Institutionenwettbewerb.....	31
C. Regulierung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	31
I. Regulierungs- und Ordnungsbegriff.....	32
II. Grundlagen der Wettbewerbsordnung für den Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	34
1. Genese der Wettbewerbsordnung.....	34
2. Geltung der Wettbewerbsordnung.....	36
III. Regulierung der Rechtsvielfalt.....	37
1. Aufteilung von Zuständigkeiten als Dreh- und Angelpunkt des Wettbewerbs.....	37
a) Kompetenzen als Grundlage des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	37
b) Kompetenz-Kompetenz und Letztentscheidungsrecht.....	39
c) Institutionelle und prozedurale Sicherungen.....	40
2. Rechtsvereinheitlichung als Kartellierung.....	41
IV. Rechtliche Wahlmöglichkeiten und deren Wiederbeschränkung.....	43
 § 4 <i>Die EU als verfasste Ordnung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....</i>	 45
A. Kreation, Geltung und Wirkung der Ordnung des europäischen Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	46
I. Die Schaffung der europäischen Wettbewerbsordnung als wettbewerblicher Prozess.....	46
II. Geltung, Vorrang, unmittelbare Anwendbarkeit und Wirkung der Wettbewerbsordnung.....	50
III. Kollisionsregeln und Verhältnis von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht.....	52
1. Europarechtliche These des Vorrangs.....	53
2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	54
3. Potentielle Konflikte im vertikalen Wettbewerb der Rechtsordnungen und deren Lösung durch Kooperation der Gerichte.....	56
B. Die unionsrechtliche Kompetenzordnung als Dreh- und Angelpunkt des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....	58
I. Neuere Entwicklungen bis zum Vertrag von Lissabon.....	59
II. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Kompetenzabgrenzungsregel.....	60
III. Das Subsidiaritätsprinzip und seine prozeduralen Sicherungen im Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	61
IV. Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	64

V. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit; Achtung der mitgliedstaatlichen Identität.....	65
1. Adressaten und Inhalt des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit.....	66
2. Achtung der mitgliedstaatlichen Identität.....	68
3. Primärrechtliche Umverteilungsmechanismen im Spannungsfeld von Solidarität und Wettbewerb.....	71
C. Der Vollzug der Wettbewerbsordnung unter dem Grundsatz der Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrens- und Organisationsrechts.....	73
D. Die europäische Wirtschaftsverfassung als spezielle Ordnung des zwischenstaatlichen Wettbewerbs.....	75
I. Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung.....	76
II. „Systementscheidung“ für eine soziale Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb?.....	78
III. „Funktionsgarantien“ der Wirtschaftsverfassung	79
1. Grundfreiheiten.....	80
a) Die Grundfreiheiten als Herzstücke der europäischen Wettbewerbsidee.....	80
b) Insbesondere: Die Warenverkehrsfreiheit und die Cassis- Doktrin des Ursprungslandsprinzips und der gegenseitigen Anerkennung.....	81
c) Die Dienstleistungsfreiheit, Dienstleistungsrichtlinie und das race to the bottom.....	85
2. Wettbewerbsrecht.....	87
a) Das Wettbewerbsrecht als Pendant zu den Grundfreiheiten....	87
b) Kartell- und Missbrauchsverbot.....	88
c) Beihilfenverbot.....	91
aa) Allgemeines.....	91
bb)Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen als Problem des Staatenwettbewerbs.....	92
IV. Rechtsangleichung im Binnenmarkt und das Verhältnis von Wettbewerb und Harmonisierung.....	93
§ 5 <i>Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen</i>	96
A. Kommunale Daseinsvorsorge: Eine Standortvergewisserung.....	96
I. Daseinsvorsorge: Konzeption und Kritik	97
1. Konzeption.....	97
2. Kritik.....	99
3. Anschlussfähigkeit des Begriffs trotz Kritik?.....	100
II. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung als Grundlage kommunaler Daseinsvorsorge.....	102

III. Verfassungsrechtliche Grundlagen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit.....	105
B. Unionsrechtliche Determinanten kommunaler Daseinsvorsorge.....	108
I. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als zentrales unionsrechtliches Konzept gemeinwohlorientierter Dienstleistungen.....	109
1. Die Allgemeinheit des wirtschaftlichen Interesses.....	110
2. Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten und der funktionale Unternehmensbegriff als Schlüssel zum besonderen Wettbewerbsrecht.....	111
3. Implikationen für den Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	114
II. Kompetenzen.....	116
1. Art. 106 Abs. 3 AEUV: Eigenständige Rechtsetzungskompetenz der Kommission.....	117
2. Art. 14 S. 2 AEUV: Rechtsetzungskompetenz der Union im allgemeinen Rahmen.....	119
3. Das Subsidiaritätsprinzip und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.....	123
III. Aspekte der Organisation kommunaler Dienstleistungen.....	124
1. Grundsatz der Anwendung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisationsrechts.....	126
2. Stellung des Unionsrechts zu den Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten.....	127
3. Integration des öffentlichen Sektors in das Wettbewerbsrecht und der Grundsatz der Nichtprivilegierung öffentlicher Unternehmen.....	130
4. Zwischenergebnis: Art. 106 Abs. 1 AEUV als Wettbewerbsnorm.....	132
5. Vergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit.....	133
a) Vergaberecht als europarechtlich induziertes Staatenwettbewerbsrecht.....	134
b) Primär- und sekundärrechtliche Grundlagen des Vergaberechts.....	136
c) Die Umsetzung des Vergaberechts in Deutschland.....	136
d) Kriterien der Freistellung interkommunaler Zusammenarbeit in Rechtsprechung und Literatur.....	138
e) Von den formalen Teckal-Kriterien zum materiellen Kriterium der „öffentlichen Aufgabe“ in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“.....	140
aa) Bedeutung der „gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben“.....	140
bb) Die Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ und Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	142

6. Staatenwettbewerbliche Implikationen der organisations- rechtlichen Einwirkungen.....	143
a) Verknüpfung von Staat und Unternehmen.....	143
b) Unionsrechtlicher Privatisierungsdruck.....	144
c) In house-Vergabe im Institutionenwettbewerb.....	144
IV. Institutionenwettbewerb der Erbringungsmodelle.....	146
1. „Modelle der Daseinsvorsorge“.....	147
2. Stellenwert des Wettbewerbsprinzips im Unionsrecht.....	149
a) In der Wirtschaftsverfassung im engeren Sinn.....	149
b) Die Rolle von Art. 14 AEUV als im Wettbewerb entstandener Norm.....	151
aa) Genese der Vorschrift im Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	151
bb) Inhalt: Tatbestand, Rechtsfolge und „positive Schutzpflicht“.....	152
cc) Art. 14 AEUV im Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	155
3. Art. 106 Abs. 2 AEUV als Scharnier im Institutionen- wettbewerb.....	156
a) Notwendigkeit der Wettbewerbsdurchbrechung bei Marktversagen.....	157
b) Genese: Art. 106 AEUV als im Wettbewerb zustandegekommene Vorschrift.....	157
c) Normstruktur und Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	158
aa) Mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit.....	158
bb) Evidenzkontrolle durch die Kommission.....	160
cc) Betrauungsakt.....	160
d) Rechtsfolge: Wettbewerbsuspendierung unter Vorbehalt.....	161
aa) Verhinderungsmaßstab: Erforderlichkeit der Wettbewerbsdurchbrechung.....	162
bb) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs..	163
e) Prozeduralisierung des Ausgleichs durch Ausgestaltungspflichten und Beweislast.....	164
4. Implikationen für den Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	165
V. Die Finanzierung kommunaler Daseinsvorsorge nach der Altmark- Rechtsprechung.....	167
1. Die Notwendigkeit der Finanzierung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen.....	167
2. Die Altmark-Rechtsprechung des EuGH zum Beihilfebegriff im Falle von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	168
3. Implikationen für den Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	170
a) Nettomehrkostenausgleich und Beihilfen als „Standortangebot“.....	170

b) Ausschaltung der Kommission durch die Tatbestandslösung.....	171
c) Öffentliche Unternehmen und Vergaberecht im Institutionenwettbewerb.....	172
d) Politischer Wettbewerb um Gemeinwohlziele durch „vergabefremde“ Kriterien.....	173
C. Verknüpfung der Diskurse: Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen.....	174
I. Kreation der Wettbewerbsordnung im Rechtsmaßstabswettbewerb.....	174
II. Daseinsvorsorge im Systemwettbewerb.....	176
III. Kommunale Daseinsvorsorge im Institutionenwettbewerb.....	178
§ 6 <i>Schluss</i>	180
A. Zusammenfassung.....	180
B. Thesen.....	182
<i>Literaturverzeichnis</i>	185
<i>Sachregister</i>	201

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AdR	Ausschuss der Regionen
Aufl.	Auflage
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2010 Nr. C 83/47
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebda.	Ebenda
EG	Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. EU 2001 Nr. C 80/1
endg.	endgültig
Erg.-Lfrg.	Ergänzungslieferung
ESFS	European Financial Stability Facility
EFSM	Europäischer Finanzstabilisierungsmechanismus, eingeführt durch VO (EU) Nr. 407/2010 v. 11.5.2010, ABl. EU 2010 Nr. L 118/1
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus, eingeführt durch Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 91/1 zur Änderung des Art. 136 AEUV hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union

EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl. EU 2010 Nr. C 83/1
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitung (Zeitschrift)
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Euratom	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. EU 2010 Nr. C 84/1
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f. / ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, ABl. EU Nr. C 303/1
GS	Gedächtnisschrift
GuG	Geschichte und Gesellschaft (Zeitschrift)
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts, hrsgg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle (s. Literaturverzeichnis)
Hdb.	Handbuch
HessGO	Hessische Gemeindeordnung vom 7. März 2005, GVBl. I 2005, S. 142, zuletzt geändert durch Art. 18 des Gesetzes vom 27. Mai 2013 (GVBl. S. 218)
HessKGG	Hessisches Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 16. Dezember 1969, GVBl. I 1969, S. 307, zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes vom 13. Dezember 2012 (GVBl. I S. 622)
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz v. 19.8.1969 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.5.2010 (BGBl. I S. 671)
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsgg. von Thomas Mann und Günter Püttner (s. Literaturverzeichnis)
Hrsg.	Herausgeber/in
hrsgg.	herausgegeben
JbNPÖ	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
JCMS	Journal of Common Market Studies (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
LA	Liber Amicorum
lit.	litera (Buchstabe)
Ls.	Leitsatz
Lsbl.	Loseblatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
n. F.	neue Fassung

NdsVBl.	Niedersächsisches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Zeitschrift)
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Protokoll Nr. 2	Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. EU 2010 Nr. C 83/206
Protokoll Nr. 26	Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl. EU 2010 Nr. C 83/308
RebelsZ	Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
RPVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
SE	Societas Europaea
SKS-Vertrag	Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion v. 2. März 2012
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
Sp.	Spalte/n
UAbs.	Unterabsatz
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VO 1/2003	Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikel 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003 Nr. L 1/1
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Beilage zum Gewerbearchiv (Zeitschrift)
w. N.	weitere Nachweise
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik (Zeitschrift)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht (Zeitschrift)
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)

§ 1 Einleitung

A. Diskursverknüpfung als Untersuchungsinteresse

Die vorliegende Untersuchung unternimmt den Versuch, zwei unterschiedliche Diskurse aufeinander zu beziehen. Den des so genannten Wettbewerbs der Rechtsordnungen auf der einen und die Diskussion der europarechtlich induzierten Einflüsse auf das Recht der kommunalen Daseinsvorsorge auf der anderen Seite. Das Untersuchungsinteresse rührt daher, dass beide Phänomene für sich genommen schon – mal sehr ausführlich: Daseinsvorsorge¹, mal vergleichsweise weniger: Wettbewerb der Rechtsordnungen² – in der Literatur diskutiert sind, eine Verknüpfung dieser beiden Themen bisher jedoch noch, abgesehen von punktuellen Betrachtungen, fehlt³. Da der Wettbewerb der Rechtsordnungen sich aber, abhängig vom betrachteten (Rechts-)Gegenstand unterschiedlich entfaltet, je nach Regelungsbereich unterschiedliche Bedingungen aufweist und sich ebenso unterschiedlich auswirkt, ist auch eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt, die den Besonderheiten des Rege-

¹ Vgl. nur die Habilitationsschriften von *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009; *J. Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000; *J.-A. Kämmerer*, Privatisierung, 2001; *M. Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011; *S. Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001; *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001.

² Vgl. *T. Giegerich*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2009), S. 57 ff.; *E.-M. Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002; *V. Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005; *L. Michael*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, DVBl. 2010, S. 1062 ff.; *A. Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2009), S. 7 ff.

³ Annäherung bei *H. Cox*, Neuere Entwicklungen der Unternehmensstrukturen im Bereich der öffentlichen Wirtschaft. Eine Betrachtung aus der spezifischen Sicht des Wettbewerbs der Institutionen, in: *H. Brede* (Hrsg.), Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2000/2001, S. 65; Andeutungen bei *M. Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2000), S. 513 (575 f.); *M. Nettesheim*, Dienste von allgemeinem Interesse im EU-Recht zwischen Wettbewerb und Sozialstaatlichkeit, in: *H. Schäffer/J. Iliopoulos-Strangas* (Hrsg.), Staatsmodernisierung in Europa, S. 333 (342 f.); *M. Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 725 (745); *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 742 ff.; *M. Seidel*, Grundsatzfragen der Konvergenz in einer erweiterten EU: Rechtsgrundlagen für einen Wettbewerb der Systeme, in: *R. Hassel/K.-E. Schenk/A. Wass v. Czege* (Hrsg.), Europa zwischen Wettbewerb und Harmonisierung, 2002, S. 11 (35 f.) sowie bei *A. Leisner*, Europa als Wettbewerbsgemeinschaft von Staaten, in: *P. Kirchhof* (Hrsg.), Staaten und Steuern, FS K. Vogel, 2000, S. 593 (609 f.).

lungsbereiches Rechnung trägt⁴. Der Untersuchung liegt demnach die Annahme zugrunde, dass die Perspektive des Wettbewerbs der Rechtsordnungen die europarechtlichen Einflüsse, denen das Recht der kommunalen Daseinsvorsorge ausgesetzt ist, in einem neuen Licht erscheinen lässt. Auf der einen Seite werden damit beide Debatten um jeweils eine weitere Facette bereichert; auf der anderen Seite wird aufgezeigt, wie sich beide Diskurse gegenseitig und wechselseitig beeinflussen und bestenfalls befruchten⁵. Das Paradigma des Wettbewerbs der Rechtsordnungen nimmt dabei die Funktion einer Art „Filter“ ein, durch den die europäische Rechtsordnung im Allgemeinen und der „Umbau der Daseinsvorsorge“⁶ im Besonderen betrachtet und interpretiert werden soll.

Um eine solche Verknüpfung unterschiedlicher Diskurse vorzunehmen, gilt es, die Schnittstellen herauszuarbeiten, an denen sich die Themen der Daseinsvorsorge und des Wettbewerbs der Rechtsordnungen treffen. Dies bedingt ein selektives Vorgehen, so dass beide Bereiche nur soweit darzustellen sind, wie es das Untersuchungsinteresse erfordert. Daher wird weder das Konzept des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, noch jenes des Umbaus der Daseinsvorsorge umfassend entfaltet. In der Sache geht es dann um eine Normexegese der rechtlichen Schnittstellen beider Themen. Es wird also der Frage nachgegangen, inwiefern sich der unionsrechtliche Regelungsbereich der Daseinsvorsorge im Hinblick auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen interpretieren lässt.

Der Umbau der Daseinsvorsorge bezeichnet jene Rechtsentwicklung⁷, die sich – beeinflusst und getragen nicht zuletzt von neoliberalen Überzeugungen – von den gemeinschaftsrechtlich angestoßenen Liberalisierungspolitiken von Mitte der 1980er Jahre bis hin zum vorläufigen Abschluss mit dem Inkraft-Treten des Vertrags von Lissabon 2009 erstreckt. Namentlich die Einheitliche Europäische Akte (EEA) im Jahre 1986 und das damit im Zusammenhang stehende Weißbuch der Europäischen Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes⁸ mitsamt den in dessen Folge ergangenen Rechtsakten machen diese Rechtsentwicklung aus. An deren Ende steht eine weitestgehende Liberalisierung der ehemals staatlich kontrollierten und mit weitreichenden Sonderrechten ausgestatteten (Infrastruktur-)Sektoren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Insofern widmet sich die vorliegende Arbeit dem

⁴ Vgl. *K. Meessen*, Das Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, S. 679 (704, 706); *M. Seidel*, Grundsatzzfragen der Konvergenz in einer erweiterten EU – Rechtsgrundlagen für einen Wettbewerb der Systeme, in: *R. Hasse/K.-E. Schenk/A. v. Czege* (Hrsg.), Europa zwischen Wettbewerb und Harmonisierung, 2002, S. 11 (14).

⁵ Vgl. in etwas anderer Perspektive: *A. Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVD-StRL 69 (2009), S. 7 (24 f.).

⁶ *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, § 6.

⁷ Hierzu *F. Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 155 ff.

⁸ Europäische Kommission, Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM(1985) 310 endg.

Unionsrecht als einem exogenen Faktor des Strukturwandels der öffentlichen Wirtschaft, der sich kurz umschreiben lässt mit der Formel vom „öffentlichen Monopolunternehmen und exklusiven Angebotsrecht zum Wettbewerbsunternehmen und vom produzierenden Staat zum Gewährleistungsstaat“⁹.

Der damit zu verknüpfende Wettbewerb der Rechtsordnungen fragt danach, inwieweit der Topos des Wettbewerbs sich auf das Recht übertragen lässt und sich die ihm zugesprochenen Effekte auch in rechtlichen Kategorien niederschlagen.

B. Gang der Untersuchung

Um diese beiden Diskurse miteinander zu verbinden, schlägt die Untersuchung folgenden Weg ein: In einem ersten Schritt wird der hier gewählte rechtstheoretische Zugriff zum Wettbewerb der Rechtsordnungen offengelegt, der als belastbares methodisches Fundament dient (§ 2). Danach wird der Wettbewerb der Rechtsordnungen sowohl an die ökonomische Konzeption des Systemwettbewerbs als auch an weitere für die Studie relevante Aspekte (§ 3) angebunden. Dies dient als Grundlage dafür, das Unionsrecht im Allgemeinen und die unionsrechtliche Wirtschaftsverfassung im Besonderen in ihrer Eigenschaft als verfasste Wettbewerbsordnung zu interpretieren (§ 4). Schließlich wird der europarechtlich induzierte Umbau der kommunalen Daseinsvorsorge unter Berücksichtigung der vorher gewonnenen Erkenntnisse in diese Wettbewerbsordnung eingebettet (§ 5). Am Schluss der Untersuchung werden die wichtigsten Ergebnisse in Thesen zusammengefasst (§ 6).

⁹ H. Cox, Strukturwandel der öffentlichen Wirtschaft unter dem Einfluss von Marktintegration und europäischer Wettbewerbsordnung, 2005, S. 5.

§ 2 Der Wettbewerb der Rechtsordnungen als Deutungsangebot für Rechtsnormen

Der Umgang mit Rechtsnormen vor dem Hintergrund des Wettbewerbs der Rechtsordnungen wirft grundlegende Fragen auf, von denen zwei an dieser Stelle dem Versuch einer Klärung zugeführt werden sollen: Welche Arten von Normenbeständen von Relevanz für das Paradigma sind (A.) und wie methodisch mit diesen Normen umzugehen ist. Um einen möglichen Zusammenhang zwischen den konkreten normativen Grundlagen und dem Wettbewerb der Rechtsordnungen erkunden zu können, wird ein pragmatischer Methodenvorschlag unterbreitet (B.).

A. Normtypen im Wettbewerb von Rechtsordnungen

Vorliegende Untersuchung operiert mit Normenbeständen, die mit dem Paradigma des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Verbindung gebracht werden. Jedoch stellt sich diese Verbindung als problematisch dar, da die Normen eine solche Bedeutung nicht auf den ersten Blick freigeben. Im Gegenteil mögen die Normen aus anderen Erwägungen erlassen worden sein oder in anderen rechtsdogmatischen oder -tatsächlichen Kontexten ihre primäre Wirkung entfalten¹.

Zwei verschiedene „Normtypen“ sind hierbei zu unterscheiden, wobei sich die Unterscheidung sowohl an die Zielsetzung der Normen als auch an die (Rechtsetzungs-)Akteure anknüpfen lässt. Zum einen handelt es sich um solche Normen, die von einem Gesetzgeber mit der Verbesserung der Position des jeweiligen Staates im Staatenwettbewerb² verbunden werden. Diese „Positionierungsnormen“ geben noch am ehesten den Blick auf ihre staatenwettbewerbliche Relevanz frei, lassen sich hier doch teilweise die Gesetzgebungsmaterialien heranziehen, um die Motivation des Gesetzgebers zu ergründen³. Ein prägnantes Beispiel hierfür stellt die Unternehmensteuerreform 2008 dar, in deren Gesetzesbegründung ausdrücklich auf den Steuerwettbewerb Bezug

¹ V. Mehde, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 98.

² Die in diesem Abschnitt gewählten Normenbeispiele betreffen den Staatenwettbewerb als eine Ausprägung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Zur Differenzierung zwischen Staatenwettbewerb und Wettbewerb der Rechtsordnungen siehe sogleich unter § 3A.II.

³ V. Mehde, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 507 f.: Übergang von historischer zu teleologischer Auslegung.