

## **Lektürelandschaft zu den Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse: Relevantes, weniger Relevantes, Überflüssiges**

Die öffentlichen und öffentlich relevanten Dienstleistungen sind weiterhin auf dem Weg zur geteilten Kompetenz. Letztes relevantes Dokument war u. a. der „Qualitätsrahmen“ für DA(W)I (vgl. KOM [2011] 900 vom 20.12.2011). Die EU hat im Lichte von Art. 168 i. V. m. Art. 153 EUV an sich keine eigenständige Kompetenz z. B. im Gesundheitswesen als Teil der nationalen Sozialschutzsysteme. Hier gilt im Grunde das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV. Dennoch hat sich das Gesundheitswesen – wie andere Bereiche der Sozialpolitik auch – zu einem Gebiet der geteilten Kompetenz im Mehr-Ebenen-System der EU als Verfassungsvertragsverbund entwickelt. Und dies liegt in der Dynamik des Binnenmarkt(rechts) begründet. Dem Binnenmarkt korrespondiert ein europäisches Sozialmodell, welches auch mit Bezug auf den Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“ in Art. 3 (3) EUV fundiert ist. Aber der Binnenmarkt ist nach den obersten Rechtsprinzipien der Gleichbehandlung und der Transparenz organisiert und insofern ergeben sich für die nationalen Traditionen der Art und Weise der Sozialschutzpolitik funktionale spill-over-Effekte des Binnenmarktgeschehens auf eben diese nationalen Traditionspfade. Ein erster Richtlinienentwurf, welcher eine Regelung der Problematik des Rechts der grenzüberschreitenden Patientenmobilität (Schulz-Nieswandt 2012, S. 107 f.) bahnt, verdeutlicht diesen Sachverhalt exemplarisch.

Insofern besteht im Vertragstextgefüge der EU eine architektonische Hierarchie: Der Binnenmarkt dominiert, wenngleich das Sozialmodelldenken daneben tritt. Aber die Dominanz des Wirtschaftsraumdenkens wird nicht durch eine neue Dominanz des Sozialraumdenkens abgelöst. Die genaue Grammatik des „daneben Hinzutretens“ ist noch unklar. Ergänzung? Komplementarität? Einbettung? Wird das Wirtschaftssystem mit dem Sozialsystem derart verwoben, dass der Binnenmarkt zu einem dominanten Subsystem eines übergeordneten Denkens einer Wirtschaftssozialordnung (Schulz-Nieswandt 2012) wird?

## **Auf dem Weg zur öffentlichen Daseinsvorsorge durch Gewährleistungsstaatlichkeit**

So schützt das neuere EU-Vertragswesen z. B. zunächst durchaus die (deutsche, verfassungsrechtlich verankerte) Tradition der kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft in Art. 4 (2) EUV, ein Sachverhalt, der etwa für den großen Bereich der öffentlichen, insbesondere der kommunalen Krankenhäuser wettbewerbs- und vor allem beihilferechtlich von Belang ist. Dennoch soll die Art der öffentlichen sozialen Daseinsvorsorge binnenmarkt(rechts)konform erfolgen. Daraus resultiert die ganze Problematik der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse, zuletzt im Lichte des „Qualitätsrahmen(s)“ reguliert. Vor allem der Art. 14 AEUV i. V. m. Pro-

tokoll Nr. 26 fundiert das Recht der EU-Staaten auf Betreiben der sozialen Daseinsvorsorge im Sinne der DA(W)I. Dennoch unterliegen die sozialen Dienstleistungen im Lichte eines EU-rechtlich präferierten Gewährleistungsstaatsmodells dem komplizierten Beihilferegime. Der Staat wird als „Pflichtenheftmanager“ im Sinne eines wohlfahrtsstaatlichen Kontraktmanagers konzipiert, wenn er öffentlichen Aufgaben zur Erledigung an regulierte Märkte delegiert, dabei gemeinwirtschaftliche Aufgabenkomponenten gemäß Art. 106 (2) AEUV durchaus anerkennend. Am Horizont der sozialen Märkte taucht das Modell des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs wie in den ökonomischen Märkten der Public Utilities (vgl. neuerdings hier die Kontroverse um die Liberalisierung der Wasserwirtschaft [Schulz-Nieswandt 2010] im Zusammenhang mit dem [Richtlinienentwurf zum] Dienstleistungskonzessionsrecht).

An diesem Trend zur binnenmarktkompatiblen Gewährleistungsstaatlichkeit ändert auch das soziale Grundrecht des Unionsbürgers auf freien Zugang zu den DAI (Art. 14 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 26) nichts, auch nicht, obwohl genau dieses Grundrecht des Art. 36 der Grundrechtscharta nunmehr in Art. 6 EUV genannt wird.

## **Auf dem Weg zur komplex-hybriden Logik der Sozial- und Gesundheitspolitik im „Binnenmarkt-Sozialmodell“ der EU**

Die gesamte Situation ist höchst hybrider Natur und daher voller Ambivalenzen. Von einem widerspruchsfreien Ordnungsgleichgewicht der Gesamtsituation kann nicht gesprochen werden. Gesundheitspolitik z. B. gehört einerseits zu den weitgehend souveränen Freiräumen der EU-Staaten. Aber die Arten und Weisen der nationalen Governance-Regime müssen andererseits zur Logik des Binnenmarktes (Freizügigkeiten als Grundfreiheiten und entsprechende Gleichbehandlungen sowie Transparenzen) passen.

Dennoch ist das ökonomische Model nicht neo-liberal; die Unionsbürger haben soziale Grundrechte (u. a. auf freiem Zugang zu den DA[W]I und zu den Sozialschutzsystemen), die Sozialschutzsysteme sollen zudem nachhaltig und von hoher Qualität sein (Ziele der OMK). Die EU-Kommission treibt, teilweise im Rahmen einer eigenen exekutiven Rechtschöpfung (und – jedoch widersprüchlich – vom EuGH unterstützt), ein „Privatisierungs-Dispositiv“ (Schulz-Nieswandt 2013) voran; es geht um die Öffnung der Märkte (Wettbewerb „in“ Märkten [auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungsketten] bzw. Wettbewerb „um“ Märkte), aber diese Marktöffnung erfolgt im Rahmen einer regulativen und dadurch erst die Märkte konstituierenden Politik. Regime von Wettbewerbssurrogaten schaffen (Schulz-Nieswandt 2013) erst Quasi-Märkte (Ausschreibung, Betrauung etc.). Rechtliche Regime der Marktschöpfung ersetzen zunehmend Vorstellungen von Marktversagen (etwa bei Risikoselektion), jedoch nicht gänzlich (Schulz-Nieswandt 2011 mit Bezug auf das Monopol der Berufsgenossenschaften).

Institutionelle Wahlfreiheit wird von der EU bislang nicht wirklich geboten. Die Inhouse-Regelungen (auch im Zuge der EuGH-Rechtsprechungen) sind extrem eng. Für gemischtwirtschaftliche Strategien bleibt hier wenig Freiheit. In den Versuchen zu einer neueren Dienstleistungskonzessionsrichtlinie wird erneut deutlich, wie eng die EU-Kommission das Inhouse-Prinzip auslegen möchte, um eine Hegemonie des Denkens im obligatorischen Ausschreibungswettbewerb zu in-

duzieren. Die Verordnung 1370 von 2007, welche die Direktvergabe im ÖPNV ermöglicht, gilt hier wohl als „Sündenfall“ (Schulz-Nieswandt 2013) – strategisch erkennbar auch im Rahmen des 4. EU-Eisenbahnpakets. Offen bleibt in diesem Lichte betrachtet auch die Zukunft der interkommunalen Kooperationen. Unproblematisch scheint die Kooperation zwischen rein-öffentlichen Unternehmen zu sein: Die „Reinheitskultur“ des Inhouse-Prinzips wird von der kommunalen Örtlichkeit zur inter-kommunalen Regionalität nur verschoben. Bei Beteiligung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen liegen die Dinge komplizierter. Hier mag es angemessen sein, auch in bereits ältere Publikationen zu schauen, die relevante Fälle aufdecken:

So z. B. in Sander, Gerald G. (2010): *Spielräume interkommunaler Zusammenarbeit im Rahmen des Europarechts*. In: Sander, Gerald G. (Hrsg.): *Wasser, Strom, Das: Kommunale Daseinsvorsorge im Umbruch. Zum Spannungsfeld von öffentlicher Daseinsvorsorge und EU-rechtlichen Vorgaben. Tagung vom 1. bis 2. Juli 2009 an der Evangelischen Akademie Bad Boll. Hamburg: Kovac, 218 S., hier S. 191-218.*

Kritisch bleibt ferner anzumerken, dass die EU-Kommission wenig Augenmerk auf die Transaktions-, insbesondere Regulationskosten dieser Quasi-Markt-Schöpfungspolitik (sehr kritisch in Schulz-Nieswandt 2013) legt. Es ist zu bezweifeln, ob die EU-Kommission wirklich auf dem Stand der modernen (ordnungs- und steuerungstheoretisch ergebnisoffenen) institutionenökonomischen Forschung argumentiert: Suche die am wenigsten unvollkommene Lösung, die im Vergleich zu anderen unvollkommenen Lösungen die am wenigstens unvollkommene Lösung ist. Hinzu kommt noch die Einsicht in die Relevanz von Meta-Präferenzen und Präferenzen 2. Ordnung: Es geht nicht nur um die soziale Wahl zur Maximierung des Konsumgüternutzenniveaus der BürgerInnen, sondern auch um die soziale Wahl der institutionellen Ordnungen, in denen die Menschen als Wirtschafts-, Staats- und Sozialbürger leben wollen.

Hier ist, wenngleich schon etwas älter, sehr lesenswert: Grosenick, Christin (2009): *Wahl und Gestaltung institutioneller Arrangements in der kommunalen Abfallwirtschaft*. Berlin: wvb, 605 S. Die Arbeit ist (kritisch reflektiert) transaktionskostenökonomisch fundiert und kann, allerdings über die Abschnitte der Wertschöpfungskette hinweg differenzierend, darlegen, dass die Nähe zu politischen Steuerungsaufgaben eher auch eine öffentliche Unternehmung erforderlich macht, während eine diesbezüglich stärkere Abkoppelung natürlich marktorientierte Verselbständigungen plausibilisiert.

Insofern macht dieser Aspekt der Betonung meta-ökonomischer Zielsetzungen bei der Wahl optimaler Arrangements die Arbeit von Stamm, Sina (2010): *Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und zum Prozess der Privatisierung der Deutschen Bahn AG*. Berlin: Duncker & Humblot, 264 S. relevant (vgl. hier S. 235). Es ist interessant, dass in dieser juristischen Dissertation der Universität Potsdam aus dem Jahre 2009 auch ein Verlust demokratischer und staatlicher Steuerung durch die Privatisierung diagnostiziert wird. Trotz der Fokussierung auf die Privatisierung wird jedoch die Verantwortung des Bundes für die Gemeinwohlorientierung der Daseinsvorsorge gemäß Art. 87 e III 3 HS 2 und Art. 97 e IV GG betont. Dieser Gewährleistungsauftrag muss aus Verfassungsgründen eindeutig gesetzlich geregelt werden. Empfohlen wird daher ein Gesetz zur Sicherstellung von Eisenbahninfrastrukturqualität und Fernverkehrsangebot.

Verwandt ausgerichtet und daher lesenswert ist Röber, Manfred (Hrsg.) (2012): *Institutionelle Vielfalt und neue Unübersichtlichkeit. Zukunftsperspektiven effizienter Steuerung öffentlicher*

*Aufgaben zwischen Public Management und Public Governance. Berlin: BWV, 196 S.* Diese Beiträge sind besonders relevant, weil die Bedeutung der kommunalen Wirtschaft größer ist als man eventuell im Lichte zurückliegender Privatisierungszeiten (intransparent erfahrbar in der Gemengelage zwischen Fakten, Diskursen, Wahrnehmungen, Empfindungen etc.) meinen mag. Die statistische Erfassung des Sektors fällt aus methodischen Gründen, die aber selbst wiederum im Wandel der institutionellen und rechtlichen Formen in der Praxis begründet sind, schwer. Vor allem die hybriden Formen öffentlich-privater Kooperationen verkomplizieren den Gegenstand (vgl. daher auch Ambrosius 2012).

Bedeutungsvoll ist daher immer noch die bereits ältere Studie von Richter, Peter u. a. (2007): *Die Bedeutung der kommunalen Wirtschaft. Ein Ost-West-Vergleich. Berlin: edition sigma.* Die Studie, eingebettet in ein studentisches Forschungslernprojekt unter der federführenden Leitung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI) der Universität Potsdam und mit Unterstützung einiger externer Stakeholder, ist zwar von 2007 – und wichtige Literaturverweise sind noch älter – dennoch liegt der (methodische) Wert der Arbeit neben der Aufbereitung der verfügbaren offiziellen Statistiken auch in einer eigenen Fragebogenerhebung. Es wird dadurch deutlich, dass es plausible Gründe gibt, den Sektor quantitativ zu unterschätzen, da viele Aktivitäten kategorial statistisch nicht erfasst werden (vgl. jetzt auch Dietrich 2012).

Wenig verstanden wird in der EU-Politik die (in der neueren politischen Philosophie wieder klar herausgestellte) Notwendigkeit einer *politischen* Güterabwägung zwischen den offensichtlich dominanten Effizienzzielen eines Binnenmarktes und den nationalen, identitätsstiftenden Traditionen einer je spezifischen „Wohlfahrtskultur“ der Daseinsvorsorge.

## **Eine mögliche zukünftige „Fallstudie“: Werkstätten für Menschen mit Behinderungen**

Denkbar wäre, dass die EU-Kommission die Eingliederungshilfe in Deutschland (Schulz-Nieswandt 2013 b) als Ort wettbewerbsverzerrender Beihilfen erkennt. Damit wird die oben skizzierte Logik anschaulich. Denn die Werkstätten stehen deutlich im Marktbezug und sind Unternehmen im funktionellen Sinne (finanziert wird dieser Sektor aus öffentlichen Mitteln [Agentur für Arbeit, Sozialhilfeträger]). Denkbar wäre, dass die „guten Risiken“ (vor allem Fälle seelischer Behinderung) dieser „geschützten Stätten der Produktivität“ in den ersten Arbeitsmarkt übergeleitet werden (was rechtsphilosophisch [Schulz-Nieswandt 2013a] mit Blick auf das Gebot der Inklusion und völkerrechtlich [UN-BRK], angesichts von offensichtlichen „Fehlbelegungen“ infolge der Finanzierungsanreize und der Eigenlogik der Institutionen, ohnehin zwingend wäre) und nur die „aussichtslosen Fälle“ in den Werkstätten verbleiben, deren Produkte aufgrund dieser Risikoentmischung aber einen erheblichen Qualitätsverlust erleiden und als „Bastelbuden“ wohl kaum noch einen relevanten Marktbezug aufweisen würden. Ob dies, rehabilitationswissenschaftlich gesehen, erwünscht ist, ist eine andere Frage. Diese „Rosinenpickerei“ stellt eben eine der Formen des Marktversagens dar; die heilpädagogische Förderung verliert in den fachlich dicht betreuten und produktiv ausgerichteten Werkstätten an gesellschaftlich zugeschriebener Wertschätzung. Dem „ökonomischen Imperialismus“ der Vermarktung werden erneut Absatzmärkte eröffnet; institu-

tionalisierte „moralökonomische“ Lebenswelten außerhalb der Märkte werden erneut marginalisiert.

## Endogenität statt Brüssel als „Epiphanie des Bösen“

Der Wandel hin zu regulierten Quasi-Märkten ist nicht nur exogen durch die EU bedingt; insofern wäre eine reine schuldzuweisende Polemik gegen Brüssel als „Epiphanie des Bösen“ reduktionistisch. Marktöffnungen und Wettbewerbssteuerung sind auch hausgemachte „Modernisierungen“ in Deutschland der letzten „zwei Dekaden“.

Dazu, mit Blick auf die kommunale Verwaltung, vgl. den instruktiven bilanzierenden Überblick über die neuen Steuerungsmodelle als Modernisierungsstrategie von Bogumil, Jörg/Grohs, Stephan/Kuhlmann, Sabine/Ohm, Anna K. (2008): *Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell. Eine Bilanz kommunaler Verwaltungsmodernisierung*. 2. Aufl. Berlin: edition sigma, 342 S. Darauf nur aufbauend, und daher keine neuen Erkenntnisse generierend, die (Abschluss?-)Arbeit von Hoopmann, Florina (2012): *Verwaltung zu Markt getragen. Das neue Steuerungsmodell und seine Umsetzung in den Kommunen*. Marburg: Tectum, 181 S. – eine Arbeit, die hier in die Kategorie des „Überflüssigen“ fallen muss.

## Offenheit der öffentlichen Wirtschaft für Kritik ist notwendig

Schließlich muss auch betont werden, dass bei einer kritisch-ablehnenden Haltung der Wissenschaft von der öffentlichen Wirtschaft gegenüber dem EU-Privatisierungs-Dispositiv (Schulz-Nieswandt 2013; 2010) dennoch eine Offenheit des Sektors für Kritik notwendig ist. Wenn es nicht der Stachel des wettbewerblichen Marktes sein soll, der Wandlungsfähigkeit, Innovativität und permanenten Modernisierungsdruck induzieren soll, so bleibt nur eine intrinsische Orientierung an der Idee sozial lernender Institutionen. Doch das ist nicht trivial.

So ist Social Responsibility von Unternehmen im Sinne eines korporativen Bürgerschaftsverhaltens auch von Unternehmen in eigentumsrechtlich öffentlicher Trägerschaft nicht a priori selbstverständlich und muss erlernt, gepflegt und transparent zum Ausdruck gebracht werden. Vgl. dazu etwa die Studie von Witte, Sonja (2010): *Die soziale Dimension Europas. Soziale Verantwortung öffentlicher Unternehmen*. Frankfurt am Main: Lang, 120 S. Die Arbeit bezieht sich auf das DISCERNO-Projekt (2005-2010) des CEEP, zurückgehend auf eine Initiative der EU-Kommission. Eine entscheidende Frage ist: Wie viel CSR ist bei öffentlichen Unternehmen geboten? (Dazu siehe auch Sandberg/Lederer 2011).

Auch ist eine sozialpsychologische Anmerkung zum Management notwendig. Öffentliche Wirtschaft kann (sollte) von der Gesinnung her Gemeinwirtschaft sein. Trägerschaftlich gesehen gehört die öffentliche Wirtschaft der Sphäre der politischen Herrschaft an. Ausdruck dieser Konstellation ist das öffentliche Unternehmen in seiner Instrumentalfunktion des Staates und seinen (föderalen) Gebietskörperschaften. Und auch in diesem Lichte ist die angemessene „Dienstgesinnung“ nicht immer gegeben und/oder automatisch gewährleistet.

Vgl. daher auch die sehr interessante sekundärstatistische und primärempirische Studie von *Mualem Sultan, M. (2011): Migration, Vielfalt und Öffentlich-Rechtlicher Rundfunk. Würzburg: Königshausen & Neumann, 182 S.* Der ÖRR kommt mehrfach seinen Aufgaben nicht optimal nach. Das gilt für das medial vermittelte Bild der Migrationsproblematik, das gilt aber auch für die Repräsentanz von MigrantInnen im Rahmen der Personalpolitik von ARD und ZDF sowie in den Aufsichtsräten. (Zur Rundfunkregulierung vgl. auch Wenzel 2012).

Es gibt andere Aspekte, an denen erforderliche Lernprozesse deutlich werden. Und auch hier mag die Lektüre einer bereits älteren Arbeit von exemplarischer Bedeutung sein.

So wird es notwendig sein, den ÖPNV aus seiner ambivalenten Darstellung in den visuellen Welten (Film, Werbung etc.) herauszuholen und im Rahmen eines binären kulturellen Codes dem positiv dargestellten privaten Poles „Auto-Privatheit-Flexibilität-Freiheit“ einen positiven öffentlichen Pol ÖPNV entgegenzustellen. Vgl. dazu *Gegner, Martin (2007): Das öffentliche Bild vom öffentlichen Verkehr. Eine sozialwissenschaftlich-hermeneutische Untersuchung von Printmedien. Berlin: edition sigma, 229 S.* – eine auch methodologisch (bildwissenschaftlich) sehr spannende Arbeit.

## Ausblick

Wer eine umfassend orientierende Abhandlung auf höchstem Niveau benötigt, der sei auf die Habilitationsschrift von *Krajewski, Markus (2011): Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen. Berlin: Springer, 630 S.* verwiesen. Hier wird das ganze Problem der rechtlichen Rahmen für Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse (im Binnenmarkt) im Kontext der normativ-rechtlichen Regime im politischen Mehr-Ebenen-System und im Lichte vielfältiger Normierungsakteure entfaltet. In der ZögU wird diese rechtsdogmatische und dennoch zugleich für die Praxis das komplexe Politikfeld relevant strukturierende Werk Arbeit jedoch demnächst noch gesondert besprochen.

## Sekundärliteratur

- Ambrosius, G. (2012): Hybride Eigentums- und Verfügungsrechte. Öffentlich-rechtliche Kooperationen in systematisch-theoretischer und historisch-empirischer Perspektive. Berlin: BWV.
- Dietrich, I. (2012): Öffentliche Unternehmen in Deutschland. Eine Analyse von Mikrodaten der amtlichen Statistik. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam.
- Sandberg, B./Lederer, K. (Hrsg.) (2011): Corporate Social Responsibility in kommunalen Unternehmen. Wirtschaftliche Betätigung zwischen öffentlichem Auftrag und gesellschaftlicher Verantwortung. Wiesbaden: VS.
- Schulz-Nieswandt, F. (2010): Öffentliche Daseinsvorsorge und Existenzialismus. Eine gouvernementale Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Wasserwirtschaft. Baden-Baden: Nomos.
- Schulz-Nieswandt, F. (2011): Berufsgenossenschaften und Europarecht. Eine sozialökonomische Analyse. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulz-Nieswandt, F. (2012): „Europäisierung“ der Sozialpolitik und der sozialen Daseinsvorsorge? Eine kultursoziologische Analyse der Genese einer solidarischen Rechtsgenossenschaft. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulz-Nieswandt, F. (2013): Das Privatisierungs-Dispositiv der EU-Kommission. Das ontologische Existenzial der Daseinsvorsorge, die sakrale Doxa des Binnenmarktes und die „kafkaistischen“ Epiphanien der Regulationskultur. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulz-Nieswandt, F. (2013 a): Der leidende Mensch in der Gemeinde als Hilfe- und Rechtsgenossenschaft. Berlin: Duncker & Humblot.

- Schulz-Nieswandt, F. (2013 b): Strategische Übergangspfade in die Zukunft. Zwischen neuen Rechtsideen, sozialem Wandel und Ökonomik des Sozialstaates. In: Josefs-Gesellschaft Köln (Hrsg.): JG-Gruppe 2.0. Inklusion gestalten. Köln: Josefs-Gesellschaft, S. 28-37.
- Wenzel, C. (2012): Selbstorganisation und Public Value. Externe Regulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.