

Schriften zum Europäischen Recht

Band 189

**Weiterentwicklung
des EU-Beihilfenrechts für
Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichen Interesse?**

**Eine Untersuchung am Beispiel
des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts**

Von

Stefan Simon



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN SIMON

Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts
für Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichen Interesse?

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten

Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 189

Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse?

Eine Untersuchung am Beispiel
des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts

Von

Stefan Simon



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bayreuth hat diese Arbeit
im Jahr 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 703

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-15837-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55837-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist die überarbeitete Fassung der im Wintersemester 2018/19 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth angenommenen rechtswissenschaftlichen Dissertation des Verfassers. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Ende April 2019 berücksichtigt werden.

Die Analyse, die einige biographische Stationen und fachliche Interessen des Verfassers verarbeitet und verknüpft, versteht sich als Beitrag zur Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem sog. Almunia-Paket der Europäischen Kommission, welches derzeit im Hinblick auf die Anwendung auf Gesundheits- und Sozialdienste von der Europäischen Kommission evaluiert wird.

Für die Anregung des Themas „DAWI“, die Betreuung der Arbeit und den damit verbundenen Einsatz, für wertvolle Hinweise und für seine Geduld danke ich herzlich Prof. Dr. Stephan Rixen. Weiter sage ich Danke für die Gelegenheit zur Mitarbeit an seinem Lehrstuhl.

Im Rahmen der Anfertigung der Arbeit war ich, dank der Unterstützung von Prof. Dr. Stephan Rixen, auch an den Lehrstühlen von Prof. Dr. Hinnerk Wißmann und Prof. Dr. Jens Kersten tätig, denen ich dafür und für die dadurch gewonnenen Erfahrungen und Ideen und Ihre Unterstützung herzlich danke.

Mein herzlicher Dank gilt auch Prof. Dr. Jörg Gundel für die Anfertigung des Zweitgutachtens und wertvolle Hinweise und Prof. Dr. Markus Möstl für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes. Weiter danke ich den Herausgebern der Schriften zum Europäischen Recht für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Meinen Kollegen der jeweiligen Lehrstühle, den Kollegen meiner Referendarsstationen bei Noerr und Siemens und den Kollegen des Verwaltungsgerichts Ansbach – diese Stationen haben das Entstehen der Arbeit begleitet und befruchtet – danke ich für den Austausch und die angenehme Zusammenarbeit.

Schließlich möchte ich all jenen herzlich danken, die das Entstehen der Arbeit mit Wort und Tat, Interesse und Geduld unterstützt und gefördert haben.

Nürnberg, im Oktober 2019

Stefan Simon

Inhaltsübersicht

Problemstellung und Gang der Untersuchung	19
--	----

Kapitel 1

Einführung: Zur Funktion des EU-Beihilfenrechts und zum Verhältnis des EU-Beihilfenrechts zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Almunia-Paket und aktuelle Entwicklungen und Problemfelder	26
---	----

A. Das EU-Beihilfenrecht als Instrument zur Verwirklichung der Ziele der Gewährleistung des freien Handelsverkehrs und des Wettbewerbsschutzes im Unionsrecht	26
B. Strukturprinzipien des EU-Beihilfenrechts	29
C. Der Rechtsanwendung des EU-Beihilfenrechts für die Prüfung der Erlaubnisfähigkeit von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zugrundeliegende ökonomische Grundannahmen	31
D. Bedürfnis nach einem besonderen beihilfenrechtlichen Rechtsregime außerhalb des Art. 107 Abs. 3 AEUV für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	33
E. Die Regeln für DAWI-Beihilfen: Almunia-Paket und aktuelle Entwicklungen ..	34
F. Das Recht der DAWI-Beihilfen: Das von der Kommission avisierte klare, verhältnismäßige und diversifizierte Rechtsregime? – Untersuchung anhand der Referenzfelder des Krankenhaus- und des Flughafenmarktes	40
G. Der Krankenhausmarkt als Referenzfeld	44
H. Der Flughafenmarkt als Referenzfeld	54

Kapitel 2

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im EU-Beihilfenrecht – Entwicklung und status quo	56
--	----

A. Der DAWI-Begriff – Definitionsansätze	56
B. DAWI im Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV	63
C. DAWI in der beihilfenrechtlichen Rechtfertigungsprüfung	92
D. Fazit	113

Kapitel 3

**Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
im Krankenhauswesen** 116

A.	Defizitausgleich und Investitionskostenförderung als Beihilfe – Sachverhaltsdarstellung	116
B.	Tatbestandsmäßigkeit	136
C.	Rechtfertigung	151
D.	Fazit	183

Kapitel 4

**Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
im Flughafensektor** 186

A.	Flughafenbeihilfen als DAWI? – Sachverhaltsdarstellung: Bau- und Betriebskostenzuschüsse an Flughäfen	186
B.	Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV für Förderungen zugunsten Bau- und Betrieb von Flughafeninfrastrukturen	190
C.	Rechtfertigungsmöglichkeit	196
D.	Würdigung	213
	Fazit	217
	Literaturverzeichnis	222
	Sachverzeichnis	231

Inhaltsverzeichnis

Problemstellung und Gang der Untersuchung	19
--	----

Kapitel 1

Einführung: Zur Funktion des EU-Beihilfenrechts und zum Verhältnis des EU-Beihilfenrechts zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Almunia-Paket und aktuelle Entwicklungen und Problemfelder	26
---	----

A. Das EU-Beihilfenrecht als Instrument zur Verwirklichung der Ziele der Gewährleistung des freien Handelsverkehrs und des Wettbewerbschutzes im Unionsrecht	26
B. Strukturprinzipien des EU-Beihilfenrechts	29
C. Der Rechtsanwendung des EU-Beihilfenrechts für die Prüfung der Erlaubnisfähigkeit von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zugrundeliegende ökonomische Grundannahmen	31
D. Bedürfnis nach einem besonderen beihilfenrechtlichen Rechtsregime außerhalb des Art. 107 Abs. 3 AEUV für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	33
E. Die Regeln für DAWI-Beihilfen: Almunia-Paket und aktuelle Entwicklungen ..	34
F. Das Recht der DAWI-Beihilfen: Das von der Kommission avisierte klare, verhältnismäßige und diversifizierte Rechtsregime? – Untersuchung anhand der Referenzfelder des Krankenhaus- und des Flughafenmarktes	40
G. Der Krankenhausmarkt als Referenzfeld	44
I. Der sog. Defizitausgleich	44
II. Bisherige Behörden- und Gerichtsverfahren zum Defizitausgleich	46
1. Asklepios-Verfahren in den 2000er Jahren	46
2. Verfahren zu den öffentlichen Krankenhäusern in Brüssel	47
3. Verfahren Bundesverband Deutscher Privatkliniken gegen Landkreis Calw	48
4. Zwischenfazit	50
III. Problematik von für Krankenhaustätigkeit im ambulanten Sektor verwendete Mittel aus dem Defizitausgleich und der Investitionskostenförderung	50
IV. Krankenhaussubventionen als Spielfeld für beihilfenrechtliche Problematiken bei sozialen Dienstleistungen	52
H. Der Flughafenmarkt als Referenzfeld	54

Kapitel 2

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im EU-Beihilfenrecht – Entwicklung und status quo	56
A. Der DAWI-Begriff – Definitionsansätze	56
I. Der DAWI-Begriff im Primärrecht und daran ansetzende Definitionsansätze in Rechtsprechung, Literatur, älteren Kommissionsdokumenten und im Qualitätsrahmen	56
1. Art. 106 Abs. 2 AEUV	56
2. Andere Vorschriften des Primärrechts	59
II. Almunia-Paket: DAWI-Mitteilung	61
B. DAWI im Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV	63
I. Unternehmen	64
1. Allgemeine Grundsätze	64
2. Würdigung	65
3. Würdigung der DAWI-Mitteilung und Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff	66
II. Begünstigung	69
III. Gewährung durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln	69
IV. Bestimmtheit	70
V. Verfälschung des Wettbewerbs und Handelsbeeinträchtigung	71
1. Allgemeine Grundsätze	71
2. DAWI-Mitteilung und neuere Praxis der Kommission	73
3. DAWI-De-minimis-Verordnung	75
VI. Altmark-Rechtsprechung	78
1. Problemstellung und Lösungsmöglichkeiten	78
2. Darstellung der Grundsätze des Altmark-Urteils	79
3. Kritik	80
4. Weiterentwicklungen im Bereich der Rechtsprechung und die Entscheidungspraxis der Kommission	82
a) Entwicklung in der Rechtsprechung	82
b) Entscheidungspraxis der Kommission	86
c) DAWI-Mitteilung	88
VII. Kritik	90
C. DAWI in der beihilfenrechtlichen Rechtfertigungsprüfung	92
I. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung – AGVO	92
II. Monti-Paket und Zielvergaben bei dessen Überarbeitung hin zum Almunia-Paket	94
III. Almunia-Paket: Freistellungsbeschluss und DAWI-Rahmen	99
1. Freistellungsbeschluss	100

Inhaltsverzeichnis	11
a) Rechtsgrundlage	100
b) Wirkungsweise und Darstellung der einzelnen Regeln im Vergleich zur Freistellungsentscheidung	102
c) Würdigung	106
2. DAWI-Rahmen	107
a) Rechtswirkungen von Mitteilungen	107
b) Wirkungsweise und Darstellung der Regelungen im Vergleich zum Gemeinschaftsrahmen	108
c) Würdigung	111
D. Fazit	113

Kapitel 3

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Krankenhauswesen 116

A. Defizitausgleich und Investitionskostenförderung als Beihilfe – Sachverhaltsdarstellung	116
I. Fragestellung, Krankenhauslandschaft und -finanzierung in Deutschland	116
1. Grundlagen der Krankenhausfinanzierung	116
2. Vielfalt der Krankenhausträger	119
II. Defizitausgleich an kommunale Krankenhäuser strukturell notwendig?	121
1. Ausmaß des Defizitausgleichs	121
2. Ursachen der Defizite kommunaler Krankenhäuser: Positionen der verschiedenen Trägergruppen	122
3. Die Gründe für die Defizite nicht nur kommunaler Krankenhäuser	124
a) Ungenügende Investitionskostenförderung und Überkapazitäten als systemische Probleme	124
b) System der Pflegesatzfinanzierung mittels DRG-Fallpauschalen führt systembedingt zu wirtschaftlichen Schieflagen einer Gruppe von Krankenhäusern	126
c) Strukturelle Nachteile für zumeist in kommunaler Trägerschaft stehende Krankenhäuser, die Versorgung in der Fläche anbieten	131
III. Ökonomische Dimension der Investitionskostenförderung im Verhältnis zur ambulanten Versorgung durch niedergelassene Fachärzte	133
B. Tatbestandsmäßigkeit	136
I. Überblick über den Meinungsstand	136
II. Die Prüfung im Einzelnen	137
1. Begünstigung	137
2. Unternehmen	138
3. Aus staatlichen Mitteln	142
4. Bestimmtheit	142

5. Wettbewerbsverfälschung	143
6. Handelsbeeinträchtigung	145
a) Hergebrachte Grundsätze	145
b) Neuere Praxis der Kommission	146
c) Auch nach neuerer Kommissionspraxis löst die Förderung von Krankenhäusern, womöglich auch von Krankenhäusern mit lokalem Einzugsgebiet weiter Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels aus	148
7. Altmark-Kriterien	150
III. Fazit	150
C. Rechtfertigung	151
I. Klärung des Rechtfertigungsmaßstabs: Freistellungsbeschluss	151
1. Nichteinschlägigkeit der AGVO 2014 – VO 651/2014	151
2. Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses eröffnet	152
II. Lösungsansätze zur Umsetzung des Freistellungsbeschlusses	153
1. Musterbetrauungsakt	153
2. Regelungskonzept des Musterbetrauungsakts	154
3. Exkurs: Münchener Modell	157
4. Investitionskostenförderung: Gesetzliche Ermächtigung zur Erbringung ambulanter Leistungen	158
III. Prüfung des Freistellungsbeschlusses im Hinblick auf den sog. Defizit- ausgleich sowohl für die Verwendung für die stationäre als auch die ambulante Tätigkeit eines Krankenhauses und im Hinblick auf die für ambulante Krankenhaustätigkeit verwendete Investitionskostenförderung	159
1. Vorliegen einer echten DAWI	159
a) Rechtliche Vorgaben	159
b) Einordnung des für stationäre Tätigkeiten verwendeten Defizit- ausgleichs	160
(1) Die großzügige Praxis des BGH und der Kommission	160
(2) Rechtswidrigkeit der konfliktlösenden Praxis des BGH und der Kommission	162
(3) Stationäre Krankenhausleistungen sind keine DAWI	163
(a) Allein die Krankenhaustätigkeit als solche stellt keine DAWI dar	163
(b) Der kommunale Sicherstellungsauftrag stellt keine beson- dere Krankenhausaufgabe dar und begründet nicht die Sys- tem- bzw. Versorgungsrelevanz einzelner oder aller Kran- kenhäuser	164
(c) Kommunaler Sicherstellungsauftrag sieht keine Sonderstel- lung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft vor ..	166
(d) Landesgesetzlicher Sicherstellungsauftrag unterläuft bun- desrechtliche Wertungen	169

(e) Rechtlich fundierte Krankenhaussonderaufgaben nicht begründbar	172
(f) Lokale Versorgungsaufgabe als besondere Aufgabe in tatsächlicher Hinsicht	174
c) Einordnung des für ambulante Krankenhaustätigkeiten verwendeten Defizitausgleichs und der insoweit verwendeten Investitionskostenförderung	176
2. Betrauung	177
a) Rechtliche Vorgaben	177
b) Würdigung	178
c) Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen; Vermeidung von Überkompensation	179
3. Verbot der Überkompensierung	182
4. Effizienzvorgabe?	182
D. Fazit	183

Kapitel 4

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Flughafensektor	186
A. Flughafenbeihilfen als DAWI? – Sachverhaltsdarstellung: Bau- und Betriebskostenzuschüsse an Flughäfen	186
I. Entwicklung des Luftverkehrsmarktes und die Agenda der Kommission ..	186
II. Zur wirtschaftlichen Situation der Flughäfen in Deutschland	188
B. Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV für Förderungen zugunsten Bau- und Betrieb von Flughafeninfrastrukturen	190
I. Bau und Betrieb von Flughafeninfrastruktur als wirtschaftliche Tätigkeit – Entwicklungslinien	190
II. Die übrigen Tatbestandsmerkmale Begünstigung, Altmark-Tatbestandsausnahme, Selektivität, Staatlichkeit der Mittel, Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	194
C. Rechtfertigungsmöglichkeit	196
I. Fragestellung/Sachverhalt	196
II. Rechtfertigung unter den Luftverkehrleitlinien 2005 und 2014	197
1. Infrastrukturbeihilfen	197
a) Luftverkehrleitlinien 2005	197
b) Luftverkehrleitlinien 2014	198
c) Bewertung	199
2. Betriebsbeihilfen	201
a) Grundsätze der Luftverkehrleitlinien 2014	201

b) Würdigung	202
III. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	203
IV. Förderung nach DAWI-Grundsätzen	204
1. Bedeutung der Förderung nach DAWI-Grundsätzen und rechtliche Maßstäbe	204
2. Prüfung des DAWI-Rahmens – Vorgeschlagene Lösungsmöglichkeiten .	206
3. Prüfung des DAWI-Rahmens – Die Voraussetzungen im Einzelnen	207
a) Zur Definition einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Flughafen- und Luftverkehrssektor	207
(1) Rechtliche Grundsätze	207
(2) Subsumtion und Bewertung	209
b) Betrauungsakt	210
(1) Rechtliche Grundsätze	210
(2) Subsumtion und Bewertung	210
c) Dauer des Betrauungszeitraums, Einhaltung der Richtlinie 2006/11/EG, Einhaltung der EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen, Nichtdiskriminierung, Transparenz	211
d) Berechnung der Höhe der Ausgleichsleistungen	212
e) Zusätzliche Voraussetzungen zur Vermeidung von übermäßigen Handelsbeeinträchtigungen	213
f) Fazit zu den weiteren Rechtfertigungsanforderungen des DAWI-Rahmens	213
D. Würdigung	213
Fazit	217
Literaturverzeichnis	222
Sachverzeichnis	231

Abkürzungsverzeichnis

ADV	Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGVO	VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU L 187/1 v. 26. Juni 2014, geändert durch die Verordnung der Kommission vom 14. Juni 2017, ABl. EU Nr. L 156 v. 17. Mai 2017.
AO	Abgabenordnung
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayKrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BayLKrO	Bayerische Landkreisordnung
Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff	Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU v. 19.7.2016, C 262/1
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung
BPflV	Bundespflegegesetzverordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Baden-Württemberg
DAI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DAWI-Beschluss	Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, vom 11.1.2012, L 7/3.
DAWI-De-minimis-VO	Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, ABl. EU vom 26.4.2012, L 114/8.
DAWI-Leitfaden	Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und

	den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final.
DAWI-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ABl. EU vom 11.1.2012, C 8/4
DAWI-Rahmen	Mitteilung der Kommission. Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU vom 11.1.2012, C 8/15.
De-minimis-VO	Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU vom 24.12.2013, L 352/1.
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DRG	Diagnosis related groups
EEG-Umlage	Erneuerbare Energien-Gesetz-Umlage
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EU-Kommission	Europäische Kommission
EU-Rahmen	Mitteilung der Kommission. Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU vom 11.1.2012, C 8/15.
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäischen Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Freistellungsbeschluss	Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ABl. EU vom 11.1.2012, L 7/3.
Freistellungsentscheidung	Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. EU vom 29.11.2005, L 312/67.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
EUV	Vertrag über die Europäische Union

Gemeinschaftsrahmen	Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU vom 29.11.2005, C 397/4.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
KHEntgG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen – Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Krankenhausfinanzierungsgesetz
Kommission	Europäische Kommission
LKHG BW	Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg
Luftverkehrleitlinien 1994	Leitlinien der Kommission zur Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrages sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. EG vom 10.12.1994, Nr. C 350/05.
Luftverkehrleitlinien 2005	Mitteilung der Kommission. Gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, ABl. EU v. 9.12.2005, C 312/1.
Luftverkehrleitlinien 2014	Mitteilung der Kommission. Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. EU v. 4.4.2014, C 99/3.
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Qualitätsrahmen	Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM (2011) 900 endg.
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
Unionsrahmen	Mitteilung der Kommission. Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU vom 11.1.2012, C 8/15.
VO 1370/2007	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1170/70 Rates, ABl. EU v. 3.12.2007, L 315/1.

Problemstellung und Gang der Untersuchung

Wirtschaftsgüter sind besonders bedeutsam, wenn sie für das menschliche Dasein notwendig sind. Zu solchen Gütern kann man etwa das Verkehrswesen, die Energieversorgung, Wasserversorgung, die Abfallwirtschaft, die Krankenversorgung, Bildungseinrichtungen und kulturelle Einrichtungen rechnen, aber auch andere derartige Einrichtungen und Güter, die für das menschliche Dasein als notwendig erachtet werden bzw. sind, über die bloße Existenz hinaus, wie etwa Kommunikationsinfrastruktur. Kann man daseinsnotwendige Güter nicht selbst oder innerhalb einer sozialen Gruppe herstellen, beschaffen oder vorhalten, ist man auf die Versorgung mit diesen Gütern durch andere bzw. deren Zurverfügungstellung angewiesen. Dies wird folgerichtig als Daseinsvorsorge¹ beschrieben.²

Im Rahmen der gesellschaftlichen Entwicklung entstand eine zunehmende Abhängigkeit des Einzelnen von Gütern der Daseinsvorsorge bzw. Einrichtungen, die diese erbringen, da der Einzelne bzw. eine soziale Gruppe diese immer schwerer selbst herstellen konnte. Dies hängt damit zusammen, dass die Gesellschaft sich zunehmend ausdifferenzierte und insbesondere hochgradig arbeitsteilig arbeitet, so dass Kompetenzen bzw. Ressourcen des Einzelnen für die Daseinsvorsorge schwinden.³ Zudem kam es im Zuge der Industrialisierung zu einer zunehmenden Verstädterung, bei der Menschen auf engem Raum zusammenleben; die Möglichkeiten, selbst für die Daseinsvorsorge zu sorgen, nahmen auf-

¹ Der Begriff wurde geprägt und erstmals zum Gegenstand der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft gemacht von *Ernst Forsthoff* in seiner Schrift *Die Verwaltung als Leistungsträger*, s. insbesondere S. 6.

² Hierzu und zu der erweiterbaren Beispielsliste *Forsthoff*, S. 5 ff. und *Zippelius*, S. 301; *Forsthoff* rechnet auch die Herstellung von Lohngerechtigkeit, die Einhaltung eines angemessenen Preisniveaus und Fragen der sozialen Sicherung wie Altersvorsorge zur Daseinsvorsorge und damit auch Aufgaben, die man heute der Sozial- und Wirtschaftspolitik zurechnen würde; diese Einordnung mag sich vor dem damaligen historischen Hintergrund des Nationalsozialismus und der dann vorherrschenden staatlich gelenkten Wirtschaft erklären. Im Folgenden wird jedoch, ähnlich wie bei *Zippelius*, von einem Daseinsvorsorgebegriff ausgegangen, der diese Elemente ausspart und im Schwerpunkt konsumierbare Güter und Leistungen, die mittels einer Betriebsinfrastruktur erbracht werden, meint; die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Reichweite des Daseinsvorsorgebegriffs und der Qualität bzw. Art, die ein Gut erfüllen muss, um als daseinsnotwendig zu gelten, werden damit offenbar; *Schink*, NVwZ 2002, 129, 132, spricht daher davon, dass der Daseinsvorsorgebegriff eher ein politischer Leitbegriff als ein trennscharfer Rechtsbegriff ist. Zu diesem Aspekt auch *Kersten*, *Der Staat* 44 (2005), 543, 565.

³ Vgl. *Zippelius*, S. 301.

grund dieser Entwicklung ab, während die Notwendigkeit von Einrichtungen der Daseinsvorsorge zur Lebensführung in diesem begrenzten Lebensraum, etwa im Hinblick auf den Verkehr, bzw. anders ausgedrückt die soziale Bedürftigkeit in allen Gesellschaftsschichten zunahm.⁴ Die Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge wurde dabei in Deutschland seit jeher als staatliche Aufgabe angesehen.⁵ Mit dieser Aufgabenzuschreibung soll letztlich auch die Gewähr geboten werden, dass die Versorgung mit Gütern der Daseinsvorsorge für alle zu sozialstaatlich angemessenen Bedingungen sichergestellt ist.⁶ Bei einer staatlichen Aufgabenwahrnehmung sind neben den Risiken für die Freiheit und Selbstverantwortung des Individuums durch einen bevormundenden, Abhängigkeiten schaffenden Sozialstaat⁷ auch Nachteile für die Wohlfahrt zu befürchten; dies dadurch, dass sich Staatswirtschaft für gewöhnlich durch Ineffizienz wegen Bürokratie und wegen des Verzichts auf die Fähigkeiten der Marktwirtschaft auszeichnet. Für gewöhnlich regt diese durch den prägenden Leistungsaustausch der Leistung für Gegenleistung zu Phantasie, Initiative und individueller Entfaltung an.⁸ Um diese Effekte der Marktwirtschaft bzw. des Wettbewerbs zu nutzen, kam es zunehmend zur Privatisierung der Daseinsvorsorge, wobei sich der Staat im Wege einer sog. Gewährleistungsverantwortung zumeist Lenkungs- und Kontrollrechte vorbehält.⁹ So soll gewährleistet werden, dass die Privatisierung die angestrebte Versorgung nicht gefährdet, etwa durch die Ausbeutung begrenzter Ressourcen, z. B. der Natur, dem Eingehen lebensbedrohlicher Risiken, dem Durchsetzen von Partikularinteressen, der Vernachlässigung von Sicherheit und

⁴ Forsthoff, S. 5.

⁵ Forsthoff, S. 6 ff., der zwar von der staatlichen Daseinsvorsorgeverantwortung – und damit nicht mehr von einer auch denkbaren Daseinsverantwortung eines Kollektivs – spricht, damit jedoch im Schwerpunkt die tatsächliche Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen durch den Staat meint. Im Vergleich dazu herrscht in Großbritannien seit jeher die Überzeugung, dass der Markt selbst und damit private Unternehmen „services of general interest“ bereitstellen, der Staat beschränkt sich auf Marktregulierung, s. Guarrata, S. 122.

⁶ Zippelius, S. 301.

⁷ Rixen, VVDStRL 74 (2015), 293, 307 weist hier zu Recht darauf hin, dass es Forsthoff mit dem Konzept der Daseinsvorsorge primär um Versorgungssicherheit geht, nicht darum, dem einzelnen Wertschätzung zu vermitteln, wie es einem modernen Leitbild für den Sozialstaat entspricht; s. zur Verortung des frühen zentralistischen, autoritären Daseinsvorsorgekonzepts Forsthoffs, welches immer auch die soziale Disziplinierung des Einzelnen erstrebt im – vom Nationalsozialismus abgegrenzten – völkischen, anti-republikanischen Konservatismus Kersten, Der Staat 44 (2005), S. 543, 546 ff.; später, womöglich auch aufgrund persönlicher Erfahrungen mit den jeweiligen politischen Verhältnissen öffnet sich Forsthoff für den Gedanken, dass die Daseinsvorsorge auch dem Menschen würdig sein muss, s. Kersten, a. a. O., S. 555 ff.

⁸ Zippelius, S. 306.

⁹ Zippelius, S. 302, 307; vor allem seit den 1980er Jahren fand ein Privatisierungsprozess innerhalb der Daseinsvorsorge in Europa statt, wobei es jedoch auch Gegenbewegungen (Reprivatisierungen) gab und gibt, vgl. hierzu Szyszczak, in: Szyszczak/Van de Gronden (Hrsg.), Financing services of general economic interest, S. 4 f.

sozialer Gerechtigkeit.¹⁰ Unabhängig davon, ob die Daseinsvorsorge staatlich oder privat erbracht wird, tritt die Daseinsvorsorge in vielen Erscheinungsformen auf, als Leistung gegen Entgelt oder unentgeltlich, wettbewerblich oder monopolistisch, gewinnbringend, kostendeckend oder defizitär und damit zuschussbedürftig.¹¹

Das aufgezeigte Spannungsfeld zwischen geöffneten Märkten für die Daseinsvorsorge und damit Wettbewerb und der Notwendigkeit der Gewährleistung der Versorgung, für die dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung zukommt, wirft die Frage nach dem rechtlichen Rahmen für die Daseinsvorsorge auf.

Seinen Niederschlag hat der verwaltungsrechtswissenschaftliche Begriff der Daseinsvorsorge rechtlich (nur) im Kommunalrecht gefunden. So regelt etwa § 102 Abs. 1 Nr. 3 der Gemeindeordnung Baden-Württemberg, Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 Bayerische Gemeindeordnung und § 71 Abs. 2 Nr. 4 der Kommunalordnung Thüringens, dass Gemeinden Unternehmen außerhalb der Daseinsvorsorge nur unter bestimmten Voraussetzungen betreiben dürfen. Den Kommunen wird die Aufgabe der Bereitstellung der öffentlichen Einrichtungen für die Versorgung, als Träger der Daseinsvorsorge durch die Kommunalgesetze übertragen, vgl. etwa Art. 57 Abs. 1 Bayerische Gemeindeordnung. Dieser Aufgabenkreis der Daseinsvorsorge ist den Kommunen als Teil der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) auch verfassungsrechtlich zugesichert.¹²

Seine unionsrechtliche Entsprechung¹³ findet der Begriff der Daseinsvorsorge in dem Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, im folgenden kurz DAWI genannt.¹⁴ Dieser Begriff findet an mehreren Stellen im Primärrecht der Union Erwähnung, für die Rechtspraxis und für die hier interessierende Problemstellung interessiert jedoch vor allem Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). In dieser Bestimmung bzw. den Vorläuferregelungen finden die DAWI seit Bestehen der Europäischen Union (EU) bzw. ihren Vorläufern Erwähnung. Dort heißt es:

¹⁰ Zippelius, S. 308.

¹¹ Franz, S. 11 ff.

¹² Siehe hierzu Mehde, in: Maunz/Dürig, Art. 28 GG, Rn. 92 m.w.N. zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet die Selbstverwaltung für die örtlichen Angelegenheiten für die Gemeinden originär verfassungsrechtlich, Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet die Garantie der Selbstverwaltung für die Gemeindeverbände für die ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben, s. Mehde, a. a. O., Rn. 135.

¹³ Vgl. Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 AEUV, Rn. 36; hierzu auch Krajewski, VerwArch 2008, 174.

¹⁴ Aufgrund leichter Lesbarkeit wird in der Arbeit durchgängig die Schreibweise „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ statt der ebenfalls verbreiteten Schreibweise „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ verwendet.