

## **Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zwischen Wettbewerb und Europäischen Verträgen**

*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse; digitaler Binnenmarkt; europäische Verträge; gemeinschaftlicher Besitzstand; öffentlicher Sektor; Wettbewerbspolitik*

*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden europaweit in unterschiedlichen Organisations- und Rechtsformen erbracht. Die Spannweite reicht von privatrechtlichen Organisationsformen bis hin zur Beauftragung Dritter durch Verwaltungskooperationen. Obwohl diese Dienstleistungen und ihre Erbringungsformen im europäischen Primärrecht besondere Regularien und Schutzbestimmungen genießen, werden sie in Legislativvorhaben der Europäischen Kommission nicht immer hinreichend einbezogen. Der Aufsatz legt dar, dass dies dem subsidiären Geist der europäischen Verträge widerspricht, die diese Vielfalt europarechtlich als wichtigen Wert schützen. Anhand von wettbewerbspolitischen Initiativen der Europäischen Kommission wird die Diskrepanz zwischen vertraglichem Anspruch und europapolitischer Praxis analysiert.*

### **I. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind eine Antwort auf öffentliche Anforderungen zur Befriedigung gesellschaftlicher Bedürfnisse.<sup>1</sup> Die mitgliedstaatliche Freiheit in der Festsetzung von Art und Umfang von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse resultiert in der Europäischen Union aus einer historisch gewachsenen Verantwortung der öffentlichen Hand, grundrechtlich abgesicherte Lebensbedürfnisse und existenzielle Grundbedürfnisse allgemein und barrierefrei zu gewährleisten.

Aus einer europarechtlichen Perspektive liegt der Ausgangspunkt für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in durch die Mitgliedsstaaten identifizierten zentralen gesellschaftlichen Fragen oder Problemen begründet. Die öffentliche Hand hat die Aufgabe, als relevant oder dringlich erhobene Fragen zu beantworten und mithilfe dieser Dienstleistungen eine Lösung für die identifizierten Probleme zu finden. Diese Dienstleistungen fungieren somit als ein Spiegel gesellschaftlicher Bedürfnisse, die sich den kollektiven Anforderungen anpassen. In diesem Sinne ist es eine den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse inhärente Konstituente, dass

---

1 In dieser Arbeit wird der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verwendet. Er umfasst sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten (Dienstleistungen und Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) als auch nichtwirtschaftliche Leistungen (Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse), sofern nicht anders benannt.

sie mit Blick auf ihr temporär definiertes allgemeine Interesse hinterfragt und verstanden werden.

Die Europäische Kommission unterscheidet zwischen drei Kategorien von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: wirtschaftliche, soziale und nicht wirtschaftliche. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse werden durch die Mitgliedsstaaten jeweils als gesellschaftlich essentiell eingestuft und gegen Entgelt erbracht. Sie unterliegen den europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften. Es sind jedoch vereinzelt Abweichungen von diesen Vorschriften möglich, wenn dies erforderlich ist. Nicht wirtschaftliche Dienstleistungen wie Polizei, Justiz oder die gesetzliche Sozialversicherung unterliegen weder spezifischen EU-Rechtsvorschriften noch den Binnenmarkt- oder Wettbewerbsvorschriften. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse beruhen auf dem Grundsatz der Solidarität und des gleichberechtigten Zugangs. Sie können wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art sein. Sofern Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse wirtschaftlicher Art sind, unterliegen sie ebenfalls den europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften (Europäische Kommission 2011, S. 3 f.).

Der Europäische Gerichtshof betont, dass wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch die EU-Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Instrumentalfunktion mit den europäischen Wettbewerbsregeln in Einklang gebracht werden müssen.<sup>2</sup> Das europäische Wettbewerbsrecht hat einen wesentlichen Einfluss auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die – sofern sie wirtschaftliche Aktivitäten verfolgen – im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV als Unternehmen klassifiziert werden und damit den Wettbewerbsbestimmungen unterliegen. Die Wettbewerbspolitik umfasst unter anderem Vorschriften über Kartelle, Fusionskontrolle und staatliche Beihilfen. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse können, auch wenn sie wirtschaftlicher Art sind, ausnahmsweise gemäß Artikel 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot freigestellt werden. Auch können wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Zugrundelegung der Altmark Trans-Kriterien staatliche Beihilfen erhalten. Nach diesen Kriterien besteht nach Artikel 107 Abs. 3 AEUV die Möglichkeit, Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen (Krajewski 2011, S. 224 ff.). Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unterliegen dagegen generell keinen Wettbewerbsbeschränkungen.

Der in den europäischen Verträgen verankerte Rahmen bildet unter Einbeziehung der mitgliedstaatlich formulierten Antworten den gemeinschaftlichen Besitzstand von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Er umfasst die Summe der Gesetzgebung der Europäischen Union, aller Rechtsakte und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Die europäischen Institutionen sind angehalten, den gemeinschaftlichen Besitzstand zu wahren und in ihren Initiativen zu berücksichtigen. Doch gerade in wettbewerbspolitischen Initiativen der Europäischen Kommission scheint dieser Dienstleistungen von allgemeinem Interesse strukturierende und schützende Rahmen, eine lediglich untergeordnete Rolle einzunehmen. Der Aufsatz analysiert diese Diskrepanz zwischen Wettbewerbspolitik und den Europäischen Verträgen mit einem besonderen Fokus auf die wettbewerbspolitische Dateninitiativen der Europäischen Kommission.

<sup>2</sup> EuGH v. 21. September 1999, C 67/96, EU:C:1999:430, Rn. 103; EuGH v. 20. April 2010, C 265/08, EU:C:2010:205, Rn. 28; EuGH v. 21. Dezember 2011, C 242/10, EU:C:2011:861, Rn. 41.

## II. Der gemeinschaftliche Besitzstand von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Der historisch gewachsene Grundsatz einer staatlichen Verantwortung, gewisse Leistungen als essentiell für das menschliche Dasein zu kennzeichnen und zu gewährleisten, lässt sich in unterschiedlichen Ausprägungen in ganz Europa erkennen. So besitzen die Mitgliedstaaten in der Europäischen Union allgemeine Kompetenzen und Ermessensspielräume, um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, bereitzustellen, zu beauftragen sowie zu finanzieren. Sie werden von den Behörden der Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene unterschiedlich ausgefüllt und ausgeübt (Europäische Kommission 2001, Rn. 14, 25).

Für die Mitgliedsstaaten besteht bei der Definition des allgemeinen Interesses der Leistungserbringung ein weiter Spielraum. Die Mitgliedsstaaten sind damit grundsätzlich frei darin, zu entscheiden, was eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse darstellt – außer, wenn diese Verpflichtung im Unionsrecht verankert ist – und wie diese Dienstleistung erbracht wird (Europäische Kommission 2001, Rn. 13, Europäische Kommission 2003, Rn. 31, S. 11). Die Erbringung dieser Dienstleistungen darf dabei das Interesse der Union nicht beeinträchtigen (EuGH v. 10. Dezember 1991, C 179/90, EU:C:1991:464, Rn. 26). Die Kontrolle der Kommission und der Unionsgerichte beschränkt sich auf die Untersuchung einer missbräuchlichen Anwendung im Einzelfall (Europäische Kommission 2013, Rn. 4, S. 22). Ein allgemeines Interesse wird angenommen, wenn eine Dienstleistung spezifische Gemeinwohlverpflichtungen wahrnimmt.<sup>3</sup>

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse können zusätzlich wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgen. Diese Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse werden in den Artikeln 14 und 106 Abs. 2 AEUV sowie im Protokoll Nr. 26 geregelt. In Artikel 14 AEUV wird der besondere Wert und Schutz dieser Dienstleistungen in dem Sinne betont, als dass „in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts [...] die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge [tragen], dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“

Die Kommission definiert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in ihrem Qualitätsrahmen als wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Gemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalem Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt werden könnten.<sup>4</sup> Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen zwei Vor-

3 Der Begriff der Gemeinwohlverpflichtung ist im Unionsrecht weder im AEUV noch im EUV legal definiert. Allerdings nehmen die Verträge auf „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in dem Sinne Bezug, als dass deren Erbringung das Ziel jeder Gemeinwohlverpflichtung sein sollte (vgl. auch Art. 14 und 93 AEUV, Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse).

4 Europäische Kommission 2013, Rn. 2, S. 20; EuGH v. 10. Dezember 1991, C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Rn. 27; EuGH v. 17. Juli 1997, Slg. 1997, I-4449, Rn. 53; EuGH v. 18. Juni 1998, Slg. 1998, I-3949, Rn. 45.

aussetzungen erfüllt sein, damit eine Gemeinwohlverpflichtung bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegt. Sie muss erstens darauf ausgelegt sein, ein Ziel von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erreichen. Zweitens muss sie die betroffenen Unternehmen dazu verpflichten, bestimmte Aufgaben zu übernehmen, die unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht übernommen worden wären.<sup>5</sup>

Wirtschaftliche Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen unter den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts (Europäische Kommission 2013, Rn. 3, S. 21). Für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten die Wettbewerbsregeln der Europäischen Union im Sinne von Artikel 106 AEUV allerdings nur dann, wenn sie die Erfüllung der spezifischen Aufgabe der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht behindern. Den zuständigen Gebietskörperschaften steht es nach Artikel 345 AEUV frei, die Erbringungsweise und Organisationsform für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auszuwählen. Die europäischen Institutionen sind neutral in Bezug auf die Rechtsform der Dienstleister von allgemeinem Interesse. Das europäische Recht gibt den allgemeinen Rahmen vor und legt die Regeln für diese Dienstleistungen fest.

### III. Europäische Initiativen zur Schaffung und Vollendung des Binnenmarktes

Der europarechtliche Rahmen von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist grundsätzlich klar definiert und räumt diesen Dienstleistungen eine besondere Rolle im europäischen Wettbewerbsrecht ein. Trotzdem lässt sich gerade in neueren Initiativen der Europäischen Kommission eine Tendenz erkennen, diese besondere in den europäischen Verträgen verankerte Rolle von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht hinreichend einzubeziehen.

Eine im Rahmen der Wettbewerbspolitik aufgekommene Konfliktlinie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse stellen die Dateninitiativen der Europäischen Kommission dar. Im Rahmen dieser Dateninitiativen sollen durch die Nutzung von Daten durch Unternehmen und Verwaltung gesamtgesellschaftlich bessere Entscheidungen getroffen werden. Um die Chancen der Digitalisierung erschließen zu können, soll ein besserer Zugang zu Daten und eine verantwortungsvolle Datennutzung in der Europäischen Union garantiert werden. Die Zielsetzung der Europäischen Kommission besteht in der Schaffung eines einheitlichen europäischen Datenraums und eines Binnenmarkts für Daten (Europäische Kommission 2020, S. 5).

Die Europäische Kommission setzt in der Schaffung dieses Datenraums und Binnenmarkts einen Schwerpunkt auf die (Neu-) Regelung der Weitergabe und Nutzung von Daten. Eine essenzielle Forderung in diesem Kontext stellt die Freigabe und Weiterverwendung von durch den öffentlichen Sektor generierten Daten dar, um eine allgemeine Nutzung dieser Daten zu ermöglichen.<sup>6</sup> Diese Stoßrichtung liegt der Annahme zugrunde, dass Daten des öffentlichen Sek-

5 EuGH v. 7. September 2016, C 121/15, EU:C:2016:637, Rn. 30; EuGH v. 21. Dezember 2011, C-242/10, EU:C:2011:861, Rn. 42.

6 Als ein Beispiel lässt sich die Art der Formulierung in der europäischen Datenstrategie nennen. Dort wird explizit zwischen dem öffentlichen Sektor und Unternehmen differenziert: „Die Kommission ist davon überzeugt,

tors bereits öffentlich finanziert werden und daher der Allgemeinheit gehören (Europäische Kommission 2020, S. 9).<sup>7</sup>

Gerade in Mitgliedsstaaten mit einem tendenziell gewinnorientierten öffentlichen Sektor wie in Deutschland oder Österreich trifft eine solche Annahme jedoch nicht zu.<sup>8</sup> Denn Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden in diesen Staaten aus ihrer Tradition heraus in der Regel durch öffentliche Unternehmen erbracht und vielfach durch Nutzungsgebühren finanziert. Je nach Rechtsform sind öffentliche Unternehmen sogar angehalten, zusätzlich zu ihrem öffentlichen Auftrag unter Profitabilitätsabwägungen zu agieren.

Eine mögliche mit Unternehmensdaten verknüpfte Wettbewerbsposition wird in Kommissionsinitiativen nicht hinreichend eingeräumt. In der Praxis kann das zu einem wettbewerbsrechtlichen Problem führen, wenn – gerade in liberalisierten Sektoren – öffentliche Unternehmen ihre Daten allgemein zugänglich machen müssen, während direkte, private Wettbewerber von einer solchen Datenweitergabe ausgenommen sind. An diesem Beispiel wird deutlich, dass in den meisten Fällen keine hinreichende Differenzierung zwischen in privatrechtlichen Rechtsformen organisierten, gewinnorientierten öffentlichen Unternehmen und außerhalb jeglicher Wettbewerbsregeln agierender Verwaltungen erfolgt. Maßnahmen, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betreffen, werden stattdessen vornehmlich in einem verwaltungsrechtlichen Sinne verstanden (Europäische Kommission 2020, S. 9).

Das durch die Europäische Kommission vorgenommene Verständnis ist stark an Mitgliedsstaaten wie Frankreich orientiert, dessen Konzept des *service public* eine Steuerung durch staatliche Stellen zum Ausgangspunkt hat. Eine unter Marktbedingungen und ohne staatlichen Eingriff erbrachte Leistung wird in Frankreich nicht als *service public* angesehen. Die Steuerung des *service public* kann durch unterschiedliche Körperschaften unter der Kontrolle der Verwaltung erfolgen. Entscheidend ist lediglich, dass eine tatsächliche Einflussmöglichkeit der Verwaltung besteht (Krajewski 2011, S. 50). Nach französischer Lesart wird der öffentliche Sektor somit vornehmlich durch Konzessionierungen organisiert. In diesen Fällen stellen die Dateninitiativen der Europäischen Kommission kein so ausgeprägtes wettbewerbsrechtliches Problem dar wie es bei wettbewerblich ausgerichteten öffentlichen Unternehmen der Fall ist. Denn unter Wettbewerbsbedingungen agierende Dienstleister sind nach französischem Verständnis ohnehin ein Ausschlusskriterium für den öffentlichen Sektor.

Bereits in früheren Maßnahmen der Europäischen Kommission wurde eine solche Tendenz der Gleichmachung in der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse deutlich: Konzessionsrichtlinien bedeuteten einen tiefgreifenden Einschnitt in die Freiheit der Erbringungsart und -weise von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für die Mitgliedsstaaten.

---

dass die Unternehmen und der öffentliche Sektor in der EU durch die Nutzung von Daten in die Lage versetzt werden können, bessere Entscheidungen zu treffen.“ (Europäische Kommission 2020, S. 5).

7 „Nutzung von Informationen des öffentlichen Sektors durch Unternehmen („Government-to-Business“ – gemeinsame G2B-Datennutzung). Die Öffnung von Informationen, die sich im Besitz von Behörden befinden, ist langjährige EU-Politik. Solche Daten sind mit öffentlichen Geldern erzeugt worden und sollten daher der gesamten Gesellschaft zugutekommen. Die kürzlich überarbeitete Richtlinie über offene Daten und andere sektorspezifische Rechtsvorschriften werden dafür sorgen, dass der öffentliche Sektor noch mehr Daten, die er hervorbringt, auch zur Nutzung leicht zugänglich macht, vor allem für KMU, aber auch für die Zivilgesellschaft und die Wissenschaft, z. B. zur unabhängigen Bewertung staatlicher Maßnahmen“ (Europäische Kommission 2020, S. 9).

8 Die Gewinnorientierung öffentlicher Unternehmen kritisch diskutierend siehe Schulz-Nieswandt 2015, S. 238.

Dieser Einschnitt bestand nicht in jedem Mitgliedsstaat in gleicher Weise, wie die gerade gezeichnete französische Konzeptionierung des öffentlichen Sektors veranschaulicht. Für Mitgliedsstaaten mit einem traditionell gewinnorientierten öffentlichen Sektor und festen staatlichen Erbringungsstrukturen durch öffentliche Unternehmen können die Konzessionsrichtlinien jedoch einen beträchtlichen administrativen Mehraufwand und Planungsunsicherheiten bedeuten. Dies kann zu teilweise erheblichen organisatorischen und strukturellen Anpassungen von bis dahin geltenden Erbringungsweisen von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse führen, die sich (zwangsweise) zunehmend an romanische Organisationsformen anpassen müssen. Derartige Maßnahmen der Europäischen Kommission können in der Konsequenz langfristig zu einer europaweiten Gleichmachung des öffentlichen Sektors führen. Denn, wenn der öffentliche Sektor nicht differenziert, sondern aus seiner Begriffstradition heraus homogen, und zwar vor allem als öffentliche Verwaltung mit Konzessionierungsstrukturen verstanden und behandelt wird, kann das zur Folge haben, dass im Wettbewerb stehende Dienstleister von allgemeinem Interesse im europäischen Binnenmarkt nicht bestehen können und aufgrund europäischer Regulierungen einen Wettbewerbsnachteil haben, der dazu führt, dass bisherige Organisationsstrukturen überdacht und aufgegeben werden müssen.

Eine solche mit einer fehlenden Differenzierung einhergehenden Gleichmachung wird auch beim Überarbeitungsprozess zur Richtlinie (EU) 2019/1024 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors („Open Data Directive“) deutlich. Diese Richtlinie ersetzte die sogenannte PSI-Richtlinie, die 2003 (Richtlinie 2003/98/EC) erstmals in Kraft trat und 2013 (Richtlinie 2013/37/EU) überarbeitet worden war. In der modifizierten Richtlinienüberarbeitung aus dem Jahr 2019 wurde der Geltungsbereich des öffentlichen Sektors deutlich erweitert, indem öffentliche Unternehmen explizit aufgenommen wurden.

In ihrer ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 2003 stellte die PSI-Richtlinie „über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors“ auf öffentliche Stellen („*public sector bodies*“) ab und adressierte vornehmlich die Verwaltung. In Artikel 2 Abs. 1 der Richtlinie wurden öffentliche Stellen als „Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände“ definiert, „die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften und Einrichtungen bestehen“. Öffentliche Unternehmen in privaten Rechtsformen waren damit nicht primär von der Richtlinie betroffen.

Bereits 2003 ließ die Richtlinie allerdings eine Option für eine semantische Ausweitung über den Verwaltungsgeltungsbereich hinaus erkennen. Seitdem hat der Begriff „öffentlicher Sektor“ insbesondere im Rahmen der Wettbewerbs- und Dateninitiativen der Europäischen Kommission immer weiter an Bedeutung gewonnen und eine deutliche Bedeutungserweiterung erfahren. Gerade in älteren Kommissionsdokumenten wird der Begriff des öffentlichen Sektors weder definiert noch verwendet. Der Begriff „öffentlicher Sektor“ findet sich lediglich im Kontext spezifischer Dienstleistungsbereiche wie beispielsweise beim Post- oder Energiesektor (Europäische Kommission 2001, 2013).

Im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird der öffentliche Sektor im gesamten Dokument in nur einer Fußnote erwähnt: „Oft werden die Begriffe ‚öffentlicher Dienst‘ und ‚öffentlicher Sektor‘ verwechselt. Der Begriff ‚öffentlicher Sektor‘ umfasst sämtliche staatlichen Verwaltungsbehörden einschließlich aller von den staatlichen Verwaltungsbehörden kontrollierten Unternehmen“ (Europäische Kommission 2003, Fußnote zu Rn. 19, S. 20). Diese Be-

griffsbestimmung legt ihr Hauptaugenmerk ebenfalls auf die Verwaltung. Öffentliche Unternehmen werden lediglich in einem engen Kontrollverhältnis durch staatliche Verwaltungsbehörden verstanden. Diese eng kontrollierten Unternehmen stellen auf rechtlich unselbstständige Organisationsformen ab, die keine eigene Rechtsperson haben und damit mittelbar als Verwaltung anzusehen sind. Dies können nichtselbständige Formen wie Regiebetriebe oder Anstalten, selbstständige Formen ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie Eigenbetriebe oder Sondervermögen und juristische Personen des öffentlichen Rechts wie Stiftungen sein (Ambrosius 2019, S. 25, Krajewski 2011, S. 325).

Diese unklare Trennschärfe zwischen verwaltungsnaher Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und anderen Organisationsformen von öffentlichen Unternehmen resultiert auch aus einem divergierenden terminologischen Verständnis in Europa, das aus unterschiedlichen historisch gewachsenen Organisationsformen von Dienstleistern von allgemeinem Interesse herrührt. Dies zeigt sich unter anderem in der Konzeptionierung des öffentlichen Dienstes im Englischen gegenüber dem Deutschen. So wird im Englischen zwischen dem Singular *public service* und dem Plural *public services* differenziert. Ersteres beschreibt im Wesentlichen die Verwaltung und das Beamtentum. Letzteres bezieht sich auf Dienstleistungen, die durch lokale Behörden erbracht werden (Bauby/ Similie 2010, S. 8 f.).

Im Deutschen gibt es eine solche Unterscheidung des Begriffs „öffentlicher Sektor“ nicht. Er wird in der Regel im Singular verwendet und kann sogar als eine Betonung der heterogenen Erbringungsformen von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mit einem öffentlichen Auftrag gelesen werden. Da in erster Linie das Englische auf europäischer Ebene als Arbeits- und Kommunikationssprache fungiert, kann in der Konsequenz davon ausgegangen werden, dass es einen hohen semantischen Einfluss auf die Richtlinienkonzipierung und auf ihre jeweiligen Übersetzungen ausübt. Gleichzeitig wird aufgrund des unterschiedlichen Bedeutungszusammenhangs des Begriffs „öffentlicher Sektor“ die mit diesem Konzept einhergehenden Problematiken nicht frühzeitig und hinreichend einbezogen. Dies könnte ein Erklärungsansatz für die tendenzielle konzeptuelle Gleichmachung von Dienstleistern von allgemeinem Interesse darstellen.

#### **IV. Öffentliche Unternehmen sind Teil des europäischen Binnenmarktes**

Die Europäischen Verträge garantieren und schützen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Besonders gekennzeichnet sind diese Dienstleistungen durch einen subsidiären Ansatz, der den Mitgliedsstaaten einen weiten Spielraum in der Erbringungsart und -weise einräumt. Während dieser Ansatz in klassischen Sektoren tendenziell beachtet wird, bezieht ihn die Europäische Kommission in neu zu regelnden wettbewerbsrechtlichen Bereichen nicht hinreichend ein. Dies wurde vor einigen Jahren in den Verhandlungen von Freihandelsverträgen und gegenwärtig in Initiativen zur Schaffung und Vollendung eines europäischen Binnenmarktes für Daten deutlich.

Es wurde deutlich, dass die durch die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Wettbewerbs- und Dateninitiativen vorgenommene Gleichsetzung und Gleichmachung dem Geist der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse widerspricht. Ebenfalls wurde deutlich, dass Dienstleister von allgemeinem Interesse mit einem öffentlichen Auftrag in Europa sehr heterogen organisiert sind. Ihre Erbringung reicht von Verwaltungen bis hin zu gewinnorientierten Unternehmen, die durch die europäischen Verträge geschützt werden. Dennoch beziehen sich wettbewerbspolitische Initiativen der Europäischen Kommission zunehmend auf den sehr weiten und unspezifischen Begriff des öffentlichen Sektors, der im Gegensatz zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (bisher) nicht hinreichend definiert ist und europaweit unterschiedlichen semantischen Konzepten unterliegt.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind zwar theoretisch durch die Europäischen Verträge geschützt. Die vornehmlich für die Verwaltung konzipierten Initiativen, die alle Dienstleister von allgemeinem Interesse mit einem öffentlichen Auftrag umfassen, können allerdings zu einer gesteuerten Vereinheitlichung „von oben“ führen, was den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Besitzstands von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht hinreichend wahrhaft und einbezieht. Denn selbst, wenn Artikel 345 AEUV ausdrücklich betont, dass die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen, führen faktisch einseitig ausgerichtete Richtlinien und Verordnungen dazu, dass dieser Schutz der Eigentumsordnung ausgehebelt wird.

Mit anderen Worten: Wenn der öffentliche Sektor in den gegenwärtigen Wettbewerbs- und Dateninitiativen in erster Linie als Verwaltung betrachtet und entsprechend reglementiert wird, kann dies langfristig dazu führen, dass privatrechtlich organisierte und unter Wettbewerbsbedingungen agierende, gewinnorientierte Dienstleister von allgemeinem Interesse qua EU-Regulierung im europäischen Binnenmarkt nicht zukunftsfähig sind. Die wettbewerbspolitischen Initiativen der Europäischen Kommission könnten folglich eine Umgehung des gemeinschaftlichen Besitzstands darstellen, indem sie gewisse Organisationsformen von Dienstleistern von allgemeinem Interesse hinsichtlich ihrer jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Position im europäischen Binnenmarkt beeinträchtigen.

## Abstract

*Katinka Kraus; Services of general interest between competition policy and European Treaties*

*acquis Communautaire; competition policy; digital single market; European treaties; public sector; services of general interest;*

*Services of general interest are provided across Europe in different legal and institutional forms. They vary from private law to the commissioning of third parties through administrative cooperation. Even though these services and their forms of provision are subject to special regulations in European primary law, they are not always sufficiently included in legislative initiatives of the European Commission. The paper shows that this is contrary to the subsidiary spirit of the European Treaties, which protect this diversity as an important value under Euro-*

*pean law. Based on competition initiatives of the European Commission, the article analyzes the discrepancy between contractual claim and European political practice.*

## Literaturverzeichnis

- Ambrosius, Gerold (2019), Geschichte der öffentlichen Wirtschaft, in: Holger Mühlenkamp, Frank Schulz-Nieswandt, Markus Krajewski und Ludwig Theuvsen (Hg.), Öffentliche Wirtschaft. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden, S. 24-54.
- Bauby, Pierre und Mihaela Maria Similie (2010), Public Services in the European Union & in the 27 Member States. Statistics, organisation and regulations.
- Europäische Kommission (2020), Eine europäische Datenstrategie, COM (2020) 66 final, 19.2.2020.
- Europäische Kommission (2013), Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final/2, 29.4.2013.
- Europäische Kommission (2011), A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, COM(2011) 900 final, 20.12.2011.
- Europäische Kommission (2003), Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endgültig, 21.5.2003.
- Europäische Kommission (2001), Mitteilung der Kommission. Die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Amtsblatt C 17, 19.1.2001.
- Krajewski, Markus (2011), Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Heidelberg.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2015), Sachzieldominanz in der kommunalen Daseinsvorsorge. Eine haltungspflegerische Erinnerung, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Jg. 38, Heft 2-3, S. 238-246.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. September 2016, ANODE, C 121/15, EU:C:2016:637.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. Dezember 2011, ENEL, C 242/10, EU:C:2011:861.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 20. April 2010, Federutility u. a., C 265/08, EU:C:2010:205.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. September 1999, Albany, C 67/96, EU:C:1999:430.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juni 1998, Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormezzatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormezzatori del Golfo di La Spezia Coop. arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione, Slg. 1998, I-3949.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. Juli 1997, GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB), Slg. 1997, I-4449.
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Dezember 1991, Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA, C-179/90, Slg. 1991, I-5889.