

## Frank Schulz-Nieswandt

# Neuere Literatur zum Wandel der Staatlichkeit, dargelegt im Bezugskreis der europarechtlichen Neu-Adjustierung der (insbesondere sozialen) Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse

Obwohl Europa von seiner Entstehung nach 1945 her betrachtet im Kern eine Friedensordnung sein sollte (was oftmals nicht mehr bedacht wird) und obwohl Europa auch bemüht ist, sich kulturell, weniger geographisch (beides ist schwierig genug) als ein wertebezogener Gemeinschaftsraum zu definieren, stellt die EU im Kern doch primär einen Wirtschaftsraum dar, der sich als freier Binnenmarkt versteht und der zum Teil bereits als Währungsunion (mit erheblichen Auswirkungen auf die Geld- und in der Folge auf die Finanzpolitik der Mitgliedstaaten) überformt ist. Dieser Binnenmarkt kennt keine tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnisse. Er ist geprägt von den wirtschaftlichen Freizügigkeiten (Kapital, Arbeit, Güter und Dienstleistungen), die immer mehr geradezu vergrundrechtlicht werden. Im Kern besteht ein allseitiges Anti-Diskriminierungsrecht. Der Integrationsprozess in Bezug auf diesen gemeinsamen Binnenmarkt ist weit vorangeschritten und er zieht weitere Rechts- und Regelungsbereiche des gesellschaftlichen Lebens der Mitgliedstaaten in einen entsprechenden Anpassungs- und Modernisierungsdruck hinein.

*Die Themenvielfalt, die mit dieser Fragestellung mit Bezug auf die Frage der öffentlichen Daseinsvorsorge verbunden ist, kommt in der Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber zum Ausdruck, die Götz Frank & Heinrich-Wilhelm Langrehr unter dem Titel „Die Gemeinde“ 2007 herausgegeben haben (Mohr-Siebeck, Tübingen 2007, XI, 412 S.). Die meisten Beiträge drehen sich um Fabers Position in dessen Schrift „über die „Macht der Gemeinden“, thematisieren den Art. 28 II GG hinsichtlich der Kontroverse um die „institutionelle Garantie“ der kommunalen Selbstverwaltung (swirtschaft) und diskutieren die Rückwirkungen des EU-Rechts mit Blick auf die kommunale Daseinsvorsorge. Einige Beiträge nehmen zum einen kritisch Stellung zur Privatisierungseuphorie als endogene Erosion der kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft (Langrehr), feiern zum anderen aber auch die Idee des Gewährleistungsstaates als einheitliche Theorie des Verwaltungsrechts (Waechter), skizzieren die Problematik der Daseinsvorsorge im Rahmen des Diskurses zu den Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse im Lichte der EuGH-Urteile in Sachen Teckal, Stadt Halle und Altmark, diskutieren Konzessionen als Instrument kommunaler Politik sowie das Verhältnis des Konzessionswesens zum Vergaberecht Europas mit Blick auf Abgrenzungen zu Dienstleistungskonzessionen und greifen den Boom der PPPs auf. Die Beitragsammlung hat Höhen und Tiefen, ist nicht in jeder Hinsicht tiefgreifend, aber insgesamt bunt und lesenswert.*

Vor diesem Hintergrund wird kontrovers diskutiert, ob Europa bereits einen eigenen Staatscharakter oder zumindest staatsähnliche Eigenschaften erworben hat oder ob die Mitgliedstaaten weiterhin souverän sind und im Prinzip sich nur durch einen horizontalen völkerrechtlichen Vertrag gebunden haben. Die Mitgliedsstaaten sind schließlich „Herren der Verträge“, die EU-Kommission *nur* „Hüterin der Verträge“. Hier kristallisiert sich das umfassende Thema der „Staatlichkeit im Wandel“ heraus.

*Unter dem Titel „Verlust der Staatlichkeit“ veröffentlichte Stefan Haack (Mohr Siebeck, Tübingen 2007, XXXII, 528 S.) seine Leipziger juristische Habilitation aus dem SS 2007. Die Arbeit knüpft an die breite europawissenschaftliche Konstitutionalisierungsdebatte an. „Inhaltlich beansprucht die (...) Untersuchung, Zulässigkeit und Erkennbarkeit eines Beitritts der Bundesrepublik Deutschland zu einem gesamteuropäischen Bundesstaatsganzen zu klären.“ (S. 3) Um die damit verbundene Reihe von Forschungsfragen (vgl. auch S. 4) aufzunehmen und einer (vorläufigen) Klärung zuzuführen, muss der Autor empirische Stoffsicherung, geisteswissenschaftliche Systembildung und juristische Normexegese zusammenführen (S. 19). Die Arbeit stellt somit den Versuch dar, „den Verlust der souveränen Staatlichkeit durch den europäischen Integrationsprozess in seinen juristischen Konsequenzen zu erfassen“ (S. 21). Staatlichkeit wird hierbei als eine Form des politischen Gebundenseins entworfen, die vom Gewilltsein der Individuen zur gegenseitigen Letztverantwortung für die Zusammenhänge von individuellem Verhalten und gesellschaftlicher Ordnung zeugt. Dieser Zusammenhang wird durch die Verfassung ausgeprägt. „Verfassungsrecht ist demnach, seinem Wesen zufolge, höchstes und unabgeleitetes Recht, aus dessen rechtlichem Wesen alle anderen Normen, die es beanspruchen, hoheitlich-rechtsverbindlich zu gelten, ihr Vorhandensein ableiten müssen.“ (S. 479) Vor diesem Hintergrund kann der europäische Integrationsprozess nur zwingend Demokratiedefizite aufweisen; „alle Versuche, die EU zum Bundesstaat zu fassen“, müssen daher als „Verfassungsverletzung“ angesehen werden (S. 482). Der Autor verweist selbst auf den Purismus dieses Konstruktes (S. 483) der Staatlichkeit als „Realität der Ideen (und [...] damit zugleich eine Realität des Geistes) in der politischen Sphäre“ (S. 486), eine Position, die am Ende des Buches in eine Perspektive mündet, in der Staatsrechtsdogmatik und Staatstheorie (als Klärung der vor-juristischen Gründe des Verfasstseins) als untrennbare gegenseitige Bedingtheit von „Sein und Gelten“ behauptet wird, ohne diesen integrierten Dualismus von Sein und Sollen angesichts des immer noch aktuellen Neukantianismus in Staatslehre und Rechtsphilosophie einem klärenden wissenschafts- und erkenntnistheoretischen Diskurs zuzuführen.*

Unterschiedliche Varianten der Interpretation der EU als Staatenbund oder Bundesstaat konkurrieren miteinander. Das Wörtchen „*nur*“ in Bezug auf die Funktion der Kommission als „Hüterin der Verträge“ ist aber grundlegend: Wie werden die Verträge ausgelegt? Hier kommt die zentrale Rolle des EuGH zur Wirkung. Was für Konsequenzen müssen in der Folge dieser Auslegung gezogen werden?

*Der von Christian Callies herausgegebene Sammelband „Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2007, VIII, 261 S.) dokumentiert die „Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungs-*

recht“, in denen auch Nachwuchswissenschaftler (Doktoranden und Habilitanden) einbezogen worden sind. Nicht nur ein längerer reflexiver und re-konstruierender Rückblick von Callies, auch Tagungsberichte von Thym und Lachmayer & Lais runden den Band ab, der sich hauptsächlich kontrovers um die auf Ingold Pernice zurückreichende Theorie des Europäischen Verfassungsverbundes, der zwischen den theoretischen Positionen des Staatenbundes und des Bundesstaates als Interpretationen Europas in politikarchitektonischer Hinsicht zu vermitteln versucht, dreht. In dieser Hinsicht ein informativer und lesenswerter Band.

Wie auch immer dieses Problem rechtswissenschaftlich und juristisch gesehen wird; die politische Architektur Europas als politisches System ist jedenfalls als ein Mehr-Ebenen-System (aus deutscher Sicht: EU-Ebene, Bundesstaatliche Ebene – föderale Untergliederungen: Länder, Kommunen) zu verstehen. Dabei kommt es einerseits zu Kompetenzaufteilungsfragen, aber auch zu vertikalen Verschachtelungen und zu horizontalen Verflechtungen.

Zu dieser Mehr-Ebenen-System-Problematik liegt eine Aufsatzsammlung vor, die von Hubert Heinelt & Michèle Knodt herausgegeben wird: „Politikfelder im EU-Mehr-Ebenen-System“ (Nomos, Baden-Baden 2008, 334 S.). Der Sammelband trägt den Untertitel „Instrumente und Strategien europäischen Regierens“. Der Band wird von den Herausgebern eingeleitet und umfasst sodann 16 Beiträge, die ein breites Spektrum von Politikfeldanalysen unter dem architektonischen Aspekt des Mehr-Ebenen-Systems abhandeln. Die Studien sind weitgehend politikwissenschaftlich orientiert, finden Anschluss an die internationale Literatur und bieten für vielerlei Fragen einen strukturierten, systematischen Zugang. Für unterschiedliche Zielgruppen in Wissenschaft (Seminarbetrieb) und Verbände etc. ist der Sammelband sehr nützlich.

Die an der Humboldt-Universität zu Berlin 2006 angenommene rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift von Birgit Schmidt am Busch liegt unter dem Buchtitel „Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2007, XXIX, 463 S.) vor. Es ist eine vorherrschende analytisch-empirische Heuristik, Gesundheitssystemanalysen in einem Mehr-Ebenen-System (Makro-, Meso- und Mikro-Ebene) durchzuführen. Die vorliegende Arbeit fügt nun das Gesundheitswesen in das europäische Mehr-Ebenen-System ein. Im Zentrum stehen Fragen der Kompetenzverteilung. Die Arbeit ist im vorliegenden Gesamtbesprechungs- und Diskussionszusammenhang deshalb besonders interessant, da verschiedene funktionale Teilbereiche des Gesundheitswesens (Prävention, Kuration, Rehabilitation und Sterbebegleitung, damit aber auch eine ganze transsektorale Versorgungskette) behandelt werden und auf den intermediären Bereich zwischen Markt und Staat (der „Dritte Sektor“) fokussiert wird. Produktbezogene Fragen der Gesundheitsversorgung und (auf epidemiologisch relevante soziale Lebensverhältnisse bezogene) Interventionen folgen nun im EU-Mehr-Ebenen-System unterschiedlichen Logiken. Die produktbezogenen Gesundheitsfragen werden in der Regel gesetzgeberisch, die verhältnisbezogenen Gesundheitsfragen organisatorisch-institutionell angegangen. Im produktbezogenen Fragenkreis zeichnet (binnenmarkt-bedingt) sich immer mehr eine Zentralisierung sowie eine Harmonisierung durch Rechtsangleichung ab. Typisch für

*verhältnisbezogene Fragenkreise ist eher eine dezentrale Praxis auf lokaler Ebene. Hier sieht die Autorin vor allem eine zunehmende Koordinationspraxis sich entwickeln. Auch etwa PPPs und Aufgabenübertragungen von den öffentlichen Händen in die nicht-öffentlichen (privaten oder halb-privaten, S. 11) Hände sind hier anzusiedeln.*

Wir gehen vor dem Hintergrund dieser Einschätzungen davon aus, dass Europa *de facto* bereits eine geteilte Kompetenz im Bereich der Sozial-, einschließlich der Gesundheitspolitik betreibt. Europa praktiziert dies unabhängig davon, ob es im Zuge des wohl erneut scheiternden, zweiten Versuchs einer Verfassungsbildung dergestalt rechtlich geregelt werden würde. Diese Teilung einer Kompetenz, d. h. die Praxis einer gemeinsamen Kompetenzausübung widerspricht nicht der Subsidiaritätsidee des Art. 5 b EGV; und auch die Art. 137 i. V. m. Art. 152 EGV stehen nicht unbedingt im Widerspruch zu dieser Kompetenzregelung im europäischen Mehr-Ebenen-System, da die souveräne Gesetzgebung und Politik der Mitgliedstaaten trotzdem immer die Übereinstimmung des eigenen nationalen Handelns mit dem EU-Recht zu prüfen und zu beachten hat. Die EU-Mitgliedstaaten sind demnach einerseits souverän und an sich zuständig für die Sozial- und Gesundheitspolitik, aber eben nur bedingt: Sie müssen nämlich andererseits ihre Rechtsentwicklung und Politik in Übereinstimmung mit dem EU-Recht gestalten. Dass diese Übereinstimmung wiederum definiert und konkretisiert werden muss, macht deutlich, dass es hierbei durchaus Freiheitsgrade gibt oder geben kann. Insofern ist dieses juristische Problem keineswegs frei von Macht und von Fragen der Machtbalance im Mehr-Ebenen-System und nicht frei von politischen Güterabwägungen zwischen der Binnenmarktdimension einerseits und anderen wertgeschätzten historischen, kulturellen und sozialen Merkmalen Europas und seiner Mitgliedstaaten andererseits. Dabei ist aber nochmals zu betonen, wie stark gerade der Binnenmarkt zum Kernprozess und zum Motor der (sich vertiefenden, aber auch erweiterten) europäischen Integration geworden ist. Vor diesem Hintergrund wird „Brüssel“ oftmals eine Föderalismusfeindlichkeit, ein tiefes kulturelles und politisches Unverständnis für historisch gewachsene Institutionen und insgesamt für die Vielfalt der Kulturen Europas vorgeworfen. Und dies, obwohl doch das primäre Recht Europas diese kulturelle Vielfalt explizit achtet und wertschätzt.

Diese auf Anpassung und Übereinstimmung hin zu gestaltende Lücke, die sich zwischen der Dynamik des Binnenmarktes einerseits und den nationalen Rechtssituationen und institutionellen Arrangements andererseits aufgetan hat, ist nun der Grund, warum und wie der Europäische Gerichtshof die Rechtsprechung nur in Form der (demokratietheoretisch strittigen) Rechtsschöpfung leisten kann: Er muss die Antwortskizzen liefern, wie die Lücken zu füllen sind. Insofern ist der EuGH zum Motor der Entwicklung in vielen Rechts- und damit in der Folge auch Lebensbereichen geworden. Das ist rechtswissenschaftlich und politisch strittig, resultiert aber aus dieser Entwicklungslücke zwischen wirtschaftlichem Integrationsgrad und sonstigen Integrationsstufen Europas in sozialer, politischer und kultureller Hinsicht und zwar angesichts eines nur begrenzt existierenden supranationalen Politiksystems der EU. Da die nationalen Regierungen von sich aus nicht die Lücke zu schließen bereit und geneigt sind, geht die Schließung von der supranationalen Ebene aus.

Im Sinne einer geteilten Kompetenz haben sich daher bereits einige Gebiete einer europäisierten Sozialpolitik herausgebildet. Nicht alle diese Teilgebiete sind hier aufzugreifen und zu behandeln. Es geht um koordinierendes Arbeits- und Sozialrecht, um Aspekte der europäischen Strukturfonds (insbesondere des Sozialfonds [ESF] und des Fonds für die regionale Entwicklung [EFRE]), um die Politik der Offenen Methode der Koordinierung (OMK), um die Neu-Definition der Funktionsweise (der Märkte) der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen, oder auch nicht-wirtschaftlichen Interesse, was aber strittig bleibt, da alle Angebote grundsätzlich einen Marktbezug, also eine Konkurrenzlage aufweisen) Interesse (DAI oder DA[W]I), und um die sozialen Grundrechte der Unionsbürger im Rahmen ihrer allgemeinen, auch wirtschaftlichen und politischen Grundrechte (vgl. Grundrechtscharta von Nizza – wohl der modernste Menschen- und Grundrechtskatalog der Welt).

*In diesem Zusammenhang ist auf das Beiheft 1 der Zeitschrift „Europarecht (EuR)“ von 2007 (Nomos, Baden-Baden 2007, 111 S.) zu verweisen. Mit dem Titel „Unionsbürgerschaft und soziale Rechte“ geben Armin Hatje & Peter M. Huber dieses Beiheft heraus. Das Beiheft umfasst vier Aufsätze (von Christian Callies, Thorsten Kingreen, Wolfram Cremer und von Ulrich Becker). Die Beiträge sind wichtig und rezeptionsbedürftig. Callies skizziert den langen Wandel vom Marktbürger zum Unionsbürger. Der Trend ist nunmehr europarechtlich, d. h. anti-diskriminierungspolitisch ernst zu nehmen. Spannend ist die Formulierung vom „geteilten Unionsbürger“ (S. 38), um die Schnittfläche des Gemeinschafts- und des nationalen Rechts zu veranschaulichen. Dieser Befund knüpft sich an eine Kritik der unklaren Rechtssprechungsdogmatik des EuGH, insbesondere auch in sensiblen Bereichen wie der Sozialpolitik, auch mit Blick auf die EU-Erweiterung. Der Beitrag von Kingreen skizziert fundiert das sozialpolitische Potenzial der Grundfreiheiten und ebnet den Weg für eine Problemwahrnehmung eines europäischen Sozialmodells, das sich funktional mit dem Binnenmarktkern der EU verknüpft, diesen Zusammenhang aber auch zunehmend übersteigt. Cremer skizziert systematisch die EG als Sozial- und Bildungsunion, konstatiert aber auch den Prozesscharakter der längerfristigen Evolution und damit die Vorläufigkeit und Unvollkommenheit des Erreichten. Ähnlich geht Becker auf den Zusammenhang von Migration und sozialer Sicherheit ein.*

*Die Innsbrucker Dissertation von Julia Dorfmann aus dem Jahre 2005 „Der Schutz der sozialen Grundrechte – eine Untersuchung aus völkerrechtlicher und europarechtlicher Sicht“ (Innsbruck university press – Schulthess – Nomos, Innsbruck 2006, 325 S.) ist in diesem ganzen Zusammenhang besonders herauszuheben, da es ihr mit besonderem Bezug zur Grundrechtscharta von Nizza darum geht, auf den Zusammenhang der sozialen Grundrechte mit staatlichen Gewährleistungsfunktionen (verschieden ausformulierter Art) im Kontext einer positiven Staatsauffassung („Freiheit durch den Staat“ [S. 301]) einzugehen und diesen darzulegen und zu diskutieren.*

Diese verschiedenen Dimensionen einer europäisierten Sozialpolitik sind interdependent. Beispiele: Die Freizügigkeit des Bürgers als Versicherter in der Rolle des Patienten verlangt eine sozialrechtliche Koordination; oder: Das Grundrecht des Menschen mit Behinderungen auf Teilhabe an der Arbeitswelt verlangt eine fördernde Tätigkeit des Staates,

wie sie z. B. durch den ESF unterstützt werden kann. Die Neu-Definition der Erstellung der sozialen Dienstleistungen ist eng verknüpft mit Fragen der quasi schon „vergrundrechtlichten“ Grundfreiheiten im Binnenmarkt. Genau wie die Ziele der OMK setzen diese Neu-Regelungen der zunehmend marktoffenen und wettbewerblich gesteuerten Formen der Erstellung sozialer Dienstleistungen das soziale Grundrecht auf freien Zugang der Bürger zu den Sozialschutzsystemen und zu den Einrichtungen und Diensten voraus, die Qualität soll auf hohem Niveau gewährleistet sein, die Dienste sollen aber auch (daher die Marktöffnung und wettbewerbliche Steuerung) zu möglichst niedrigen Preisen und effizient angeboten werden, und schließlich sollen die Systeme des Sozialschutzes nachhaltig sein, also langfristig finanzierbar und stabil sein. Die Demographieabhängigkeit der Systeme des Sozialschutzes ist ein Thema der EU-Politik geworden. Auch hier ist ein Grünbuch vorgelegt worden. Dies steht insgesamt im Zusammenhang mit der Lisbon-Strategie der EU. Mit Blick auf die Zusammenhänge zwischen Arbeitsmarkt und Sozialschutzsystemen ist auf die Employability-Strategie, auch auf die Flexicurity-Strategie zu verweisen („Workfare“ statt „Welfare“).

*Auf das zuletzt genannte Thema des demographischen Wandels ist deshalb einzugehen, da sich in letzter Zeit die Literatur zum demographischen Wandel als Anpassungsherausforderung für den öffentlichen Sektor, vor allem auch für die Infrastrukturleistungen der Daseinsvorsorge, verdichtet. Dabei geht es weniger um die allseits diskutierte Alterung der Bevölkerung, sondern um die damit verknüpfte Schrumpfung der Bevölkerung. In diesem Zusammenhang ist auf die Aufsatzsammlung „Demographie als Herausforderung für den öffentlichen Sektor“ (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, 312 S.) zu verweisen, die von Reinhold Sackmann, Bernadette Jonda und Maria Reinhold herausgegeben wird. Neben einer als Einleitungsrubrik klassifizierten Ansammlung von vier Aufsätzen, davon einer der Herausgeber, finden sich fünf Aufsätze in der Rubrik „Arbeitsmärkte des öffentlichen Sektors: Herausforderungen und Flexibilität“, sechs Beiträge in der Rubrik „Demographie als Herausforderung der Kommunen: Bewältigungsstrategien“ sowie ein Aufsatz in der Rubrik „Rückblick und Ausblick“. Die Analysen sind bunt, daher liegt keineswegs ein Handbuch-artiges Werk zum systematischen Orientieren vor. Die Beiträge werden zwar rubrifizierend angeordnet, durch Einleitung und Rück- und Ausblick gerahmt, bleiben aber insgesamt von einer anregenden Vielfalt der Perspektiven auf ein komplexes Themenfeld charakterisiert – insgesamt aber sehr lesenswert und betrifft und streift eine Reihe von Fragen der hier interessierenden (kommunalen) Daseinsvorsorgeproblematik.*

Wir behandeln nachfolgend weiterhin angesichts dieser verschiedenen Dimensionen einer zunehmend europäisierten Sozialpolitik nur die Problematik der DAI bzw. DA(W)I, beziehen aber diese Interdependenz mit anderen Dimensionen einer zunehmend europäisierten Sozial- und Gesundheitspolitik (als geteilte Kompetenz im Mehr-Ebenen-System) mit ein in die Betrachtungen.

Personengebundene, an Seele und Körper von Menschen erbrachte Dienstleistungen sind nicht trivial über Märkte zu organisieren: Oftmals liegen asymmetrische Informationsverteilungen zwischen Anbietern und Nachfragern vor, die Qualität der Produkte/Leistungen

sind weder vorher noch nachher leicht zu beurteilen, nicht alle Leistungen können vergleichbar in Wiederholungskäufen beurteilt werden, entsprechend spielen Vertrauen und Glauben eine konstitutive Rolle, entsprechende Verträge sind nicht vollständig spezifizierbar. In der Regel liegen aber gesellschaftlich hochgradig wertgeschätzte Versorgungslagen vor, so dass die Güter in ihrer Erstellung, Vorhaltung und Zugänglichkeit sicherzustellen bzw. zu gewährleisten sind (sog. meritorische Güter). Vollständiges Marktversagen liegt jedoch nicht vor, zumal Nicht-Markt-Steuerungen ebenfalls unvollkommen sind (Staats- bzw. Politikversagen, Verwaltungsversagen, Dritter Sektorversagen).

Vor dem Hintergrund dieses Befundes der grundsätzlich nur unvollkommenen Allokationslösungen kann konstatiert werden, dass die EU-Politik daher die Bildung von regulierten Quasi-Märkten anvisiert. Es geht, wo es geht, um Eröffnung von Wettbewerb „in“ Märkten und um Eröffnung von Wettbewerb „um“ Märkte, wenn es sich um „natürliche Monopole“ handelt, wo es nur einen (regionalen) Anbieter geben kann. Es geht ferner um Annäherungen an Wettbewerbslösungen in Form von Wettbewerbssurrogaten. Die EU-Politik neigt in diesem Zusammenhang dazu, die neuen Formen regulierter Märkte in den Kernbereichen der ökonomischen Daseinsvorsorge (Verkehr, Energie, Post und Telekommunikation, Abfall und Abwasser, zunehmend Wasser überhaupt) auf die Sektoren der Erstellung von Sozial- und Gesundheitsleistungen analog zu übertragen. Inhouse-Lösungen (wo die öffentliche Hand, etwa die Kommunen [hier ist auf die in Deutschland grundgesetzlich verankerte Möglichkeit der kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft zu verweisen], die Produktion selbst übernehmen, also in Form öffentlicher Unternehmungen) werden marginalisiert, als Möglichkeit mit strikter Nachrangigkeit gegenüber Marktlösungen und wettbewerblich gesteuerten Übertragungen an private Träger also an den Rand bzw. in den Hintergrund gedrängt. Dies wird mitunter von der Wissenschaft der Öffentlichen Wirtschaft (insbesondere vom Wissenschaftlichen Beirat des BVÖD, ehemals GÖW) deutlich kritisiert.

*Ein zentrales Argument in der Inhouse-Debatte ist „Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt“. So lautet auch der Titel der Arbeit von Christopher Wenzl, der – so der Untertitel – „Die räumliche Beschränkung der Kommunalwirtschaft durch das deutsche (Verfassungs-)Recht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht“ (Nomos, Baden-Baden 2007, 230 S.) – in seiner Berliner Dissertation von 2007 analysiert. Im Ergebnis hält Wenzl zunächst die Ortsgebundenheit und eine damit auf die Bedürfnisse der Bewohner orientierte Legitimationsgrenze des kommunalen Wirtschaftens gemäß GG für zwingend. Eine interkommunale Zusammenarbeit bleibt möglich. Kommunales Wirtschaftsrecht, das diese Grenzziehungen überschreiten will, sei verfassungswidrig. Der Verfasser hält diese geographische Marktaufteilung in Deutschland sodann für wettbewerbsverfälschend und handelshemmend im Sinne des Europarechts. Er konstatiert jedoch die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung nach objektivierten Kriterien, betont dabei insgesamt ferner auch große Gestaltungs- und Beurteilungsspielräume aus deutscher Sicht. Weiter wird darüber hinaus argumentiert, dass das Gemeinschaftsrecht, das hier*

*dominiert, eher zur Lockerung des deutschen Verfassungsrechts mit Blick auf die kommunale Wirtschaft zwingt.*

*Mit dem Inhouse-Geschäfte-Problem setzt sich auch die juristische Dissertation von Karsten Hardraht, die 2005 in Berlin angenommen worden ist und unter dem Titel „Inhouse-Geschäfte und europäisches Vergaberecht“ erschien (Duncker & Humblot, Berlin 2006, 332 S.), auseinander. Im Lichte der EuGH-Urteile in den Fällen Teckal und Stadt Halle sieht der Verfasser kaum Spielräume für weite Auslegungen der Ausnahmereiche zur Umgehung des allgemeinen Ausschreibungswettbewerbsgebotes. Allerdings ist das Vergaberecht der EU dann und insoweit gar nicht relevant, wenn eine funktionelle Identität zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der Einheit, mit der der Vertrag geschlossen wird, gegeben ist. Entgegen dem EuGH ist der Autor dabei der Auffassung, dass die beauftragte Einheit nicht im Wesentlichen ihre Tätigkeit gegenüber dem beauftragenden öffentlichen Auftraggeber erbringen muss. Damit bleiben jedoch Probleme bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen und Zweckverbänden wohl nach wie vor problematisch und in der Diskussion strittig.*

Insgesamt wird aber auch im Lichte dieser neueren Literatur ein obligatorischer Ausschreibungswettbewerb zur Auswahl privater Anbieter/Ersteller von Dienstleistungen betont. Die mit dem Binnenmarkt übereinstimmenden Modalitäten zur Erstellung sozialer Dienstleistungen werden demnach über einen transparenten, diskriminierungsfreien Weg der Markteröffnung und der wettbewerblichen Auswahl von Anbietern/Erstellern zu verwirklichen versucht. Insofern muss sich die nationale Praxis der Dienstleistungserstellung diesem europäischen Wettbewerbs-, Beihilfe(verbots)- und Vergaberegime fügen. Dort, wo auf eine Ausschreibung verzichtet wird, muss der Betrauungsakt nicht nur nach europarechtlichen Vorgaben transparent sein, sondern auch Benchmark-Instrumente einbauen. Andere Instrumente (wie dem der marktorientierten Direktvergabe) sollen hier nicht weiter aufgegriffen werden.

*Ein seit langem immer wieder neu aufgegriffenes Thema im Kontext des Vergaberechts ist die Frage nach der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien. Die Münchener rechtswissenschaftliche Dissertation, die von Ariane Wiedmann am MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht angefertigt wurde und 2006 angenommen worden ist, liegt unter dem Titel „Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts“ (Nomos, Baden-Baden 2007, 319 S.) vor. Nach der EuGH-Rechtsprechung ist die Zulässigkeit gegeben. Solange Transparenz und Chancengleichheit im Ausschreibungswettbewerb garantiert ist, liegt eben kein Widerspruch zum europäischen Recht vor. Gerade diese Transparenz macht die Kompatibilität mit dem Beihilferecht aus; auch das Vergaberecht kennt weite Spielräume bei der Definition des Leistungsgegenstandes. Hier ist der Altmark-Katalog zentral entscheidend. Die Definitionsmacht liegt bei den Auftraggebern. Damit kommt es subsidiaritätstheoretisch gesehen zu einer tendenziell harmonisierbaren Beziehung zwischen europarechtlichem Anforderungskatalog einerseits und nationalen Umsetzungssouveränitäten andererseits. In einigen Diskursbereichen ist von der Figur des „wohlfahrtsstaatlichen Kontraktmanagements“ die*

*Rede, die hier das Ausschreibungsregime als europarechts-kompatiblen Typus des Wohlfahrts- und Daseinsvorsorgestaates darlegen helfen soll.*

*Die juristische Dissertation der Universität Würzburg aus dem Jahre 2004 von Andreas van den Eikel „Die zulässige Implementierung ‚vergabefremder‘ Kriterien im europäischen Vergaberecht“ (Kovac, Hamburg 2006, XLIX, 605 S.) kommt zu dem Ergebnis: „Ja, aber.“ (S. 581) Wie Wiedmann führt auch Van den Eikel die Kriterien der Transparenz, der Objektivität und der Chancengleichheit an, um die Kompatibilität zwischen nationalen Politikzielsetzungen einerseits und dem europäischen Binnenmarktrecht, insbesondere dem Vergabe- und Beihilfenrecht andererseits zu bewirken und somit auch eine Integration wirtschaftlicher und gesellschaftlicher bzw. politisch erwünschter Ziele zu ermöglichen. Doch hat der Autor wohl recht: „Ein Ende der Diskussion ist noch lange nicht in Sicht.“ (S. 585) Aber: „Der ablehnenden Haltung in der Literatur zum trotz, geht die Rechtswirklichkeit und die Praxis dahin, vergabefremde Kriterien zu berücksichtigen.“ (S. 585) Die (umfängliche) Arbeit ist angesichts ihrer Differenziertheit und Wirklichkeitshermeneutischen Offenheit herauszustellen.*

Soziale und Gesundheitsdienstleistungen werden also zunehmend analog zur Daseinsvorsorge in den ökonomisch-technischen Güterbereichen des alltäglichen Lebens behandelt. Die EU-Kommission hat diese Analogie durch einschlägige Grün- und Weißbücher, Mitteilungen und Konsultationsprozesse deutlich vorangetrieben. Es bleibt noch offen, wie die Ergebnisse dieser Regulierungspolitik in Form von sektorbezogenen oder Rahmenrichtlinien aussehen werden, wie die Abstimmung mit anderen relevanten Verordnungen und Richtlinien aussehen wird, wie das ganze Thema schlussendlich im Primärrecht, in dem bereits die DA(W)I, auch mit grundrechtlichem Bezug, wertgeschätzt werden (vgl. Art. 16 EGV i. V. m. 86 Abs. 2 EGV), verankert wird. Damit bleiben auch die Fragen nach (begrenzten und sicherlich eher restriktiv handhabbaren) Ausnahme- und Spielraumregelungen noch offen.

Der Grund für diese Politik der Marktöffnung und wettbewerblichen Steuerung wird in der Existenz von Konkurrenzangeboten gesehen. Neben den Sozialunternehmungen der freien Wohlfahrtspflege sind auch private, erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen in diesen Sektoren tätig. Sehr ausgeprägt ist dies im Pflegebereich gemäß Sozialgesetzbuch XI. Aber auch im Krankenhaussektor gibt es eine Konkurrenz zwischen öffentlichen, freien (frei-gemeinwirtschaftlichen) und privaten Trägern. Da ein solcher Marktbezug bei der Produktion und beim Vertrieb dieser sozialen Dienstleistungen besteht, kommt der funktionelle Unternehmensbegriff zur Wirkung. Es kommt hierbei, also bei der funktionalen Sichtweise aus Sicht der EU-Kommission und des EuGH, weder auf Träger- und Rechtsformbesonderheiten noch auf das Vorliegen gemeinwirtschaftlicher Produktionsfunktionen an. Die betriebswirtschaftliche Sachzieldominanz im Kontext eines komplexen gemeinwirtschaftlichen Stakeholder-Denkens und -Handelns spielt für die EU-Kommission und im Lichte analoger Rechtsschöpfungen durch den EuGH keine grundlegende Rolle. Diese ganze Debatte um die soziale Produktionsfunktion der Sozialwirtschaft (These der „added values“: In der Regel wird auf die Produktion von „Sozialkapital“ durch die freie Wohlfahrtspflege verwiesen. Damit sind verörtliche Effekte

vertiefter sozialer Integration und sozialer Kohärenz verbunden, die auch die individuelle Lebensqualität und Lebenszufriedenheit steigern. In der ökonomischen Theorie ist verwandt von positiven externen Effekten die Rede. Aber auch diese Perspektive einer wohlfahrtsökonomischen Betrachtung führt nicht vereinfacht zur Ablösung von Markt- durch Staatsproduktion, sondern u. U. nur zu Formen der Regulierung von Märkten.) und ihre Einordnung in einen „Dritten Sektor“ zwischen Staat, Markt und primären Netzwerken (Familie und Verwandtschaft sowie Freundschaft) wird von der EU-Kommission, trotz der durchgeführten Konsultationen und den darauf aufgesetzten Diskursen und trotz der eingeholten wissenschaftlichen Expertisen (zu verweisen ist auf mehrere Studien/Expertisen von Ciriec International in Lüttich) kaum angemessen verarbeitet.

Die eigene Entwicklung in der nationalen Implementation „neuer Steuerung“ bzw. des New Public Managements lassen es aber nicht möglich werden, hier nur von einer rein exogenen Modernisierung in den Modalitäten der Erstellung von (sozialen) Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse sprechen zu können. Das Problem ist auch „hausgemacht“.

Insgesamt muss man mit Blick auf diese Wechselwirkung europäischer (und somit supranationaler) und nationaler Modernisierungsimpulse von einem Trend zum „wohlfahrtsstaatlichen Kontraktmanagement“ sprechen. Auch im Lichte der (sozialen) Vergrundrechtlichungstendenzen in der EU bleibt es dem diesbezüglich souveränen Mitgliedstaat unbenommen, in Hinsicht auf die Setzung von daseinsvorsorgeorientierten Zielen die Sicherstellung der Zugangschancen zu den sozialen Infrastrukturen von hoher gesellschaftlicher Bedeutung zu gewährleisten (Gewährleistungsstaatlichkeit). Aber die Modalitäten der Erstellung der Dienstleistungen sollen im Rahmen eines Delegationsprinzips marktbezogenen Anbietern überlassen werden. Hierzu dienen die angesprochenen Formen der Quasi-Marktöffnung oder der Wettbewerbssteuerung, und seien diese auch nur Annäherungen an Marktlösungen angesichts der oben angesprochenen Unvollkommenheiten von Markt- und Nicht-Markt-Allokationen im Vergleich. Der entsprechende Grundsatz lautet: Suche die im Vergleich zu anderen unvollkommenen Lösungen des Allokationsproblems am wenigsten unvollkommene Lösung.

*An diesem Punkt ist eine interessante Arbeit einzuschieben, die sich im Kontext (der Theorien) der Begründungen für Staatsinterventionen etwas anders ansiedelt. Die an der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina (Frankfurt an der Oder) 2005 angenommene Habilitation von Jan Hecker „Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2007, XVII, 303 S.) behandelt (so der Untertitel) „Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes“. Am Beispiel von drei Bereichen (Kartellrecht, Telekommunikationsrecht und Wertpapierhandelsrecht) diskutiert er diese Praxis der Staatsintervention durch Wirtschaftsaufsicht (in Absetzung zur markt-korrigierenden Intervention etwa aus nicht-ökonomischen Zielen heraus) im Zusammenhang mit der Theorie des Marktversagens (und im Verhältnis zum neueren „Regulierungsverwaltungsrecht“) und prüft die Passung zwischen Verfassungsrechtsbegründung einer Aufsichtsgesetzgebung mit wirtschaftstheoretischen Plausibilitätsanforderungen.*

Zurück zum nationalen Rechts- und Praxisanpassungsdruck. Der deutsche Typus der Erstellung von Dienstleistungen im Rahmen der Sozialgesetzbücher ist diesem hier dargelegten europäischen Regime durch die Vorrangstellung freier (frei-gemeinwirtschaftlicher) und privater (erwerbswirtschaftlich orientierter) Träger weitgehend nahestehend, doch ist das Ausmaß der Bildung von regulierten Quasi-Märkten noch nicht völlig binnenmarkt(rechts)konform durchgestaltet. Und hier eröffnen sich die anstehenden Konflikte um die Enge oder Weite in der Auslegung und der Umsetzung notwendiger Binnenmarktübereinstimmungen der nationalen Praxis der Steuerung von Dienstleistungsmärkten im Sozial- und Gesundheitssektor. Dies wird Thema der nächsten Jahre bleiben. Die EU-Kommission fokussiert sehr auf den Aspekt „wohlfahrtsoptimaler“ Preise und legt diesen (theoretischen) Begriff weitgehend im Sinne möglichst niedriger Preise aus, läuft damit jedoch Gefahr, komplexere, integrierte Preis-Qualitäts-Parameter in der Wettbewerbsorientierung auszublenden oder zu marginalisieren. Aus sozialpolitischer Perspektive ist diese Verengung durch Ausblendung relevanter Aspekte und Problemdimensionen gravierend. Marktlösungen scheinen vor allem bei komplexen Bedarfslagen „schlechter Risikolagen“ von Menschen schwierig zu sein. Zu denken ist etwa an eine Mischung von chronischer Erkrankung, Hilfe- und Pflegebedürftigkeiten und Behinderungen, bei gleichzeitig vorliegenden Netzwerkdefiziten, insbesondere im Fall älterer und alter Menschen. Für einfache Risikolagen mag die Situation anders sein. Hier ließe sich noch ein ausführlicherer sozialpolitischer Diskurs über die Probleme der Entwicklung und Sicherstellung angemessener (z. B. transsektoral und multi-professionell integrierter) Versorgungslandschaften anführen. Für sozialräumliche, sozialmilieu- und quartiersbezogene Fragen der Sicherstellung von komplexen Leistungen im Sinne von Zugänglichkeit, Erreichbarkeit, Verfügbarkeit und Akzeptanz scheint die sich in den ökonomisch-technischen Kernbereichen der Daseinsvorsorge besser auszukennenden Kommission wenig Verständnis zu haben. Sie vermutet doch weitgehend nur politische Marktmachtinteressen der staatsmittelbar etablierten Sozialwirtschaft.

Auch die steuerrechtliche Sonderstellung der gemeinnützigen Unternehmen wird weit verbreitet als wettbewerbsverzerrend eingestuft. Hierbei kristallisieren sich Fragen der steuerlich diskriminierungsfreien Anerkennung der Gemeinnützigkeit von EU-Auslands-Unternehmen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten, aber auch Fragen im Rahmen diskriminierungsfreien Ausschreibungs-, Vergabe- und Betrauungsrechts heraus. Die Diskussion ist diesbezüglich nicht abgeschlossen. Das Institut der Steuerfrei-gemeinnützigkeit wird mit Blick auf die Notwendigkeit strategischen Managements in Verbindung mit der Bildung von Reinvestitionsfonds durch die freie Wohlfahrtspflege selbst zunehmend problematisiert.

*Eine Arbeit von Katharina Stürz („Die staatliche Förderung der christlichen karitativen Kirchentätigkeit im Spiegel des europäischen Beihilferechts“ [Nomos, Baden-Baden 2008, 136 S.], eine Gießener rechtswissenschaftliche Dissertation von 2007) trifft in der Problemformulierung den Kern der vorliegenden Diskussion (vgl. die „Einleitung“ S. 17-19). Dabei wird deutlich, dass die Problematik (einer möglichen Einstellung staatlicher Finanzförderungen der Caritas) nicht die in der EU anerkannten Grundrechte der*

*Religionsfreiheit bzw. das Kirchenrecht beeinträchtigen würde. Im Bereich der sozialpolitischen Betätigungsfelder der Kirchen sieht die Autorin das Beihilferecht in großen Teilen der sozialen Betätigungspraxis als gar nicht relevant an (u. U. aufgrund der de minimus-Regelungen). Allerdings sieht sie dies in den Kernbereichen der Kranken(haus)-versorgung und der Altenpflege(einrichtungen) anders. Und hier werden erhebliche Rückwirkungen des Europäischen Rechts konstatiert. Die Autorin gibt insofern einerseits teil-sektoral „Entwarnung“ (S. 129), andererseits empfiehlt sie eine stärkere Wettbewerbsorientierung und Marktöffnung. Sollte die frei-gemeinwirtschaftliche Dienstleistungserstellung aus diesen Gründen erodieren, müsste der Staat, so die Autorin (S. 129), wieder die Lücke füllen – dies stellt eine theoretische Rückbesinnung auf den Sachverhalt der bisherigen Praxis der Delegation öffentlicher Aufgaben an nicht-staatliche Verbände und ihren Sozialunternehmen dar.*

Ein anderer Gesichtspunkt ist noch anzuführen. Insgesamt wird in der europäischen Rechts- und Politikentwicklung die Frage der Transaktionskosten der induzierten Regulationsregime (zur Bildung und Eröffnung von marktnahen Erstellungsweisen) weitgehend ausgeblendet. Diesen Wohlfahrtsgewinnen einer vermehrt effizienzorientierten Marktöffnung und Wettbewerbssteuerung sind die Kosten der dazu nötigen Regulationsbehörden und ihrer Regulierungspraxis gegenüber in Rechnung zu stellen. Hier täte ein Blick in die Telekommunikations- oder Energiemärkte gut. Denn auch im Fall einer weitgehenden Wettbewerbsordnung in der Gesundheitsversorgung, etwa in Form von Modellen des Einkaufs von Anbietern und Versorgungsnetzen durch einzelne Sozialversicherungskassen im Wettbewerb (Individual- statt Kollektivvertragswesen), wird angedacht, die Qualität (auch die räumliche Versorgungssituation, welche in Deutschland angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgabe einer „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ im Raum ein grundlegendes Argument darstellt und insofern immer schon ein politisches Anliegen, die medizinische Versorgung, aber auch abgestimmt mit der pflegerischen Versorgung, mit der allgemeinen Raumentwicklung [Siedlungsstrukturen etc.] integriert zu gestalten, war) von Landesregulierungsbehörden beaufsichtigen zu lassen.

Allein die grenzüberschreitende Patientenmobilität hat Anpassungen des deutschen Gesundheitswesens einschließlich des Pflegewesens erfordert. Bei einem größeren Ausmaß der Patientenmobilität könnten sich auch Probleme in der gängigen Praxis der Kapazitätsplanung im ambulanten und stationären Bereich ergeben. Auch fiskalische Mehrbelastungen können sich für die Krankenversicherungen ergeben. Das hängt mit Details der Vergütungspraxis in Deutschland zusammen. Grenzüberschreitende Vertragsbildungen müssten wiederum europarechtlich diskriminierungsfrei ablaufen.

Grundsätzlich bleiben auch die deutschen Traditionen der berufsständischen Zulassung von Vertragsärzten und die Art der Investitionsförderung der Krankenhäuser im Rahmen der Bedarfsplanung der Bundesländer ein verfassungs- wie europarechtlich kontroverses Thema. Dabei bestehen weiterhin noch ungeklärte (wettbewerbs- und vergaberechtliche) Fragen (terminologischer, aber auch rechtsstrategischer Art) mit Blick auf die Lizenzierungs- und Konzessionsmodelle, die hierbei wirksam sind. Hier zeichnen sich rechtliche und politische Güterabwägungskonflikte zwischen Grundfreiheiten, Freizügigkeitsrech-

ten, nationalen Rechten auf Sicherung der finanziellen Nachhaltigkeit und der Freiheit zur Gewährleistungsstaatlichkeit mit Blick auf die Daseinsvorsorgegüter ab. Das war aber auch bereits unabhängig von der Dynamik des rückwirkenden Europarechts in Deutschland ein Thema der (unabgeschlossenen) Rechtssprechung durch Bundessozialgericht und Bundesverfassungsgericht.

Der Anpassungsdruck des deutschen Sozial- und Gesundheitswesens mit Blick auf die europäischen Vorgaben im Bereich des Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberechts wird aber noch zunehmen. Insbesondere im Gesundheitswesen zeigt sich (vorangetrieben vor allem [aber nicht nur] im Bereich der Integrationsversorgung nach § 140 a-d SGB V) der Trend des Übergangs zu einem Individualvertragswesen, also zum selektiven „Einkauf“ von Anbietern und Versorgungsstrukturen durch die Einzelkassen, die im Wettbewerb zueinander stehen. Damit lösen sich die Traditionen eines berufsständischen Zulassungswesens und einer entsprechenden Niederlassungsplanung im ambulanten Bereich auf. Käme es zu einer (seit langem angedachten, aber kontrovers bleibenden) Auflösung der dualen Krankenhausfinanzierung zugunsten einer Monistik (Finanzierung der betrieblichen und der investiven Kosten der Krankenhäuser „aus einer Hand“ der Kassen), würde auch die Kapazitätsplanung an die Einzelkassen übergehen (müssen). Im Rahmen eines solchen „Einkaufsmodells“ würde das einschlägige binnenmarktzentrierte Europarecht nochmals einen Bedeutungszuwachs für das deutsche Gesundheits- und Sozialwesen erhalten.

*Das europäische Vergaberecht ist angesichts seiner wachsenden grundlegenden Bedeutung Gegenstand zahlreicher systematischer Darlegungen und Reflexionen. Die Regensburger rechtswissenschaftliche Dissertation aus dem Jahre 2006 von Rainer Regler „Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht“ (Duncker & Humblot, Berlin 2007, 299 S.) ist in verschiedenster Hinsicht von Interesse. So klassifiziert der Autor das Vergabewesen nicht als funktionelle Privatisierung, weil keine Rechtsmacht abgegeben wird. Dies ist im Zusammenhang mit der These, ein Ausschreibungsregime nach europäischem Recht beließe die Definitionsmacht hinsichtlich gesellschaftlicher bzw. politisch wünschenswerter Zielsetzungen bei dem öffentlichen Auftraggeber, von großem Interesse. Umgekehrt bedingen funktionelle Privatisierungen die Vergabepflichtigkeit. Das Vergaberechtsverhältnis hat öffentlich-rechtlichen Charakter und ist europarechtlich überformt. Es berührt staatliche Fürsorgepflichten und tangiert erheblich Grundrechtsrelevanzen bei der Eröffnung und Steuerung der betroffenen Märkte. Es handelt sich um Leistungsverwaltung, bei Berücksichtigung vergabefremder Kriterien um Lenkungsverwaltung.*

*Das gesamte Feld des europäischen Vergaberechts ist über umfassende Handbücher darzustellen; verwiesen sei etwa auf „Europäisches Vergaberecht“ von Alexander Egger (Nomos – Helbing Lichtenhahn – facultas, Baden-Baden 2008, 464 S.), ein grundlegendes Nachschlagewerk.*

*Nun haftet diesen notwendigen Hand- und Lehrbüchern eine naturbedingte „Trockenheit“ an, die eine rechtswissenschaftliche Habilitation der Universität Jena aus dem WS 2005/06 nicht unbedingt aufweisen muss, was dann auch nicht der Fall ist. „Vergabe-*

*recht im Wettbewerb der Systeme. Eine rechtsübergreifende Analyse des Vergaberechts“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2007, XV, 376 S.) von Marc Bungenberg nimmt die Ökonomisierung des Staates, das Streben nach seiner Effizienzsteigerung im Lichte des Veränderungsdrucks durch Europäisierung und Internationalisierung in Form eines Systemwettbewerbs zum Ausgangspunkt der Betrachtungen. Völlig treffsicher charakterisiert Bungenberg die so anstehenden Fragen einer Aufgabenaufteilung zwischen Staat und Privaten nicht als Frage nach dem „Ob“ staatlicher Aufgaben, sondern als Frage nach dem „Wie“ (S. 331). Staatliche Eigenerbringung ist eine Ausnahme zum Markt im Fall des Marktversagens. Alternativen zu dieser öffentlichen Produktionsregie sind Auftrags- und Konzessionsvergabe. Dies bedeutet einen Wechsel zur Gewährleistungsstaatlichkeit: „Vergaberecht wird zum Instrument staatlicher Daseinsvorsorge.“ (S. 332) Dazu muss das Vergabewesen selbst aber effizient sein. Hier ist im Rahmen des Mehr-Ebenen-Systems die europarechtliche Überformung und die Nachrangigkeit des nationalen GG zu betonen. Der nationale Gestaltungsspielraum ist jedoch bleibend erheblich. Wird Wettbewerb zum europäischen Verfassungsprinzip, so spielen Transparenz und Chancengleichheit im Ausschreibungswesen die zentrale Rolle. In diesem Rahmen sind vielfältige politische Ziele von gesellschaftlicher Wertschätzung implementierbar.*

Noch ist demnach das Vergaberecht Europas für das deutsche System der öffentlich-rechtlichen Sicherstellungspraxis nicht relevant. So führt die bisherige Praxis der Solidarfinanzierung bislang zur Einschätzung seitens des EuGH, wonach die Kassen keine wirtschaftlichen Unternehmen sind. So dürfen sie z. B. Festbeträge für Arzneimittel gemeinsam festlegen, was unter anderen Umständen ein Missbrauch von Marktmacht wäre und kartellrechtlich untersagt werden müsste.

An dieser augenblicklichen rechtlichen Einschätzung des Nicht-wirtschaftlichen Unternehmenscharakters der Sozialversicherungslassen ändert auch die neuere Reform (gemeint ist das GKV-Wettbewerbsstärkungs-Gesetz [GKV-WSG]), die die Bildung eines Gesundheitsfonds mit (zunächst) einheitlichen Beitragssätzen und eine Veränderung des Risikostrukturausgleichs (RSA) zwischen den Kassen vorsieht, nichts. Dennoch treibt das deutsche Gesundheitswesen im Sog der nationalen Reformgesetzgebung immer mehr auf den Typus einer „solidarischen Wettbewerbsordnung“ zu, wodurch sich die Relevanz des europäischen Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberechts gravierend erhöhen wird. Das betrifft nicht die Tatsache, dass das deutsche System der Delegation öffentlicher Aufgaben an öffentlich-rechtliche Körperschaften in staatsmittelbarer Selbstverwaltung und die sozialrechtlich verankerte Vorrangigkeit nicht-öffentlicher Leistungsanbieter (einschließlich der Gleichrangigkeit freier [gemeinnütziger] und privater Träger) im Prinzip, aber nicht in der Konkretisierung immer schon an einem Public-Private-Partnership-Modell im Sinne der Gewährleistungsstaatlichkeit orientiert war.

*Zum PPP liegt nunmehr eine kleine „Zwischenbilanz“ vor. Wolfgang Gerstlberger und Karsten Schneider (unter Mitarbeit von Katrin von Schäwen) legen in der bekannten Schriftenreihe „Modernisierung des öffentlichen Sektors“ als Band 31 die kleine, aber feine Arbeit (98 S.) „Öffentlich Private Partnerschaften. Zwischenbilanz, empirische Befunde und Ausblick“ (edition sigma, Berlin 2008) vor. Nach 20 Jahren PPP-Diskussion*

*und -Praxis wird die (begrifflich fundierte Analyse der) Quantität der Entwicklung in den Funktionsbereichen Organisation und Finanzierung skizziert, aber auch die Frage nach Lernprozessen gestellt. Kapitel 4 stellt ausgewählte Fallgeschichten dar. Mit Blick auf die Ergebnisse ist es in der Tat überraschend, dass die fiskalischen Einsparungen, die durch PPP erzielt werden, vielleicht gar nicht von so zentraler Bedeutung in der Diskussion sein sollen. Primär scheint PPP als ein Weg in die Marktöffnung und Wettbewerbsorientierung in der Erstellung öffentlicher (kommunaler) Dienstleistungen zu sein (S. 79). Stakeholder-orientiert werden einige Wirkungsrichtungen von PPP skizziert; Aspekte der ökonomischen, soziologischen und politikwissenschaftlichen Forschung werden aufgegriffen. Schließlich werden stilisiert zwei Zukunftspfade der Entwicklung von PPP skizziert: eine Politik der standardisierten und eine solche der maßgeschneiderten PPP-Projekte. Projekt-Optionen werden diskutiert.*

Insgesamt zeigt sich, welche tiefgreifenden Anpassungserfordernisse aus der Binnenmarktdynamik resultieren, aber auch, wie spannungsreich die offensichtliche Verkürzung der Idee der europäischen Integration allein auf Fragen des Wirtschaftsraumes ist. Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen nach der Vielfalt der Sozialschutzsysteme in Europa und ihres Wettbewerbs. Hier spielt die OMK eine grundlegende Rolle, da mit Blick auf die Kriterien der Zugangschancen, der Qualität und der Nachhaltigkeit die Suche nach besseren Lösungen die Mitgliedstaaten unter Lernprozessdruck setzen und insofern schleichend harmonisierende, zumindest verändernde Prozesse, die die bisherige institutionelle Identität (Selbstverständnis) architektonisch in Frage stellen können, auslösen. Die Neu-Gestaltung der DA(W)I, allerdings auf der Basis der Anerkennung einer grundrechtlich gedachten sozialen Gewährleistungsstaatlichkeit, gehört in diesem Rahmen zu den Kernelementen der Diskussion eines „europäischen Sozialmodells“.