

Soziale Daseinsvorsorge im Lichte der neueren EU-Rechts- und EU-Politikentwicklungen

Daseinsvorsorge; Dienstleistungen von allgemeinem Interesse; Europäische Union; Gewährleistungsstaat; Regulierung; Sicherstellungsaufgaben

Der Beitrag diskutiert die Zukunft der sozialen Daseinsvorsorge im Lichte der neueren rechtlichen und politischen Entwicklungen in der EU. Analysiert wird dabei der konfliktreiche Pfad zwischen der politischen Anerkennung nationaler Gemeinwohldefinitionen einerseits und des EU-rechtlich bedingten Modernisierungsbedarfes in der Art und Weise der Sicherstellung sozialer Infrastrukturen. Die Daseinsvorsorge geht damit den Weg in den Gewährleistungsstaat im Rahmen der europäischen Marktwirtschaft. Ausnahmeregelungen bleiben im Bereich sozialer Dienstleistungen mit nicht-ökonomischen Eigenschaften aber möglich.¹

I. Einleitung

Die Daseinsvorsorge gehört zu den wesentlichen sozialen Dimensionen des Staates.² Allerdings befindet sich der Staat – auf Grund exogener wie auch endogener Wirkkräfte – in einer Gestalttransformation, hin zum Gewährleistungsstaat, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, aber die Art und Weise der Sicherstellung und der Produktion von Gemeinwohl in deutlich veränderte Formen überführt. Die Frage der Erwünschtheit dieser Formveränderung der Staatstätigkeit darf dahin gestellt bleiben; es sollen lediglich die vorherrschenden Entwicklungstrends und Verhaltensspielräume dargelegt werden.

Allerdings ist vorweg bereits festzuhalten, dass das Verhältnis von Nationalstaat und EU, im EGV bzw. in dem ganzen Gefüge der Vertragsverfassung³ verkörpert, nicht als Gewinner-Verlierer-Relation (Verlust nationaler Souveränität versus Zugewinn supranationaler Souveränität) angemessen verstanden werden kann. Das wäre ein falscher, binärer/dichotomisierender Code, der die Wirklichkeit nicht richtig aufschlüsselt. Es handelt sich vielmehr um ein Gefüge, einen Verbund von Verfassungen. Das Problem ist weniger über die Subsidiaritätsklausel des Art. 5 EGV zu erfassen, vielmehr über den Art. II-13

-
- 1 Die Analyse geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser am 28. Juni 2004 in Brüssel im Rahmen einer Konferenz „Gemeinwohlbezogene soziale Dienste in der Europäischen Union – ihre besonderen Charakteristika, ihre Leistungsfähigkeit und Rahmenbedingungen der Dienstleistungserbringung“, veranstaltet vom BMFSFJ, von socialplatform und der Europäischen Kommission, gehalten hat.
 - 2 Eine vertiefte Analyse des Verfassers erscheint demnächst: Schulz-Nieswandt (2004c); ders. (2004d) sowie ders. (2004e). Vgl. demnächst auch Schulz-Nieswandt u.a. (2005).
 - 3 Zu diesem Archetyp von Verfassung vgl. auch Frankenberg (2003), S. 76 ff. sowie S. 92 ff. (mit Blick auf den Verfassungsverbund der EU).

der EU-Verfassung, der Bereiche mit geteilter Zuständigkeit regelt. Betroffen ist dadurch das unmittelbare Problem der Kompatibilität der Bereiche Binnenmarkt und Sozialpolitik. Das ganze Problem ist nur aus einem Zusammenspiel von Staatsrecht und internationalem oder supranationalem Recht zu verstehen. Das Gefüge sprengt die herrschende staatsrechtliche Auffassung von Verfassung, von der Grimm schreibt: „Verfassung wird (...) gewöhnlich mit dem Normenkomplex identifiziert, der die Einrichtung und Ausübung der Staatsgewalt sowie die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft grundlegend regelt.“⁴

II. Daseinsvorsorge und Wettbewerb im Binnenmarkt

Das Feld, das mit dem im deutschen Recht eingeführten Traditionsbegriff der Daseinsvorsorge besetzt wird, ist heterogen und breit. Wenngleich nachfolgend bei der Behandlung verschiedener Dimensionen und Aspekte des EU-Rechts primär soziale Dienstleistungen behandelt werden, so ist dieser Teilbereich der sozialen Daseinsvorsorge nur eine Teilmenge des Gegenstandes. In analytischer Absicht könnte man neben diesem Sektor der sozialen Dienste die (haushalts- wie unternehmensbezogenen) Sektoren der technisch-wirtschaftlichen und der geld- und kreditwirtschaftlichen Daseinsvorsorge unterscheiden und aufgreifen.⁵

Anknüpfungspunkt für die Problematik der deutschen Daseinsvorsorge sind EU-rechtlich zunächst die Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV. Angesprochen sind dort Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden, aber marktbezogene Tätigkeiten sind. Hoheitliche Tätigkeiten sind davon nicht betroffen, ein Aspekt, auf den in Abschnitt V nochmals zurück zu kommen sein wird. Gemeinwohlorientierte Dienstleistungen im Bereich des Sozialschutzes sind insofern vom europäischen Wettbewerbsrecht nicht ausgenommen, wenn hier eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Die Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter dem Blickwinkel der Marktbezogenheit ist nicht trivial und verweist darauf, dass unter Umständen die gemeinwirtschaftliche oder karitative Orientierung einer Tätigkeit – auch ein öffentlich-rechtlicher Charakter – nicht hinreichend sind, um (sektorbezogene) Ausnahmetatbestände zu begründen. Genau mit dieser Abkehr von der trägerschaftlichen Sichtweise ist der Beginn des schleichenden Endes des unmittelbaren Sicherstellungsstaates als Leistungsstaat oder auch des schleichenden Endes der unmittelbaren Förderverflechtung zwischen Staat und gemeinnützigem Trägersektor eingeleitet. Dies ist der rechtsexegetische Ausgangsbefund. Da der gesamte Sektor aber sehr komplex ist und die sozialen Gebilde sehr vielfältig sind, bleibt die Möglichkeit einer differenzierten Entwicklung offen.

4 Grimm (2003), S. 11.

5 Knappe Ausführungen mit Literatur in Schulz-Nieswandt (2004c).

Insgesamt gesehen spielt in diesem Sektor die Frage nach der Anwendung des EU-Beihilferechts eine große Rolle. Handelt es sich bei gemeinnützigen Trägern um Unternehmen im Sinne der Art. 81 ff. EGV? Der Art. 87 Abs. 1 EGV gibt die Zentralnorm vor. Dabei ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang die finanziellen Begünstigungen gemeinnütziger Träger den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenbegriff erfüllen. Wenn ja, entstehen daraus relevante Wettbewerbsverzerrungen und zwischenstaatliche Handelshemmnisse? Wenn ja, wie sind derartige Beihilfen zu begründen? Im Zentrum steht hier der Art. 86 Abs. 2 EGV. Dies alles ist natürlich im Lichte des Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV zu sehen.

Durch Mitteilungen hat sich die EU-Kommission erstmals 1996⁶ mit dem Problem der Daseinsvorsorge in Europa befasst. Im Jahre 2000⁷ präzierte die Kommission ihre Vorstellungen. Vielleicht lässt sich eine anbahnende Wertesynthese zwischen dem sozialen und wettbewerbsfähigen Charakter des europäischen Wirtschaftsraumes als Marktordnung gerade dort, also bereits in dieser Mitteilung aus dem Jahre 2000, ausmachen, da hier⁸ die große Bedeutung der Daseinsvorsorgeleistungen für die Verwirklichung der grundlegenden Ziele der EU vor allem im Lichte des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhangs anerkannt wird. Das re-regulierende Binnenmarktprojekt würde dann eine nationale oder gebietskörperschaftliche Souveränität zur Definition von Gemeinwohlzielen als Grundlage und Rahmenbedingungen des Marktes nicht ausschließen. Dabei ist auf Titel XVII EGV (Art. 158 ff.) – Wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt – zu verweisen i.V.m. Art. 2 EGV (Ziele der Union).

Dennoch soll die Daseinsvorsorge nicht nur effizient bereit gestellt werden, sondern muss in Einklang mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten und somit mit der Grundauffassung über die Funktionsweise der europäischen Marktordnung stehen. Dahinter steht die wirtschaftstheoretische Auffassung der nicht hinreichenden Sicherung der Gemeinwohlorientierung durch institutionelle Merkmale der (etwa öffentlichen, öffentlich-rechtlichen oder gemeinnützigen) Trägerschaft. Die Sichtweise verschiebt sich zur funktionellen Sichtweise der Daseinsvorsorge: Anerkannt werden gemeinwirtschaftliche Ziele und daraus ableitbare Aufgabenübertragungen, doch müssen die effizientesten und marktordnungskonformsten Arrangements gewählt werden. Die Modernisierung der Formen verknüpft sich mit substanzieller Kontinuität in den Zwecksetzungen. Das ist der Spannungsbogen, der im vorliegenden Beitrag zum Ausdruck gebracht wird.

Mit Betonung des Grundsatzes einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ sieht die einschlägige Literatur⁹ Daseinsvorsorge sachlich auf Marktversagen im Dienstleistungssektor unter Betonung der Bedeutung externer Effekte bezogen. Es kann zu öffentlichen Förderungen kommen, wenn dadurch nicht nur nicht eine Wettbewerbsverzerrung, sondern überhaupt erst die Gewährleistung von Wettbewerb möglich wird. Damit ist aber noch nicht der Umfang der staatlichen Eingriffe geklärt. Die Literatur ordnet staatstheoretisch diese Argumentationsweise der Figur des modernen Gewährleis-

6 Vgl. Kingreen (2003), S. 587.

7 Vgl. Kommission (2000) 580 endg.

8 Vgl. Kommission (2000) 580 Rn. 1.

9 Vgl. etwa Schwintowski (2003).

tungsstaates zu und setzt diesen von der sektoralen Daseinsvorsorgestaatlichkeit in der Tradition von Ernst Forsthoff scharf ab. Der Begriff der Betrauung – dazu mehr in Abschnitt IV – nach Art. 86 Abs. 2 EGV wird funktional bestimmt; es kommt nicht allein und vorrangig auf den hoheitlichen Übertragungsakt an, sondern auf die Frage, ob Marktvollkommenheiten ausgeglichen werden.

III. Die normierenden EU-Aktivitäten

Nach dem Non-Paper der Kommission vom 12. November 2002 wurde ein Grünbuch vom 21. Mai 2003¹⁰ vorgelegt. Hierzu wiederum liegt eine Auswertung der Kommission über die Stellungnahmen zum Grünbuch als Working paper vor¹¹; ein Weißbuch folgte nunmehr.¹² Eine Rahmenrichtlinie¹³ oder eine sektorbezogene Richtlinie sind möglich. Hierbei zeichnet sich die Regelung des Sektors als Ausnahmebereich infolge einer Freistellungsverordnung durchaus ab. Die Kommission wird daher zunächst den sektorspezifischen Ansatz weiterhin verfolgen; den Nutzen einer horizontalen Rahmenrichtlinie sieht sie angesichts der Kontroversen als wenig nützlich an.¹⁴ Dabei wird die Kommission die besonderen Bedürfnisse und Umstände in jedem einzelnen Sektor berücksichtigen.¹⁵ Die zukünftige Politik wird die EU an dem Art. III-6 des Verfassungsvertrags orientieren. Das Grünbuch streifte nur am Rande soziale Dienstleistungen; deutlich wird aber die Dominanz der funktionellen gegenüber der trägerschaftlichen Institutionensicht. Für die Kommission ist es nicht von Bedeutung, ob eine Leistung von einem öffentlichen, gemeinnützigen oder gewerblichen Träger erbracht wird, sondern ob sie auf einem Markt erbracht wird. Die Marktbezogenheit grenzt nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ab; eine eindeutige Liste dieser Dienstleistungen ist aber wohl kaum zu erstellen. Für die Gemeinwohlorientiertheit dürften Kriterien wie Universalität, Kontinuität, Qualität, Erschwinglichkeit, Nutzer- bzw. Verbraucherschutz u.a.m. von konstitutiver Bedeutung sein.

Die Kommission legt mit ihrem Weißbuch die Schlussfolgerungen dar, die sie aus der Debatte des Grünbuches gezogen hat. Insgesamt ist die Kommission der Auffassung, es hätte sich trotz aller Kontroversen in der Frage der Notwendigkeit eines harmonischen Miteinanders von „Marktmechanismen und Gemeinwohlaufgaben“ ein Konsens herausgebildet.¹⁶ Die Kommission erkennt in den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eine „wesentliche Komponente des europäischen Modells“ an.¹⁷ Sie stellt in diesem Zusammenhang die Zugangschancen aller Bürger zu diesen Dienstleistungen („zu erschwinglichen Kosten“) heraus und verweist auf Elemente wie u.a. „den Universaldienst

10 Vgl. Kommission (2003) 270 endg.

11 Vgl. Kommission (2004a).

12 Vgl. Kommission (2004) 374.

13 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 14 f.

14 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 14.

15 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 15.

16 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 5.

17 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 5.

und die Kriterien der Kontinuität, Dienstleistungsqualität, Erschwinglichkeit und des Nutzer- und Verbraucherschutzes“.¹⁸ Die Kommission betont hierbei die „Erhaltung sozialer und territorialer Kohäsion“. Dabei geht es der Kommission einerseits um die Wettbewerbsfähigkeit Europas als dynamischem, wissensbasiertem Wirtschaftsraum, andererseits um sozialen Zusammenhalt. Bezugnehmend auf Art. 16 EGV und auf Art. 36 der Charta der Grundrechte will die Kommission im Rahmen eines europäischen Modells „die vielfältigen Traditionen, Strukturen und Gegebenheiten der Mitgliedstaaten gewahrt“ sehen.¹⁹ Sie verfolgt dabei Grundsätze besserer Rechtsetzung und das Gebot der regelmäßigen Evaluierung.

Die Kommission verfolgt auf dieser Grundlage die Idee des Gewährleistungsstaates: „Während die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft organisiert oder privaten oder öffentlichen Unternehmen übertragen werden kann, obliegt die Festlegung der Gemeinwohlaufgaben nach wie vor den öffentlichen Instanzen auf der jeweiligen Ebene.“²⁰ Und: Es sei „in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren.“²¹ Die Kommission argumentiert, dass gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV „die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe im Spannungsfall Vorrang vor der Anwendung der Regeln des Vertrags hat.“²² Dies könnte auch Folge der bleibenden Differenz zwischen grundfreiheitlichen und grundrechtlichen Normstrukturen sein, die die Abwägungsmöglichkeiten in Fällen der Kollision betreffen.²³

Hinsichtlich der herausgestellten Sicherstellung des universellen Zugangs verknüpft die Kommission unter Kohäsionsaspekten ihre Position (am Beispiel von Regionen mit äußerster Randlage) unter Bezugnahme auf Universaldienst und Kriterien flächendeckender Versorgung mit der – hier nicht näher darzulegenden – Strukturpolitikproblematik.²⁴ Die Kommission betont dabei die Rolle von Problemregionen, aber auch die von „besonders anfälligen Gesellschaftsgruppen“. Damit bezieht die Kommission explizit eine sozialpolitische Dimension in die Argumentation ein: Denn die Beachtung vulnerabler Gruppen erfolgt unter den Aspekten der Qualität, der Versorgungssicherheit und des Schutzniveaus. „Sonderregelungen für Einkommensschwache“ wären zu treffen.²⁵

Wettbewerbsregelungen im Kontext des Gewährleistungsstaates ziehen so die Notwendigkeit der Regulierung nach sich (ebd.). Die Evaluation wird aber mehrdimensional erfolgen. Bei personenbezogenen Dienstleistungen seien Besonderheiten zu berücksichtigen; beim Rundfunk wird hinsichtlich eines öffentlich-rechtlichen Engagements Raum für die Meritorisierung gegeben.²⁶ Ausgenommen aus der Debatte seien ohnehin die

18 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 6.

19 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 6 f.

20 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 7.

21 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 7.

22 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 9.

23 Vgl. auch Gebauer (2004).

24 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 10.

25 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 12.

26 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 12.

nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen: Was diese angeht, so wird keine Liberalisierung der Dienstleistungen verlangt; die Kommission greift hier nicht „in die Modalitäten der Finanzierung und Organisation ein.“²⁷ Mit Blick auf die freie Wohlfahrtspflege des Dritten Sektors wird aber später (Abschnitt VI) noch darzulegen sein, dass dort die Problematik besteht, dass sich wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Leistungskomponenten oftmals mischen.

Insgesamt muss aber nach Ansicht der Kommission Transparenz, Effizienz und Rechtssicherheit herrschen. Insoweit bleibt es bei der Notwendigkeit der „Modernisierung der Dienste.“²⁸ Die Kommission wiederholt an dieser Stelle nur die Grundstrukturen des europäischen Wettbewerbsregimes; sie erklärt aber Krankenhäuser und den Sozialwohnungsbau zu Ausnahmereichen, „und zwar unabhängig von der Höhe der Kosten.“²⁹ Insgesamt will die Kommission einerseits den „Gemeinwohlauftrag bei Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen umfassend berücksichtigt“ wissen.³⁰ Insbesondere bei Solidarsystemen sieht die Kommission Elemente eines „Europäischen Gesellschaftsmodells“ als gegeben an.³¹ Sie „ermöglichen es dem Bürger, seine Grundrechte wahrzunehmen und in den Genuss eines hohen Sozialschutzniveaus zu gelangen.“³² Andererseits pocht die Kommission auf den Modernisierungsprozess, „um den sich wandelnden Bedürfnis(e)n des Bürgers in Europa besser gerecht werden zu können.“³³

Allerdings wird nicht soziologisch dargelegt, wie die Befundlage zu den Bedürfnissen der europäischen Bürgern konkret aussieht. Dieser Punkt kann hier aber ohne umfassende Darlegung des soziologischen Forschungsstandes kaum geklärt werden. Ohne Belegstruktur soll die These gewagt werden, dass große Teile der Bevölkerung keineswegs Anhänger der Modernisierung des Staates sind.

Solidarität soll sich nach Kommissionsauffassung mit freiwilliger Erbringung paaren; Problemgruppen der Bevölkerung sollen integriert werden. Letztendlich steht die Möglichkeit steuerfinanzierter Leistungssysteme offen. Insgesamt, aber unter Einbeziehung der Gesundheitsdienstleistungen, sei 2005 mit einer Mitteilung der Kommission zu rechnen.³⁴ Verknüpfungen mit der offenen Methode der Koordinierung (OMK) unter evaluationspolitischen Gesichtspunkten werden angedeutet.³⁵

27 Vgl. Ebd.

28 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 16.

29 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 17.

30 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 20.

31 Vgl. Ebd.

32 Vgl. Ebd.

33 Vgl. Ebd.

34 Vgl. Kommission (2004) 374, S. 21.

35 Vgl. Kommission (2004) 304 endg.

IV. Eine Modernisierungsvariante des Ausnahmetatbestandes: Der hoheitliche Akt der Betrauung

Nicht zuletzt im Lichte der Rolle des EuGH ist insbesondere das Problem des Betrauungsaktes in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt.³⁶ Der Begriff der Betrauung nach Art. 86 Abs. 2 EGV ist in den gesamten Argumentationskontext einzuordnen. Art. 82 Abs. 2 EGV bestimmt, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut werden, die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften zwar gelten, aber nur insoweit, wie ihre Anwendung diese Unternehmen nicht an der Erfüllung der ihnen übertragenen gemeinwohlorientierten Aufgaben rechtlich oder tatsächlich hindert. Art. 87 EGV bestimmt, dass alle staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährleisteten Beihilfen, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen und dadurch den Wettbewerb in Europa behindern oder verfälschen, mit dem Gemeinsamen Markt in Europa unvereinbar sind, da sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

Zu klären wird noch sein (Abschnitt VI), ob dieses Regime auch auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten im Sozialbereich übertragbar ist und wem dabei die Definitionsmacht zufällt, die notwendigen Kategorien (allgemeines [wirtschaftliches] Interesse; wirtschaftlich – nicht-wirtschaftlich; Marktbezogenheit) zu bestimmen.

Nach vorherrschender Meinung ist der Ausnahmetatbestand in Art. 86 Abs. 2 EGV eng auszulegen. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer derartigen Ausnahme ist darlegungs- und beweispflichtig. Vereinfacht gesagt liegt der Ausnahmetatbestand vor, wenn anders als im Zuge einer gemeinwohlorientierten Aufgabenfinanzierung durch die Öffentliche Hand die Erledigung dieser Aufgabe unter der Bedingung wirtschaftlicher Überlebensfähigkeit oder finanzieller Stabilität des Unternehmens gar nicht möglich wäre. Die Kontrollfunktion der Kommission beschränkt sich im Fall der Ausgleichs der Mehrkosten allein auf die Missbrauchskontrolle.

Anzusprechen ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtsache Altmark Trans. Diese Entscheidung betrifft insbesondere die Problematik des Ausgleichs gemeinwirtschaftlicher Aufgaben, impliziert aber auch allgemeinere Aspekte zum Bereich der Daseinsvorsorge. Argumentiert wird, dass die Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht von der Örtlichkeit bzw. Regionalität bzw. von der Größe des betreffenden Tätigkeitsbereichs abhängt, sondern vom Ausgleichscharakter in Bezug auf eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, mit der das Unternehmen betraut worden ist. Diese Verpflichtung muss klar definiert werden. Die Parameter der Ausgleichsbestimmung müssen objektiv und transparent sein; der Ausgleich darf nicht darüber hinaus gehen, was erforderlich ist. Benchmark ist ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen, sofern nicht ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden ist.

Die funktionale Sichtweise wird hier deutlich; auch die an die Theorie externer Effekte angelehnte Idee des Gemeinwohls. Die Effekte sind „zuvor“ zu benennen; sie müssen nachvollziehbar, und zwar funktionsbezogen und nicht trägerbezogen sein; sie müssen

36 Vgl. dazu mit Blick auf die Rechtssache Altmark Trans ausführlich und differenziert Wachinger (2004).

europäischen Transparenzrichtlinien entsprechen. Die Betrauung kann Teil eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens sein; sonst muss ein Benchmarking durchgeführt werden.

Der beihilferechtlich nicht relevante Tatbestand einer so konstituierten Ausgleichszahlung für die erzielten Gemeinwohleffekte ist in der Rechtssache Ferring im Urteil vom 22. November 2001 vorbereitet worden. Die vorausgehende und nachfolgende Rechtsdebatte war aber höchst kontrovers.³⁷ Dabei schien insgesamt die Frage des „Ob“ der Möglichkeit öffentlicher Dienstleistungsfinanzierung nicht hinterfragt worden zu sein; vielmehr ging es im Mehr-Ebenen-System Europas um die Kompetenzaufteilung zwischen EU und den Mitgliedstaaten: „Liegt nämlich eine tatbestandsmäßige Beihilfe vor, so muss diese vor Vollzug bei der Europäischen Kommission notifiziert und von dieser genehmigt werden (Art. 88 III EGV).“³⁸

V. Das öffentlich-rechtliche Sozial(kranken)versicherungswesen als Ausnahmereich

Dieser Abschnitt liefert ein wichtiges Vergleichsbeispiel für die Einschätzung der Entwicklungen im freigemeinwirtschaftlichen Sektor. Es interessiert die Frage nach den Rückwirkungen des EU-Rechts auf das nationale Sozialrecht angesichts der zunehmenden Wettbewerbsorientierung in der Steuerung der Dienstleistungssektoren in Medizin, Rehabilitation und Pflege. Die wettbewerbliche Orientierung in zentralen Bereichen des deutschen Sozial(versicherungs)rechts, aber auch als neue Steuerungsmodelle in der Verwaltung, hat die EU-Rechts-Umwelt erst so richtig bedeutsam werden lassen. Sicherlich wirkt sie von sich aus auf Marktorientierung in allen Leistungsbereichen; aber sie wird in dieser Einwirkung auch durch die endogene „Modernisierung“ in den nationalen Systemen induziert. Dabei müssen die bekannten Zusammenhänge der Rückwirkungen des EU-Freizügigkeitsrechts auf die Rechtslage des SGB V (Gesetzliche Krankenversicherung) und SGB XI (Soziale Pflegeversicherung) hier nicht rekapituliert werden. Auch bleiben Erwägungen außen vor, welche Bedeutung das EU-Recht bekommt, wenn – infolge der Wirkung von Modellen der Kopfprämienbildung – die Solidarkomponenten in der GKV in die Steuerpolitik des Staates ausgelagert werden (oder gar der einheitliche Leistungskatalog aufgegeben wird). Genau dieser Punkt ist aber berührt, wenn man sich die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)³⁹ um den nun seit Jahren (nach Urteilen des Bundesgerichtshofs, des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesverfassungsgerichts) anhaltenden Rechtsstreits um die Rechtmäßigkeit der Festsetzung der Arzneimittel-Festbeträge anschaut. Es ging um die Frage, ob die Festbetragsfestsetzungen gegen Art. 81 EGV verstoßen. Falls ja, welche Rechtfertigungen nach Art. 86 Abs. 2 EGV wären möglich? Beide Fragen waren nicht zu entscheiden, da die Ausgangsfragestellung – Sind Zusammenschlüsse von Krankenkassen bei der Festset-

37 Wachinger (2004), S. 57 f.

38 Wachinger (2004), S. 58 f.

39 EuGH 16. März 2004 – Rs. C-264/01.

zung von Festbeträgen Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen im Sinne von Art. 81 EGV? – verneint werden konnte. Nach der vorliegenden Rechtsprechung des EuGH⁴⁰ sind sie es nicht. Damit wird die Besonderheit der gemeinsamen Selbstverwaltung im staatsmittelbaren Sektor anerkannt.

Die Thematik schließt unmittelbar an die bisherigen Ausführungen zum Problem der Daseinsvorsorge an. Denn schon im Non-Paper vom 12. November 2002 geht man von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Demnach ist jegliche Art des Tätigseins „wirtschaftlich“, die darauf abzielt, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Der Erwerbzweck ist dabei unerheblich. Der EuGH folgt diesem funktionalen Unternehmensbegriff. Er ist unabhängig von der Rechtsform und der Finanzierungsart. Krankenkassen fallen aus diesem Raster, denn sie sind Einrichtungen mit Aufgaben von ausschließlich sozialem Charakter; es fehlt die Gewinnerzielungsabsicht; es gilt der Grundsatz der nationalen Solidarität, d.h. der Grundsatz der Solidarität bezieht sich auf die Finanzierung, auf die Leistungsgestaltung und auf die Einbeziehung weiterer Bevölkerungskreise; schließlich werden Beitrags- und Leistungsgestaltung durch den Gesetzgeber geprägt. Hier kristallisiert sich die Möglichkeit heraus, steuerfinanzierte öffentliche Gesundheitssysteme vollständig als Ausnahmereiche des europäischen Wettbewerbsrechts ansiedeln zu können. Das deutsche System der Sozialversicherung weist aber deutliche Beschränkungen im Universalismusgrad der Risikoabsicherung und in der öffentlichen Steuerung auf. Es ist begrenzt solidarisch und vielfachgesteuert, wobei sich die Planungstiefe zunehmend auflöst zugunsten der Einmischung von Elementen der wettbewerblichen Steuerung. Diese ziehen als solidarische Wettbewerbsordnung (etwa in Form von Kassen-Einkaufs-Modellen) allerdings wiederum massive Regulierungen nach sich.⁴¹ Dennoch erklärte der EuGH das deutsche System der gemeinsamen Selbstverwaltung zum Ausnahmesektor. Insbesondere der Risikostrukturausgleich rückt die Kassen zu einer Art von Solidargemeinschaft zusammen. Es wird vom EuGH geschlussfolgert, dass Kassen der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) keine Unternehmen wirtschaftlicher Art sind und nicht im Sinne der Art. 81 und 82 EGV auszulegen sind. Wirksam wird auch das Argument der Beitragssatzstabilität und der fiskalischen Nachhaltigkeit als hohes Gemeinwohlgut im System der sozialen Sicherheit.

Das Solidarprinzip ist es also, dass das Sozialrecht gegenüber der Wirkmacht des europäischen Kartellrechts stärkt. Die Realität dieses Prinzips hilft, zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu differenzieren. Diese ganze Problematik um den nicht-wirtschaftlichen Charakter der GKV-Kassen leitet über zum Thema der Situation der frei-gemeinnützigen Wohlfahrtspflege im Lichte des europäischen Beihilfenrechts. Hier ist die Lage noch komplizierter.⁴²

40 Vgl. nochmals EuGH 16. März 2004 – Rs. C-264/01: Entscheidungen von Zusammenschlüssen von Krankenkassen, mit denen Höchstbeträge für die Kostenübernahme für Arzneimittel festgesetzt werden.

41 Vgl. auch Schulz-Nieswandt (2004b).

42 Vgl. insgesamt dazu Boetticher (2003).

VI. Zur Zukunft des hybriden traditionellen Sektors der Gemeinwirtschaftlichkeit der frei-gemeinnützigen Wohlfahrtspflege

Verbandliche Akteure des frei-gemeinnützigen Sektors der Wohlfahrtspflege haben diese Probleme erkannt und versuchen eine theoretische Neubestimmung des „Dritten Sektors“ zwischen Markt, Staat und Familie. Dabei rekurren sie – wie etwa der AWO-Bundesverband – auf die Kategorie des Sozialkapitals.⁴³ Die Analyse des AWO-Bundesverbandes geht von der These aus, soziale Dienste schaffen soziales Kapital: „Dies erfordert solidarisches Handeln, Eigenverantwortlichkeit, Beteiligung und Vernetzung der Bürger und Bürgerinnen.“⁴⁴ Und: „Es geht sowohl darum, den Einzelnen für das Leben in der Gemeinschaft zu stärken, als auch die Rahmenbedingungen, das Umfeld, so zu gestalten, dass der einzelne sich selbst helfen kann und eine soziale Integration möglich ist.“⁴⁵ Hier dockt die verbandliche Analyse an Forschungsbefunde an, wonach die gesellschaftliche Entwicklung auch abhängig ist von der Netzbildung, von dem Vertrauensklima in der Gemeinde und von der Geltung sozialer Reziprozität. Hiermit wären dann grundlegende Gemeinwohleffekte der frei-gemeinnützigen sozialen Dienste externalitätstheoretisch begründet. Es wird soziale Kohäsion durch Wohlstandsinterdependenzen zwischen den Menschen gestiftet.

Diese Theorieanknüpfungen dienen im vorliegenden Diskurs den Akteuren dazu, die zukünftige Sozialordnung Europas im Sinne eines Sozialmodells gleichberechtigt neben die Erzielung eines effizienten Allokationsraumes treten zu lassen. Die Sozialpolitik der frei-gemeinnützigen Wohlfahrtspflege versteht sich als Teil eines kulturellen Erbes zentraler/zahlreicher Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Diese – eine kohärente Gesellschaft überhaupt erst ermöglichende – Rolle des Dritten Sektors tritt zur Theorie hinzu, wonach Märkte eine institutionelle Einbettung des Marktgeschehens benötigen, wobei zu den Institutionen auch die kulturelle Einbettung zählt. Insofern ist nach der Solidarität und nach lebhaften Prinzipien sozialer Gerechtigkeit als Voraussetzungen effizienten Wirtschaftens zu fragen. Wirtschaft und Gesellschaft sind kulturell eingebettet, wozu auch eine Kultur der Solidarität und somit des sozialpolitischen Handelns gehört.

Die Frage ist, ob sich die freie Wohlfahrtspflege dem EU-Recht ähnlich der bisherigen Entwicklung der solidarischen Sozialversicherung (vgl. oben Abschnitt V) entziehen kann. Eine Antwort wäre: Nein. Es kommt hier nicht zu einer generellen Bereichsausnahme. Das wäre die fachlich vorherrschende Meinung. Politisch – das wäre die zweite Antwortperspektive – bleibt die Entwicklung jedoch noch offen. Eine sektorbezogene Freistellungsverordnung ist denkbar.

Die erste Antwort ist die in Fachkreisen oftmals dominierende Perspektive. Demnach ziehen die direkten Finanzförderungen und die Steuerbegünstigungen nach § 51 ff. AO Konflikte mit dem EU-Wettbewerbsrecht nach sich.⁴⁶ Der freie Sektor hat zwar soziale

43 Vgl. AWO (2003).

44 Vgl. AWO (2003), S. 7.

45 Vgl. AWO (2003), S. 9.

46 Vgl. insgesamt Boetticher (2003), S. 134 ff.

Zwecksetzungen aufzuweisen und es fehlt die Gewinnerzielungsabsicht, doch entfällt nicht vollends der wirtschaftliche Charakter der Tätigkeiten. Insofern wird die Tätigkeit der freien Träger nicht hoheitlichen Systemen oder den solidarisch organisierten Einrichtungen mit ausschließlich sozialer Zwecksetzung gleichzusetzen sein. Allerdings generiert die freie Wohlfahrtspflege im Rekurs auf die Selbstdeutung als Sozialkapitalproduktion Elemente einer kommunitaristischen Solidarordnung. Dies allein jedoch reicht zum generellen Ausnahmetatbestand nicht aus. Die freien Träger müssen sich also mit den Wirkkräften infolge der Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV im Lichte der Art. 4 Abs. 2 EGV und Art. 12 EGV auseinandersetzen. Kurzum: Sie stehen im nationalen und europäischen Wettbewerb. Sie mögen innerhalb dieses Wettbewerbs spezifische kulturelle Haltungen (Kulturen des Helfens) als Teil ihrer Produktionsfunktion einbringen. Der Ausgleich von Gemeinwohlverpflichtungen muss aber entweder im Rahmen von Ausschreibungsregimen oder durch Betrauungsakte einschließlich der dazugehörigen Objektivierungen und Transparenzschaffungen erfolgen. Die Begründung ist offensichtlich: „Rein karitativ und nicht auch Teil des Wirtschaftsprozesses ist nur diejenige Betätigung, die ausschließlich aus privaten Mitteln finanziert wird. Je stärker sich die (Mit-)Finanzierung im ideellen Bereich seitens der öffentlichen Hand einer Vollfinanzierung annähert, desto mehr nimmt dieses Verhältnis den Charakter eines marktlichen Austausch- bzw. Gegenseitigkeitsverhältnisses an und um so eher könnte eine derartige Betätigung auch von einem privat-gewerblichen Träger ausgeübt werden.“⁴⁷ Damit ist das Kriterium der Marktbezogenheit gegeben, und es liegen somit wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor. Die daraus resultierende Betrauungstheorie ist funktional, nicht trügerschaftlich oder gar trägerkulturell orientiert. Die Frage der Bewirkung von Handelshemmnissen ist pragmatisch zu lösen. Entsprechend gilt die Regel der Geringfügigkeit von Beihilfen in bestimmter Höhe in bestimmten Zeiträumen (De minimis Beihilfen). Eine sich anschließende Frage ist, ob und inwieweit gemeinnützige Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen dürfen. Auch hier ist bereits richterrechtlich entschieden worden; das letzte Wort ist aber noch nicht gesprochen. Vielmehr besteht klarer Regelungsbedarf.

Die europarechtliche Skepsis gegenüber staatlichen Beihilfen ist natürlich nicht ohne Evidenz. Ein breites Schrifttum über die Wirkungen von Subventionen im Lichte der ökonomischen Theorie deutet an, dass zunächst strukturpolitisch gut gedachte Interventionen oftmals zu dauerhaften Strukturen der Modernisierungsblockaden gerinnen. Historisch gewachsen, entstand in Deutschland ein strukturelles Verflechtungsgefüge und ein System wechselseitiger Abhängigkeiten zwischen öffentlichen und freigemeinnützigen Trägern sozialer Politik: „Korporatistischen Systemen sind jedoch gerade die Tendenz zur Besitzstandswahrung und der Unbeweglichkeit eigen, sie neigen zu Kurzfristorientierung sowie zu Vereinbarungen zu Lasten Dritter.“⁴⁸

47 Vgl. Boetticher (2003), S. 135.

48 Vgl. Boetticher (2003), S. 16.

VII. Ein vorläufiges Fazit

Eine generelle Rechtfertigung dieser grundsätzlich unzulässigen Beihilfen zugunsten gemeinnütziger Leistungsträger anhand der Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV ist eventuell ausgeschlossen. Mit Blick auf eine Gruppenfreistellungsverordnung bleibt die weitere Entwicklung noch abzuwarten. Auf weitere Details der Anpassung des Gemeinnützigkeitsrechts in Deutschland soll hier nicht weiter eingegangen werden; viele Aspekte sind rechtlich auch noch gar nicht abschließend zu beurteilen.

So soll zu diesem Abschnitt zunächst theseorientiert ein Zwischenfazit gezogen werden. Es wird die These vertreten, dass die bisherige EU-Rechtsentwicklung und die Politik der Kommission trotz eines binnenmarktprojektabhängigen neo-liberalen Kerns der De-Regulierung die Grundidee der öffentlichen Daseinsvorsorge, die Chance zur öffentlichen Definition von Gemeinwohlzielen sowie die Existenz eines gemeinwirtschaftlichen Dritten Sektors zwischen Markt, Staat und Familie als mitgliedstaatliche kulturelle Erbschaften anerkennt. Dies kann am kürzlich vorgelegten Weißbuch zum Thema der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (oben Abschnitt III) – auch im Lichte der Verfassung (vgl. weiter unten Abschnitt VIII) – interpretierend dargelegt werden. Allerdings fordert die EU-Kommission als „Hüterin der Verträge“ ganz im Lichte des Wettbewerbsregimes des EU-Rechts eine Modernisierung der Art und Weise der Wahrnehmung (Umsetzung) des politisch definierten Gemeinwohls. Der Staat wird zum „Gewährleistungsstaat“; er kann nicht mehr ungeprüft als unmittelbarer Leistungsstaat auftreten.

Dies verändert auch die historisch gewachsenen Beziehungen des Staates zum Dritten Sektor der sozialen Dienstleistungen. Wenngleich im Rahmen der bisherigen sektorbezogenen Betrachtungsweise der Daseinsvorsorge durch die EU die weitere Regulationspolitik der EU-Kommission noch offen bleibt – ausgeschlossen ist auch eine Ausnahmeregelung nicht –, so ist dennoch mit einem Modernisierungsdruck in der Erbringung sozialer Dienstleistungen zu rechnen. Der Dritte Sektor wird seine spezifische „Kultur des Helfens“ in neuen Formen einbringen müssen. Dies resultiert aus der EU-rechtlichen Irrelevanz der trägerschaftlichen Unternehmensbetrachtung. Die Produktion sozialer Dienste wird immer stärker in ihrer Marktbezogenheit und damit im Rahmen wettbewerblicher Strukturen zu sehen sein; ungeprüfte kollektive und pauschale Förderungen durch den Staat wird es immer weniger geben können; der Dritte Sektor wird sich auf Projektorientierung, Leistungsvereinbarungen, zielorientierte Verträge u.ä. einlassen müssen. Er muss sich also strategisch vollkommen neu ausrichten lernen.

Der Dritte Sektor wird so eine faire Chance zur Entfaltung und Kontinuität auf der Grundlage neuer Effizienzregime erhalten. Er muss dazu aber einen grundlegenden Wandel in seinen verhaltenswirksamen Haltungen durchlaufen müssen. Hieran können traditionelle gemeinwirtschaftliche Unternehmen scheitern. Eine ganz andere Gefahr besteht eher in einem kulturellen Konvergenzprozess: Durch die Orientierung im Markt mutieren die gemeinwirtschaftlichen zu üblichen erwerbswirtschaftlich orientierten Unternehmen. Es wird daher die große Aufgabe des gemeinwirtschaftlichen Sektors sein, trotz der Modernisierung in der Beziehung zu Markt und Gewährleistungsstaat seine Wertorientie-

rungen zu bewahren, damit dieser Sektor nicht nur zu einem Betriebsformenpluralismus beiträgt, sondern auch zu einem dem sozialen Wandel passungsfähigen Wohlfahrtspluralismus insgesamt.

Kurzum: Die EU ist nicht einfach nur eine Gefahr für die sozialen Dienste des gemeinwirtschaftlichen Sektors, sondern auch eine Chance zur Kontinuität durch Wandel.

VIII. Ausblick: Konfliktpotenziale und die Rolle der Zivilgesellschaft

Was ist aus diesen theoretischen Erörterungen in durchaus praktischer (politischer) Perspektive zu schlussfolgern? Es zeigt sich, dass die Europäische Integration eine sowohl von Interessen wie auch von Ideen geprägte diskursive Auseinandersetzung um die Gestaltungsprinzipien Europas ist. Das ökonomische Subsystem als marktwirtschaftlicher Allokationsraum hat einen Entwicklungsvorsprung und dominiert in Form des Wettbewerbsregimes das ganze Geschehen. Politisch kristallisiert sich im europäischen Mehr-Ebenen-System ein Kompetenzverteilungskampf heraus, der in den Mitgliedstaaten unter Umständen auch auf Kosten kultureller Erbschaften im Sinne historisch gewachsener, kollektiv bislang symbolisch geteilter Sozialordnungen geführt wird. Der diesbezüglich anzuführende Subsidiaritätsartikel 5 EGV zählt nicht, da sich der Konflikt vielmehr als Kompatibilitätsproblem (im Lichte von Art. II-13 der EU-Verfassung) der Vergrundrechtlichungstendenz der ökonomischen Grundfreiheiten (kritisch dazu jedoch Gebauer 2004) einerseits und nationalen Traditionen und sozialen Strukturen andererseits entpuppt. Zwar betont etwa der Art. 136 EGV die „Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten“, stellt diese Achtung aber in Kontrast zur „Notwendigkeit, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der Gemeinschaft zu erhalten“. Und hierbei dürfte der Art. 14 EGV mit Blick auf die quasi heilige Ordnung eines freien Binnenmarktes zentral wirksam sein. Dessen Funktionsimperative dominieren die politischen Traditionen und kulturellen Erbschaften sozialer Strukturen auf unteren (räumlichen bzw. föderalen) Ebenen.

In diesem Lichte betrachtet, muss sich die Zivilgesellschaft an der weiteren Entwicklung Europas als Sozialmodell beteiligen. Erst so kann ein soziales System „Europa“ entstehen, das effizient und wettbewerbsfähig, aber auch durch Solidarität und soziale Gerechtigkeit als kollektiv geteilte kulturelle Erbschaften auf einem öffentlichen und freigeinwirtschaftlichen Sozialkapital aufbaut.

Hierzu könnte eine EU-Verfassung beitragen.

Es zeichnet sich in der EU-Verfassung eine Auffassung von Europa als Gesellschaft ab, die die oben im Kontext von Theorien betonten Merkmale der kulturellen Einbettung und sozialen Kohäsion einschließt. Eine deutungsoffene, zugleich aber auch orientierend-bindende Verfassung kann so Identität schaffen.⁴⁹ Die Spannungen zur gesellschaftsprägenden Binnenmarktidee sind aber auch hier zu spüren. Art. 3 „Die Ziele der Union“ bringt

49 Vgl. auch demnächst Schulz-Nieswandt (2005a). Vgl. aber auch Schulz-Nieswandt (2004a). Vgl. grundsätzlich auch Kingreen (2003).

diese Spannungen in Form einer Hierarchieneigung zum Ausdruck. Betont wird ein „Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“. Eine Wertesynthese zeichnet sich aber sogleich in der Zielformulierung einer „wettbewerbsfähige(n) soziale(n) Marktwirtschaft“ ab. In Art. II-34 (1) erkennt (vgl. mit Bezug auf das Weißbuch Abschnitt III) die Union an und „achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten“ und dies nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Geflogenheiten.⁵⁰ Sofern hier nicht nur der oben diskutierte (deutsche) Fall der Solidargebilde des Sozialversicherungswesens (Abschnitt V) gemeint ist, sondern auch die Erbringung sozialer Dienstleistungen im Zuge der Tätigkeit der freien Gemeinwirtschaftlichkeit, so ist das Thema der Daseinsvorsorge nach nationalen Geflogenheiten unmittelbar angesprochen. Hierbei wiederum ist an die weiter oben bereits angesprochene Argumentation zu erinnern, wonach für die Gemeinwohlorientiertheit Kriterien wie Universalität, Kontinuität, Qualität, Erschwinglichkeit, Nutzer- bzw. Verbraucherschutz u.a.m. von konstitutiver Bedeutung sein dürften. Und gerade hier gilt die wohlfahrtstheoretisch begründete Idee, dass auch dann, wenn Märkte technisch funktionieren (im Gesundheitswesen oder im Bildungswesen sind Märkte als Privatgüter leicht konstruierbar: Kapazitätsbegrenzungen führen zur Rivalität im Konsum und Gebühren/Preise führen zur Ausschließbarkeit vom Konsum), die Marktergebnisse im Lichte gesellschaftlicher Erwägungen nicht wünschenswert (Meritorisierung der Güter) sein können.

Es sei noch angemerkt, dass auch im Rahmen der zunehmend in weiteren Politikfeldern anlaufenden offenen Methode der Koordinierung neben der (politisch augenblicklich wohl dominanten) Orientierung auf die fiskalische Nachhaltigkeit sozialer Sicherungssysteme ebenso die Kriterien der Qualität der sozialen Dienstleistungen und der sozialen Zugangschancen zu den Systemen und Diensten betont werden. Und die beiden letzten Kriterien erweisen sich als Dimensionen, die nur sozial akzeptable Märkte als funktionierende Märkte gelten lassen.

Die EU-Verfassung bündelt somit neuere EU-rechtliche und politische Entwicklungen, die den Sozialmodellcharakter Europas neben dem Binnenmarktprojekt, das mit Europa im Kern seit Anbeginn an verbunden ist, betont. Doch auch die EU-Verfassung lebt von den Spannungen. Trotz aller Betonung von mitgliedstaatlichen Souveränitäten der Definition von Gemeinwohlkonzeptionen, auch gerade im Kontext der Mitteilungen, des Grün- und des Weißbuches der Kommission zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie der Heraushebung der Evaluationsdimension „soziale Zugangschancen“ in der Politik der offenen Methode der Koordinierung bleibt das Sozialmodell im Spannungsverhältnis zur Binnenmarktidee stehen. Art. II-36 „Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ lebt von dieser Spannung. Denn der dort geforderte Einklang mit der Verfassung schließt etwa die sozialen Grundrechte ebenso ein wie das zentrale Binnenmarktprojekt, das keine nicht-tarifären Integrationshemmnisse – wozu Teile der sozialpolitischen Praxis gehören können – akzeptieren darf. In diesem Sinne wird der „Einklang mit der Verfassung“ betont. Damit ist das Spannungspotenzial zum

⁵⁰ Vgl. auch III-6 des Verfassungsvertragsentwurfes.

Binnenmarktprojekt erneut eröffnet. Diese Spannung ist nicht weg zu definieren; sie ist nur zu leben. Das Spannungspotenzial ist Gegenstand eines Balanceaktes Europas als Gesellschaft, als soziales System, definiert als Problem des Zu-, Mit-, Neben- oder Gegeneinanders des wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Subsystems. Das Binnenmarktprojekt, die kulturellen Erbschaften und die politischen Gemeinwohlzielsetzungen gehen eine spannungsreiche Beziehung ein. Nicht unwichtig ist es hierbei zu sehen, dass Art. II-53 „Schutzvorschriften“ die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkennt. An der Hierarchie der Politikbereiche ist aber zuletzt mit Blick auf die Gliederung des Teiles III der Verfassung das auszubalancierende Problem erkennbar. Der Binnenmarkt führt die Systematik der Bereiche an, gefolgt von der Wirtschafts- und Währungspolitik.

Jedoch gilt: Ohne Regulierung und ohne Steuerung oder gar Planung wird es in vielen Versorgungsbereichen gar nicht gehen. Dass lässt auf eine – modernisierte – Zukunft der sozialen Daseinsvorsorge schließen.

Abstract

Frank Schulz-Nieswandt, New Developments in Law and Politics Regarding Social Services of General Interest in the European Union

European union; Public duties of providing and supplying social infrastructure; Regulation; Social services of general interest; Varieties in New Public Management

The paper is discussing new developments of law and politics in the sector of social services of general interest in the EU. The conflictory path between the political acceptance of national definition of public interests and the need of modernization of the modes of production and distribution of the social infrastructure, depending on the common law, will be discussed. The empirical trend from the traditional „Daseinsvorsorge“ to varieties of a New Public Management in realizing public duties will get an important transitional impact from the common law and politics of the European union. But some exceptions in the sector of social services with non-economic characteristics will be possible.

Literaturverzeichnis

- AWO-Bundesverband (Hrsg.) (2003), *Solidardienste und Wettbewerb in Europa*, Bonn
- Boetticher, Arne von (2003), *Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht*, Baden-Baden
- Frankenberg, Günter (2003), *Autorität und Integration, Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt am Main
- Gebauer, Jochen (2004), *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin
- Grimm, Dieter (1994), *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main
- Kingreen, Thorsten (2003), *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Tübingen
- Kommission (2000), *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, vom 20. September 2000, KOM [2000] 580 endg.
- Kommission (2003), *Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse*, vom 21. Mai 2003, KOM [2003] 270 endg.
- Kommission (2004a), *Commission Staff Working Paper, Report on the Public Consultations on the Green Paper on Services of General Interest*, Brüssel, vom 15. März 2004, SEC [2004] 326
- Kommission (2004b), *Mitteilung der Kommission, Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die „offene Koordinierungsmethode“*, vom 20. April 2004, KOM [2004] 304 endg.
- Kommission (2004c), *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, vom 12. Mai 2004, KOM [2004] 374 endg.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2003a), *Eine Charta der sozialen Grundrechte im Rahmen einer EU-Verfassung*, in: *Sozialer Fortschritt*, 52. Jg., Heft 1, S. 23-29
- Schulz-Nieswandt, Frank (2003b), *Eine EU-Verfassung mit sozialen Grundrechten*, in: *Arbeitspapier Nr. 10, Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa*, Frankfurt am Main
- Schulz-Nieswandt, Frank (2004a), *Geschlechterverhältnisse, die Rechte der Kinder und Familienpolitik in der Erwerbsarbeitsgesellschaft*, Münster u.a.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2004b), *Zukunft der gesundheitlichen Versorgung von alten Menschen*, in: *Sozialer Fortschritt*, 53. Jg., Heft 11 + 12, S. 310-319
- Schulz-Nieswandt, Frank (2004c), *Daseinsvorsorge in der EU*, in: *Soziale Dienste angesichts der Europäischen Herausforderung*, hrsg. von Christoph Linzbach u.a., Baden-Baden (erscheint Februar 2005)
- Schulz-Nieswandt, Frank (2004d), *Daseinsvorsorge, soziale Dienstleistungen und Dritter Sektor in der Europäischen Union*, in: *Soziale Dienste in Europa*, hrsg. von AWO-Bundesverband, Bonn, S. 35-44
- Schulz-Nieswandt, Frank u.a. (2005), *Die Genese des europäischen Sozialbürgers im Lichte der neueren EU-Rechtsentwicklungen*, Münster u.a. (i.V.)
- Schulz-Nieswandt, Frank (2005a), *Auf dem Weg zu einem Europäischen Familien(politik)leitbild, Thesen zum komplexen Wandlungsprozess der Überwindung eines arbeitnehmerzentrierten koordinierenden EU-Arbeits- und Sozialrechts* (erscheint demnächst)
- Schwintowski, Hans-Peter (2003), *Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, in: *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, 26. Jg., Heft 3, S. 283-310
- Wachinger, Lorenz (2004), *Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen und Europäisches Wettbewerbsrecht*, in: *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, 27. Jg., Heft 1, S. 56-77