

**Frank Schulz-Nieswandt**

## **Europäisierungsprozesse sozialer Daseinsvorsorge und angrenzende Fragen. Neuere Literatur zu einem dynamischen Prozess zwischen Kontinuität und Wandel**

Europäisierung ist keine Frage mehr, deren Beantwortung offen ist. Diese apodiktische Stellungnahme hängt natürlich von der Definition von „Europäisierung“ ab. Versteht man unter diesem Phänomen die Herausbildung der gemeinsam geteilten Kompetenz in den jeweiligen – d. h. jeweils interessierenden – Politikfeldern im Rahmen des vertikalen und horizontalen Politikverflechtungszusammenhangs im europäischen Mehr-Ebenen-System (Schulz-Nieswandt 2011 b), so dürften massive Europäisierungsprozesse, eben auch in der sozialen Daseinsvorsorge (im Schnittbereich zur Sozialpolitik insgesamt, etwa nachvollziehbar mit Bezug auf das Thema wohnortnaher Pflegeinfrastruktur für ältere Menschen: Deutscher Verein 2011) zu beobachten sein. Und dieser Prozess zeugt von einer gewissen Diffusion in Breite und Tiefe. Verschiedene Sektoren und rechtsmateriell organisierte Politikfelder sind zunehmend betroffen.

Im Heft 3 der ZögU (Schulz-Nieswandt 2011 c) habe ich dies an dem Druck zur Marktöffnung und zur Leistungserstellungsproblematik der deutschen Berufsgenossenschaften kritisch (also abschlägig) demonstriert (Schulz-Nieswandt 2011 a). Mit einem Fokus auf die Liberalisierung der Wasserwirtschaft (Hüesker 2011) habe ich an anderer Stelle eine fundamentale, existenzialanthropologische Kritik an der Privatisierung formuliert, um nicht nur die Idee der Gewährleistungsstaatlichkeit zu begründen, sondern ich habe transzendierend die Möglichkeit der direkten öffentlichen Bewirtschaftung existenzialer Grundbedürfnisse infrastruktureller Art im räumlichen Dasein der Menschen (Schulz-Nieswandt 2011) eingefordert (zur Genealogie des Staates: Roth 2011).

Diese Positionierung gibt den Referenzrahmen für die nachfolgenden Problemskizzen und Erörterungen mit Bezug auf neuere Literatur ab.

### **Pflichtversicherung – ein zentrales Problem angesichts von Marktversagen**

Bei der angesprochenen Liberalisierung der deutschen Berufsgenossenschaften spielte die Diskursfigur der Pflichtversicherung keine Rolle. Es ging um die Vertragsfreiheit zwischen Versicherungsanbietern und Unternehmen auf der Basis einer Pflicht zur Versicherung, aber eben jenseits einer Zwangsversicherung im sog. Monopolssystem der deutschen Berufsgenossenschaften. Zur vertieften Diskussion des Problems der Pflichtversicherung liegt nun die Dissertation von

Hedderich vor, die an der Albert-Ludwig-Universität Freiburg im SS 2010 an der Juristischen Fakultät angenommen wurde: *Katharina Sophie Hedderich, Pflichtversicherung, Reihe Studien zum Privatrecht 11, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, XXVIII, 497 S.*

Aus meiner (daseinsanthropologisch und existenzial-personalistisch gedachten Position heraus sympathisch formuliert ist der Start: „Das Leben ist voller Risiken.“ (S. 1) In der Tat ist dieser daseinsanthropologische Ausgangspunkt ebenso ubiquitär wie die institutionelle Modalität ihrer Bewältigungspraxis (denn etwa Gilden finden sich bereits im vorchristlichen altorientalischen Raum im urbanen Raum der nach-neolithischen Hochkulturbildung, später natürlichen im hellenistischen Kontext als Kultgenossenschaften in vereinsrechtlicher Form, dann im christlichen Gemeindeleben und im europäischen Mittelalter): „Ihnen (den Risiken – S.-N.) begegnen die Menschen vielfach mit dem Abschluss einer Versicherung.“ (S. 1), womit wir rechtsgeschichtlich (vorchristlich-altorientalisch ebenso wie christianisierend-mittelalterlich) mitten im Wechsel- und Zusammenspiel der Prinzipien der Genossenschaft und der Herrschaft (Schulz-Nieswandt 2003) sind, vor allem dann, wenn es um die funktional notwendige staatliche Regulierung der Versicherungspraxis geht.

Das Arbeitsziel bei Hedderich lautet: „Die vorliegende Abhandlung untersucht, in welchen Situationen die Statuierung von Pflichtversicherungen rechtlich zulässig und zweckmäßig ist, inwieweit Pflichtversicherungen gesetzlicher Ausgestaltung bedürfen und was die Einführung einer Pflichtversicherung für die Beteiligten, insbesondere Versicherungspflichtige und Versicherer, aber auch Dritte und den Staat bedeutet. Ausgehend von den der staatlichen, (damit herrschaftlichen, aus binärer Sicht: gegenüber dem privaten eben öffentlichen) Anordnung einer Pflichtversicherung zugrunde liegenden Motiven versucht sie, eine Systematik sowie Anforderungen an die Gestaltung der Pflichtversicherungslandschaft in Deutschland zu erarbeiten.“ (S. 2 f.) Und genau dies führt Hedderich über die gesagte Länge der Dissertation feingliedrig durch.

Genau dies ist der Grund, dass hier nun natürlich nicht alle Aspekte aufgegriffen und alle Details erörtert werden können. Hedderich führt in die Thematik fundiert ein (S. 4 ff.), gibt einen historischen Entwicklungsüberblick (S. 12 ff.), ebenso einen komparativen Blick in das Ausland (S. 42 ff.) und geht dann über zur Formulierung von Thesen zur Fundierung der systematischen Analyse (S. 94 ff.). Diese ganze, fast schon (wie ich es schätze) sozialwissenschaftlich anmutende Architektur kann Gefallen finden. Kapitel 5 handelt dann die soziale Gebildetypik der Sozialversicherungen ab, das längere Kapitel 6 beschäftigt sich mit verfassungsrechtlichen Aspekten der Anordnung einer Pflichtversicherung, das ebenfalls lange Kapitel 7 beschäftigt sich mit dem Thema der Drittschützenden Pflichtversicherung, Kapitel 8 handelt über obligatorische Eigenversicherungen, Kapitel 9 bietet eine Zusammenfassung und die Darlegung der Ergebnisse.

Zentral im Rechtfertigungsdiskurs für Hedderich ist die Differenz der Logik einer Bedarfsbewirtschaftung (wie ich es nennen möchte) im Rahmen einer Eigenversicherung oder im Fall von Drittschützenden Pflichtversicherungen (These 1 S. 94). Von daher versteht man auch die soeben skizzierte Gliederungsarchitektur. Diese Differenzbildung scheint mir rechtsphilosophisch plausibel zu sein (allerdings mit Blick auf die rechtsphilosophische Diskursgeschichte auch nicht wirklich neu), gestaltet sich, wie ich das ausdrücken möchte, das (ethisch wie auch marktversagenstheoretisch relevante) Problem der Externalitäten (definiert als direkte Interdependenzen von Nutzenfunktionen) jeweils anders. Hedderich schlussfolgert daher zwingend einen höheren Regulierungsbedarf im Fall der Externalitäten für Dritte (These 3 S. 96). Die weiteren Thesen kon-

kretisieren ansatzweise diesen Regulierungsbedarf. These 8 lässt den zur Pflichtversicherung komplementären Kontrahierungszwang nur als Ausnahme zu (S. 99). Allein dieser Punkt bedürfte vertiefter Reflexion. Die Rechtfertigung von Kontrahierungszwängen hängt mit der gesellschaftlichen (damit Moral-abhängigen und auf die Kulturbedeutung der Themen bezogenen) Wert-schätzung der Gewährleistung der Bedarfsdeckungschancen mit Blick auf die sozialen Risiken im Lebenslauf zusammen. Und hier spielen grundrechtliche Fragen der Sicherstellung von Zugangschancen und der Vermeidung von anbieterseitigen Risikoselektionen eine entscheidende Rolle. Nachfrageseitige Selbstselektionen werfen dagegen wiederum meritorischen Analyse- und Interventionsperspektiven auf.

Hedderich zieht das Fazit so, dass nun diese Sicht der Dinge natürlich den Sachverhalt voraussetzt, dass es auch tatsächlich Versicherungsangebote am Markt gibt und das Risiko aus Sicht der Versicherer überhaupt als versicherbar gilt (S. 458). Kurz: Systemisches Marktversagen totaler Art besteht nicht. Wenn diese der Fall wäre, läge der gesamte Problemfall radikal nochmals anders. Hier müsste dann zwingend eine staatliche Lückenbüßer-Lösung präferiert werden. Ferner muss der Tatbestand vorliegen, dass eine freiwillige Versicherungslösung nicht effektiv möglich ist (was auf partielles allokatives Marktversagen, auch meritorischer Art [fehlende Versicherungsbereitschaft: S. 468] verweist, wie ich es interpretierend formulieren möchte). Die Prämienbelastung darf dabei „den Rahmen des Tragbaren und Zumutbaren nicht überschreiten.“ (S. 459), was wiederum auf distributives Marktversagen, wie es genannt werden sollte, verweisen kann).

Sozialstaatstheoretisch ist dies eine recht moderate Position, die die Verfasserin aufzeigt. Ich deute an, wie das Problem theoretisch weiter und tiefer zu denken ist: Das ernst zu nehmende Thema der Meritorik ist anschlussfähig für komplexe Theorien der gesellschaftlichen (Definitions-)Konstruktion von sozialer Wohlfahrt; und das Problem der Allokation ist immer teleologisch, d. h. auf Ziele (Verwendungszwecke der Ressourcen) bezogen. Zwecksetzungen können aber über die Konsumgüterpräferenzen hinaus von höherer (Meta-)Beschaffenheit sein. Wir kommen hier in das komplizierte Gelände des Argumentierens in Präferenz(güter)typen erster und zweiter Ebene. Zu den finanzsoziologisch anmutenden Ausführenden zu „versicherungsfremden“ Zwecken im Rahmen von Staatsinteressen kann man geteilter Meinung sein. Das Thema der Versicherungsfremdheit ist epistemologisch kompliziert, hängt der Sinn organisationsmorphologisch natürlich immer von den politisch gesetzten Zielen ab; und diese ist ohne kulturelle Konstruktion von Wertigkeiten nicht zu haben. Das ist institutionenmorphologisch, auf den politisch gesetzten und „gesetzten“ Sinn abstellend, ein eigenkomplexes Thema der Hermeneutik sozialer Zweckgebilde. Fremdheit setzt, systemtheoretisch, auch schon paläoanthropologisch mit Blick auf die Dipositivitäten binärer Codes von „Innen“ und „Außen“, immer eine vorgängige Identitätsfindung voraus (vgl. Schulz-Nieswandt 2012). Definiert man Sozialversicherung redistributionslogisch als genuin auf Gabestatus von Nettozahlern und (vertikale wie horizontale) Reziprozitätsprozesse, die intertemporal-intrapersonal, aber auch inter-personell-intra-temporal nicht ausgeglichen sein müssen, ab, so ist die Umverteilung nicht nur nicht versicherungsfremd, sondern geradezu wesenkonstitutiv.

Insgesamt ist der Verfasserin unbeachtet dieser meiner theoretisch vertiefenden Einlassungen vollends zu folgen (S. 469 f.): Eingedenk der Freiheitsbeschränkungen ist die Idee der Pflichtversicherung gut begründet, effektiv und insgesamt sorgfältig-sensibel für die angedeuteten Zielkonflikte einzusetzen.

Passend zu diesem Themenkreis liegt eine Studie von *Wallrabenstein* vor: *Astrid Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, Reihe Jus Publicum 186, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, XXI, 481 S.* Die Arbeit wurde im WS 2007/2008 an der Justus-Liebig-Universität Gießen im Fachbereich Rechtswissenschaft als Habilitation angenommen. Ausgangspunkt war die beobachtbare Kritik am Äquivalenzprinzip, die viele Monographien der Sozialversicherung zugrunde legten (S. V).

## Versicherungswesen und Umverteilung: Rechtfertigungsdiskurse

Wallrabenstein hat völlig Recht, wenn sie argumentiert, die Begriffsbestimmung sei das zentrale Problem und daher jede apriorische begriffliche Engführung falsch (S. 2). Das ist keine rein nominalistische Perspektivität. Es geht substantialistisch um die Einsicht, dass die Rationalität der Problembestimmung von vorgängigen Anschauungen grundsätzlicher Art, die Seinsverfassung der menschlichen Existenz betreffenden Annahmen abhängt. Ich habe das soeben an meiner Position einer morphologisch genuinen Sozialversicherungsbegrifflichkeit angedeutet. Doch ich bleibe bei der Perspektive des Verfassers: Ausgangspunkt ist die Idee des Sozialstaates als solche; seine Formbestimmung hinsichtlich der Art und Weise der Bewältigung sozialer Probleme (parallel argumentierend, wie ich hier betonen möchte, zur Differenz der institutionellen und der funktionellen Sicht der Gewährleistung von Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse) sei offen (Schulz-Nieswandt 2011 b): „Fest steht dabei nur, dass diese Finanzierung (der Risiken – S.-N.) nicht dem Einzelnen allein überlassen wird.“ (S. 2)

Diese neu eröffnete Sicht auf die ganzen Dinge wird auch historisch hergeleitet, wobei es um die strukturgeschichtliche Fragen der Trennung und der Interpenetration von „Staat“ und „Gesellschaft“ (ein nun wirklich geradezu klassisches, sozialgeschichtliches wie ideen- und begriffsgeschichtliches Thema mit vielen Variationen der Einschätzung) geht, wobei sich darlegen lässt, dass es weniger um das Recht zur staatlichen Gestaltung überhaupt, sondern um das „Wie“, also um die modalen Formen, geht (S. 5).

Auf dieser Abstraktionsebene stimme ich zu, zumal ich oftmals ähnlich argumentiert habe. Die Verfasserin kann nun zeigen, dass es im Kern um die Rechtfertigung der Abweichungen von „dem streng individualistischen Risikoäquivalenzverhältnis(es)“ (S. 5 f.) geht. Fragen um gerechte Prämien oder gerechte Belastungen durch Beiträge sind Fragen der Rechtfertigung von Umverteilung (S. 6): „Die Ausgestaltung der Privatversicherung und der Sozialversicherung lassen sich auf dieser Grundlage als unterschiedliche Regulierungsregime zur Verwirklichung im Kern vergleichbarer Gewährleistungsziele verstehen.“ (S. 6) Dabei verabschiedet die Verfasserin die Argumente der Schutzbedürftigkeit und der Solidarität im Rechtfertigungsdiskurs (S. 6); diese Kategorien dienen nach Ansicht der Verfasserin nur dazu, die Grenzen (in) der Sozialversicherung aufzuzeigen: „Zur Rechtfertigung von Umverteilung tragen beide Argumente nicht.“ (S. 7)

Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeitsargumentation teile ich diese Sicht. Sie entspringt liberal(istischen) Vorurteilen gegen die Staatstätigkeit und bleibt ewig arbiträr bei der konkreten Bestimmung der monetären Schwellenwerte. Liberalismus ist als puristische Sozialströmung (weiter unten spielen Sozialströmungen nochmals eine Rolle) nicht überzeugend ordnungsbildend. Der Synkretismus von Liberalismus, Konservatismus und Sozialismus, begrifflich hier gar

nicht unbedingt aus religionsgeschichtlichen Diskurskontexten zwingend zu lösen, scheint überzeugender zu sein, geht es doch um ein schwieriges Balance-Management von normativen Eckpunkten.

Über das Argument der Solidarität ließe sich vielleicht doch mehr sagen, sofern man die vielfältigen neueren Debatten aus der Anthropologie der Liebe und Gabe, der trans-utilitaristischen Art der Reziprozität, der altruistischen Dispositionen (rational angesichts von Nutzeninterdependenzen oder als paläoanthropologische Dispositionen, der der kulturellen, Empathie-gestützten Aktualisierung und Überformung bedürfen: vgl. auch in Schulz-Nieswandt 2010; Schulz-Nieswandt 2012) rezipiert. Aber überfordern wir die juristische Arbeit nicht in multi-disziplinärer Orientierung! Wertigkeiten von Arbeiten hängen immer vom Referenzsystem ab. Ich selbst habe hohe Ansprüche an Multi-Disziplinarität. Mit einer solchen Perspektive gelangt man natürlich auch zu anderen Einsichten als es Einzeldisziplinen vermögen. Zu schätzen sind dennoch selbstverständlich auch die Erträge einzeldisziplinärer Vertiefungen.

Allerdings münden Rechtfertigungsdiskurse zur Umverteilung schnell in politische Philosophie und Rechtsphilosophie, die in praktische Philosophie der Ethik übergleiten, so dass Überlegungen zur Ontologie der menschlichen Seinsverfassung und Konturierungen zur *conditio humana* aus Sicht einer philosophischen Anthropologie deutlich notwendig werden (Darlegungen dazu umfassend in Schulz-Nieswandt 2010; Schulz-Nieswandt 2012).

Die Ergebnisse der Arbeit machen, so die Verfasserin, deutlich, dass das Thema eine Auseinandersetzung mit der ökonomischen Analyse der Funktionsfähigkeit von Versicherungsmärkten erfordert (S. 423). Hierbei kristallisieren sich Regulierungsfragen heraus. Die Verfasserin argumentiert hier, wie oben schon angedeutet, gewährleistungsstaatstheoretisch mit Blick auf funktional notwendige, aber modal (also institutionenmorphologisch) differentielle Regulierungsregime. Das vorherrschende privatversicherungsrechtliche Äquivalenzverständnis zwingt zumindest zu starken Interventionen des Staates, (allerdings) um Umverteilung zu vermeiden. Sozialversicherung bedarf daher der besonderen Legitimation – orientiert man sich an diesem Referenzsystem. Monetäre (dabei weitere Externalitäten aus die Betrachtung ausklammernd) Umverteilungen werden nun von der Autorin aus Gemeinwohlüberlegungen der Politik begründbar definiert (S. 424). (Abwehrrechtlich codierte) Grundrechte dienen dabei verfassungsrechtlich als Korrektiv. Gewährleistungsstaatlichkeit und Funktionsfähigkeit der Regime stellen hierbei Eckpunkte eines politischen Balance-Managements dar.

Um zu diesem Ergebnis einer Rechtfertigung aus Gemeinwohlbelangen zu kommen, entfaltet die Autorin das ganze Argumentationsgebäude gliederungsarchitektonisch komplex, vielschichtig und in tiefer Differenzierung. Doch bleiben Fragen spannender Art. Was ist denn nun das Gemeinwohl (S. 388 ff.), aus dem heraus prinzipiell gerechtfertigt werden kann und muss? Ich gehöre nicht zu den Gegnern einer solchen Gemeinwohlargumentation. Aber hier muss Positives geleistet werden, um überzeugend zu sein. Hier beginnt erst die Notwendigkeit einer politischen Theorie öffentlich gewährleisteter Güter, wie sie etwa aus der deutschen (Weisser'schen) Gemeinwirtschaftslehre bei Theo Thieme, meinem akademischen Lehrer relativ weitreichend fundiert worden ist. Doch damit würden wir uns der Politikwissenschaft im Schnittbereich zur Rechtsphilosophie zuwenden; die angesprochene Auseinandersetzung der ökonomischen Theorie (des Marktversagens) ist von derartigen Herausforderungen aber angesichts kryptischer Philosopheme (oder gar Theologeme) keineswegs frei.

Ein anderer Aspekt berührt offene Fragen zur Rolle der Grundrechte. Werden diese nicht nur negativ als bürgerliche Abwehr- und Schutzrechte behandelt, sondern positiv (im Sinne einer Theorie distributiver Gerechtigkeit, die auf Chancengleichheit abstellt) im Lichte neuerer sozialer Vergundrechtlichungstendenzen (vor allem europarechtlicher Art, aber auch trans-europäischer völkerrechtlicher Art, wie im Fall der teilhabetheoretischen UN-Behindertenrechtskonvention), so gestaltet sich das Problem nochmals komplexer. Einerseits verstärkt sich der Aspekt der Pflicht zur Gewährleistungsstaatlichkeit, andererseits kann das Freiheitsverständnis eine akzentuierende Metamorphose erfahren: Freiheit wäre nicht einfach nur und immer „gegen“ den Sozialstaat als Form des Rechtsstaates, sondern „in“ und „durch“ bzw. „mit“ ihm zu denken.

Das ist jedoch eine andere als die übliche Ontologie des Politischen (Schulz-Nieswandt 2011). Das wird vielen anders positionierten Personen nicht „schmecken“, ist aber eine durchaus humanistische Position bei entsprechender Fundierung aus einer existenziellen philosophischen Anthropologie, die „Freiheit in Geborgenheit“, relative Autonomie in kultureller Einbettung und die Personalität immer als politisch verfasste Existenz im Gemeinwesen versteht. Das sind alles schwierige Begriffe, die hier nicht ausdiskutierend dargelegt werden können (Schulz-Nieswandt 2012). Wichtig scheint es mir, dass überhaupt derartige kritische Referenzsysteme etabliert werden. Liberal an ihnen ist es, dass es um freie Entfaltungen der Personen (nicht von abstrakten Individuen als souveräne Subjekte) geht; konservativ betone ich dabei die Unhintergebarkeit der kulturellen Einbettung der Akteure. Sozialistisch ist die Betonung der Chancengleichheit und die Nicht-Verzichtbarkeit auf re-distributive Interventionen.

Der Blick hat sich somit bereits auf die neuere Debatte der Grundrechtstheorie verlagert. Hier hat sich eine sehr rapide Dynamik aus Sicht des Europarechts entfaltet, was neue Freiheitsgrade der Diskussion eröffnet, aber zugleich auch Engführungen durch die Dominanz der Binnenmarktlogik in der Beziehung zur Unionsbürgerschaft und den sozialen Begleit(grund)rechten. Ich ziehe hier die Studie von Stewen heran: *Susanne Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner Begleitrechte, Reihe Jus Internationale et Europaeum 50, Tübingen: Mohr Siebeck, XX, 287 S.* Es handelt sich um eine juristische Dissertation der Universität Bayreuth, die im WS 2008/2009 erfolgte.

## Binnenmarkt und Grundrechte

Einleitend skizziert die Autorin das komplexe Mehr-Ebenen-Multi-Akteurs-Gefüge der Dynamik des europäischen Rechts, dass integrationsfördernd, aber auch konstitutionalisierend und rechtsvereinheitlichend wirkt und eine Fülle von Fragen aufwirft. Das Thema der Europäisierung der Sozialpolitik wird hierbei deutlich benannt (S. 4 f., vor allem auch S. 6 f.). Die Arbeit „unternimmt den Versuch einer dogmatischen Einordnung der vom EuGH ausgelösten Kräfteverschiebung, oder allgemeiner und in der Terminologie der deutschen Verfassungslehre, eines sich möglicherweise andeutenden Verfassungswandels in der Europäischen Union.“ (S. 7) Kurzum: Das Freizügigkeitsrecht zieht soziale Begleitrechte nach sich. Dabei steht die Primärverrechtlichung des Freizügigkeitsrechts im engen Zusammenhang mit der Herausbildung der Unionsbürgerschaft. Daraus erklärt sich die Gliederungsarchitektur der Dissertation. Kapitel 1 legt das Thema der Unionsbürgerschaft dar (S. 10 ff.), ein Thema, mit eine breiten neueren Literaturdynamik (Kutz-

scher 2011; Höfler 2009), Kapitel 2 das weite Gebiet des Freizügigkeitsrechts, Kapitel 3 (der, wie ich meine, funktionalistischen Binnenmarktlogik entsprechend) die im Buchtitel herausgestellten sozialen Begleitrechte. Im Zentrum der Dynamik des Binnenmarktes aus Sicht seiner obersten Rechtsprinzipien steht das Denken der Anti-Diskriminierung (vgl. Huerkamp 2010 und dazu Schulz-Nieswandt 2010 a, S. 410). Dies hat über viele politische Sachgebiete hinweg die Auflösung passungsfähig-angleichender Begleitrechtsregelungen für die EU-Staaten zur Folge.

Auf den S. 263 ff. findet sich die Zusammenfassung der Dissertation. Das Freizügigkeitsrecht ist selbst Unionsbürgerrecht (S. 263). Den positiven Wert der tief gegliederten und detaillierten Darlegungen darf hier nur erwähnt werden, für meinen fachlichen Rezeptionsrahmen ist das Verhältnis zu den anderen Grundrechtskreisen, der politischen und der sozialen Teilhabechancen das zentrale Anliegen. Hier deutet die Verfasserin an, dass es auf europäischer Rechtsregimeebene nur unvollkommene Gleichgewichtstrends diesbezüglich gibt. Von einem Ungleichgewicht (Asymmetrie) zwischen Strategien negativer und positiver Integration ist die Rede (S. 268). Hier deuten sich komplexe Anknüpfungspunkten an weitere, trans-juristische disziplinäre Diskurse an. Da die Arbeit 2008 abgeschlossen wurde, konnten die Auswirkungen des Reformvertrages nicht vollends berücksichtigt werden. Wäre dies möglich gewesen, hätte die Autorin sicherlich die Dynamik vor allem der sozialen Grundrechte (Chen 2011) im Lichte der Diskurse zum Europäischen Sozialmodell stärker berücksichtigt. Vor allem mit Blick auf das Grundrecht auf einen freien Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse (auch in den Zielvorgaben der OMK-Politik präsent sowie z. B. als Inklusionsgebot in vielen anderen sozialpolitischen Handlungsfeldern [etwa der Employability-orientierten Sozialfondspolitik] der EU) ist dies von gewährleistungsstaatstheoretischer Bedeutung.

Die angesprochene (trans-sektorale) Logik des „spill-over-Funktionalismus“ des Binnenmarkt(rechts) deutet die Rückwirkung trans- oder supranationaler Politik- und Rechtsentwicklungen auf die nationalen Regime der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge unter dem hegemonialen Diktat der Liberalisierung an. Dazu liegt eine Studie von Simon vor: *Sven Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Reihe Jus Internationale et Europaeum 31, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, XVII, 416 S.* Im SS 2008 ist die Arbeit als Dissertation an der Justus-Liebig-Universität Gießen im Fachbereich Rechtswissenschaft angenommen worden.

## Daseinsvorsorge, Binnenmarkt und WTO-Regime (GATS)

Im Vorwort die Globalisierungsdiskurse andeutend, entfaltet der Verfasser eine Analyse, die auf die Position der markteröffnenden, aber auch regulierenden Gewährleistungsstaatlichkeit hinausläuft: „Die Untersuchung zeigt, dass die Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge die Frieden stiftende Wirkung des Welthandels fördert und dass sowohl der Rechtsrahmen der Welthandelsorganisation als auch jener der Europäischen Union den nationalen Besonderheiten sowie dem unterschiedlich stark ausgeprägten Gewährleistungsauftrag der Mitgliedstaaten zur Erbringung dieser Dienstleistungen angemessen begegnet. Unverändert tragen die Mitgliedstaaten die Verantwortung dafür, dass die Bereitstellung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge – flächendeckend und für alle, zu jeder Zeit, an jedem Ort, in der gewünschten Menge und

zu erschwinglichen Preisen – gewährleistet wird und diese besonderen Dienstleistungen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene somit die Grundlage für soziale, wirtschaftliche und politische Integration schaffen.“ (S. VII f.)

Ende der Diskussion? Warum hat man das eigentlich nicht früher erkannt, wenn das alles so einfach und eindeutig ist? Wer mit Adam Smith startet (S. 1), sollte auch dessen tugendethische Theorie der moralischen Kultureinbettung des *homo oeconomicus*, die in einer umfangreichen systematisch-theoriegeschichtlichen Sekundärliteratur erschlossen worden ist, anführen. Jedenfalls wirft der Bezug auf John Rawls (S. 3) das gravierende sozialen Inklusionsproblem im Rahmen ökonomischer Dynamik (trickle-down- und spread-Effekte des ökonomischen Sozialproduktwachstums) grundrechtstheoretisch im Lichte distributiver und redistributiver Gerechtigkeit auf (vgl. in Schulz-Nieswandt 2006).

Basierend (S. 4 f. zur Gliederung und Architektur der Arbeit) auf der Herausarbeitung wesentlicher Unterschiede in den Verträgen (GATS und EU-Recht) werden Schlussfolgerungen gezogen. Allein GATS ist im Schrifttum (dabei ohnehin recht heterogener Qualität) extrem kontrovers. Ob die vom Autor geforderten Handlungsspielräume für die EU-Staaten ausreichen, um nationale Optima in den Modalitäten des Regime der Dienstleistungserstellung zu ermöglichen (S. 365), muss weiterhin dahin gestellt bleiben: Die Andeutungen in der Studie sind doch zu vage.

Richtig ist, dass die nationalen Wohlfahrtsstaaten zielorientiert, also teleologisch frei sind (S. 366), in der modalen Praxis aber Binnenmarktrechtskompatibel agieren müssen. Insofern ist die besagte Freiheit wieder dahin, nicht inhaltlich, aber mit Blick auf die Modalitäten der formalen Verwirklichung, was sich als klares hylemorphes Problem erweist. Warum diese Zwänge etwa zum transaktionskostenintensiven obligatorischen Ausschreibungswettbewerb (und der dargelegten Modi des Betrauungsaktes), die Inhouse-Begrenzungen in der kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft etc. nicht schmerzlich sein sollen, bleiben offene Fragen (der Wissenschaftliche Beirat des BVÖD, ehemals GÖW, hat hierzu mehrfach klärend dezidiert Position bezogen).

Die angedeuteten Potenziale einer Identifizierung von Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse nicht-ökonomischer Art (etwa mit Verweis auf das „Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse“) sehe ich skeptisch. Diese Regelungen beziehen sich auf die Teleologie, nicht auf die Lehre der Modalitäten der Praxis. Marktbezug ist immer möglich. Die Frage des Marktversagens und die Rolle (politisch definierter) Gemeinwohl-begründeter Staatstätigkeiten sind komplizierter. Die öffentliche Wirtschaft würde, so Simon, also keineswegs zurückgedrängt (S. 368). Wohl müsse aber ein „System (des – S.-N.) unverfälschten Wettbewerbs“ (S. 368) herrschen, „das die privaten Unternehmen grundsätzlich nicht schlechter stellt als die Öffentlichen.“ (S. 368) Das ist rechtspositivistisch richtig; aber warum eigentlich? Warum müssen wir dem Markt huldigend und (kult- und ritualtheoretisch gesprochen) anbetend ein permanentes intellektuelles Opfer bieten? Der sogleich angeführte Effizienzvorteil privater Leistungserstellungsarrangements ist aus Sicht der Forschung viel zu pauschaler. Der ernst zu nehmende Teil der wissenschaftlichen Literatur ist viel differenzierter und verneint Apriori-Urteile über die Vorzugswürdigkeit öffentlicher oder privater Unternehmen in der Erfüllung solcher Daseinsvorsorgeaufgaben. Vielfältige Faktoren spielen eine Rolle.

Mit Blick (vgl. S. 176, S. 178) auf die WTO-Regime (GATS) sieht der Verfasser keinerlei Gefahren, formulierbar als grundsätzliche Bedenken (S. 175). Das überrascht angesichts der allge-



meinen Diskussion zum GATS, sofern eine solche Fachlichkeit überhaupt wirklich allgemein besteht. Insgesamt dominiert doch ein Diskurs der pauschalen Schlagwörter, ja der Phrasen.

Die soziale Daseinsvorsorge ist, so die Studie, von der weltweiten Liberalisierung nur dann ausgenommen, wenn es dort quasi markt- und wettbewerbsfreie, also rein-öffentlich-hoheitliche Organisationen der Erstellung geben würde. Das ist natürlich angesichts der vielen Formen der Staatsmittelbarkeit nicht nur plausibel, sondern evident. Hybride Arrangements, wie sie gerade auch in deutschrechtlicher Tradition vorliegen, machen die Relevanz des GATS-Regimes überaus deutlich. Der Verfasser sieht in den Verhandlungen große Freiheiten der Staaten gegeben (S. 177). So wird der in der einschlägigen Diskussion oftmals agierende Adlung zitiert: „Dum prüfe, wer im GATS sich bindet ...“ (S. 179) So ist der Verfasser der Meinung, GATS bietet den EU-Staaten sogar mehr Ausnahmefreiheiten als das EU-Rechtsregime (S. 369).

Ausnahmekonstituierend im GATS wäre die Eigenschaft hoheitlich organisierter Dienstleistungen (S. 371). Dies ähnelt einigen EU-Debatten über die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, ist dort aber nicht ausnahmekonstituierend, sondern verweist auf die funktionale Sichtweise der Gewährleistungsstaatlichkeit als Basis von Marktöffnung und Wettbewerbssteuerung (gemeint ist die EU-Politik der regulativen Konstituierung des Wettbewerbs *um* oder *in* Märkten, was wiederum auf unterschiedlichen Stufen komplexer Wertschöpfungsketten differenziert praktiziert werden kann).

Die Möglichkeiten einer konsensfähigen Bestimmung von Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse, die nicht-wirtschaftlicher Art sind (S. 372) sehe ich allerdings viel skeptischer als vom Verfasser angedeutet. Hier ist die marktökonomische Sicht gar nicht ökonomisch genug: Alles ist technisch marktfähig: Selbst das Kinderbekommen kann heute über Ersatzmutterbäuche weltweit gehandelt werden. So gesehen ist wiederum der Kritik der mir sympathischen Position des mehrfach zitierten Markus Krajewski (vgl. auch Krajewski 2011) seitens des Verfassers sogar richtig, man könne nicht vom EuGH erwarten, er würde mehr Wahlfreiheiten im Verhalten der EU-Staaten zulassen; das wäre mehr Rechtsunsicherheit (S. 372 f.).

Insgesamt ist dem Verfasser zuzustimmen, wenn er argumentiert: „Angesichts der Komplexität der Materie, der Vielzahl der widerstreitenden Argumente und dahinter stehenden Interessen darf mit Spannung erwartet werden, wie sich der Bereich der Daseinsvorsorge weiterentwickeln wird.“ (S. 375) Aber der Hinweis auf „die Suche nach dem besten gangbaren Weg zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Gewährleistung der Daseinsvorsorge einerseits und freiem Wettbewerb andererseits“ (S. 375) greift eine m. E. überholte Euphorie für den freien Markt auf. Diesen gab es nie, wird es nie geben und kann auch ohne gesellschaftliche Bewertung seiner welfare-Outcomes politisch nicht *a priori* präferiert werden. Das wäre Marktessentialismus, Metaphysik eines ökonomischen Ordnungsprinzips (Schulz-Nieswandt 2011). Die soziale Existenz des Menschen ist immer eine solche des einbettenden politischen Gemeinwesens. Nicht der Markt kann die kulturelle Zivilisationsstufe des Menschen beurteilen, sondern die Gesellschaft (als Diskursgemeinschaft oder als konfliktäres Kräftefeld konkurrierender Diskurse) selbst in der politischen Beurteilung der Marktergebnisse. Die bisherige wohlfahrtsökonomische Illusion bestand darin, dem Marktprozess als Wohlfahrtsproduktion die Beurteilungssouveränität des steuernden Konsumenten zu unterstellen. Doch die gesellschaftliche Beurteilungsgeschehensproblematik ökonomischer und sozialer Wohlfahrt, vor allem auch bei Berücksichtigung der seelischen Wohlfahrt in der beschleunigten Moderne, ist komplizierter. Einerseits geht es gar nicht nur um die

Konsumgüter-Nutzenniveau-Maximierung, sondern immer um die Produktion und Verteilung von Lebenslagen. Zum anderen gibt es relevante Metapräferenz-Aspekte, die institutionalistische Gesichtspunkte in der welfare-Debatte stärken, womit komplizierte Interdependenzen zwischen polity, politics und policy angesprochen werden. Wohlfahrt ist und bleibt ein Thema des sozialen Konstruktivismus.

Die anti-prozedurale, verdinglichende Gegen-Position kannten wir bereits als naturrechtliche Rechtfertigung des Marktes im staatsautoritären ORDO-Liberalismus (wie viele ältere dogmengeschichtliche Abhandlungen, klassisch aber auch Hajo Riese, neuerdings Philip Manow darlegen konnten). Insofern halte ich den Schlusssatz der zu besprechenden Studie für nicht wegweisend: „Im Idealfall, in dem der Wettbewerb selbst eine erschwingliche und qualitativ hochwertige Daseinsvorsorge sicherstellt, lassen sich beide Ziele miteinander vereinen.“ (S. 375) Dafür bräuchte man, wenn ich dies religionsphänomenologisch ansprechen darf, magische Kräfte einer schamanistischen Ekstase; Alfred Müller-Armack benannte das Problem, zu dem es ebenfalls eine umfängliche Rezeptionsgeschichte gibt, als Suche nach einer „irenischen“ (man müsste wohl spezifizieren: Zauber-)Formel.

## **Zwischenfazit: Differenzierte Analysen, wenig innovative Erkenntnisfortschritte**

Die diskutierte neuere Literatur kam insgesamt ohne negative Bewertung zur Wirkung. Dies liegt daran, dass es sich durchweg um gelungene wissenschaftliche Qualifikationsarbeiten handelt (Dissertationen und Habilitationen). Dennoch bekomme ich den Eindruck, dass trotz aller tiefengegliederten differenzierten Komplexitätsbewältigung der wissenschaftliche Erkenntnisfortschritt unter innovativen Gesichtspunkte relativ schwach ist.

Die Arbeit von Hedderich kommt argumentativ über das nicht hinaus, was wir aus der rechtsphilosophischen Diskussion der Externalitätenproblematik nicht schon lange wussten: Schädigung von Dritten als Wohlstandsinterdependenz entspricht als effizienztheoretisches Allokationsproblem (paretianischer Art) in versteckter Weise strukturgleich dem Kant'schen Sittengesetz. Meritorische Aspekte, wie in der finanzwissenschaftlichen Literatur zu öffentlichen und kollektiven Gütern mit einer gewissen Diskurskontinuität wechselhaft und kontrovers diskutiert, gesellen sich zum (etwa spieltheoretisch modellierbaren) Kooperationsproblem.

Die Studie von Wallrabenstein setzt sicherlich andere als sonst übliche Akzente in der Problem-sicht; aber der finale Rekurs auf Gemeinwohlbelange lässt offen, wie diese wiederum wissenschaftlich zu behandeln sind. Es gibt durchaus eine wissenssoziologisch fundierte Analyseperspektive: nämlich Gemeinwohl als Produkt einer gesellschaftlichen Konstruktionsleistung zu definieren, aber diese Möglichkeit des theoretischen Argumentierens wird nicht angedeutet.

Diese fehlenden durchschlagenden Innovationen ist den wissenschaftlichen Qualifikationsarbeiten kaum anzulasten, aber das Wissenschaftssystem muss sich kollektiv mehr erinnern können, so dass man das Rad nicht immer wieder neu erfinden muss. Insofern knüpft sich an die Qualifikationsarbeiten im Wissenschaftsbetrieb die Reputation des Betriebes insgesamt. Dauerhaft fehlende Innovation, ja sogar Rückschritt gegenüber der erarbeiteten Forschungsstufe, ist kaum An-

lass zur Freude. Es fehlt – aber damit thematisiere ich eher die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften – an Tradition in der Pflege der Theoriegeschichte und es dominieren immer neue Datensatz-Produktionen im Empirismus ohne umfassende Kenntnisse der bisherigen Literatur. Die Studie von Stewen ist klärend, aber im gesamten Argumentationsgebäude auch nicht völlig neu akzentuiert. Abfassungszeitpunktbedingt mangelt es an der vertiefenden Einarbeitung der trinitarischen Ordnung der Grundrechte als Rechte der EU-Staatsbürger und EU-Sozialbürger im Verbund mit dem EU-Wirtschaftsbürger, auf den hier weitgehend alles fokussiert wird. Die Arbeit von Simon repliziert an sich bekannte Argumentationsgebäude. Die Konkretionen der Handlungsspielräume bleiben im Hinweis auf politische Klärungsaufgaben unbestimmt. Insofern bringt die Studie die Theorie des Gewährleistungsstaates nicht wirklich fundamental voran.

## Weitere Literatur im Rezeptionslichte des Zwischenfazit

Ähnliches lässt sich von anderen Studien, wie etwa die von Boetticher und Münster sagen: *Arne von Boetticher/Johannes Münster, Kinder- und Jugendhilfe und europäischer Binnenmarkt, Baden-Baden: Nomos, 2009, 108 S.* sagen. Die Arbeit war hervorgegangen aus einem Gutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe. Hintergrund war die nationale Umsetzung der Dienstleistungsliberalisierungen im Binnenmarkt, womit auch die Jugendhilfe betroffen wurde. Die Diagnose folgt den gängigen Analysen. Die Jugendhilfe muss sich demnach schlicht „vertraut machen“ mit den neuen Steuerungsmechanismen. Richtig ist, dass einige Struktureigenschaften der neuen Regime der Jugendhilfe angesichts der Implementation der „neuen Steuerung“ seit den 1990er Jahren, die in der Forschung breit erschlossen worden ist, eigentlich nicht vollends neu sind.

Die Studie ist eine instruktive und materialreiche Einführung in die Problematik der Relevanz des EU-Rechts insgesamt wie auch hinsichtlich der Auswirkungen auf das Politikfeld der Kinder- und Jugend(hilfe)politik.

Die Zusammenfassung (S. 97 ff.) zeigt keine neuartigen Einsichten, sondern den „Mainstream“ der Interpretationen; die Übertragung/Anwendung auf das gewählte Politikfeld ist allerdings verdienstvoll. Und sie spiegelt die weiter oben angedeutete Dynamik in sektoraler und rechtsmaterieller Perspektive. „Brüssel“, um etwas bildsprachlich zu verdichten, wird mit einer gewissen Diffusion ubiquitär spürbar!

## Thematische Klassiker (I) – z. B. Gemeinnützigkeit

Wer glaubte, das Thema der Gemeinnützigkeit sei (abgesehen vom Problem der grenzüberschreitenden Anerkennung unternehmerischer Gemeinnützigkeit: vgl. auch Wünschig 2011) im Sinne des Arguments der Wettbewerbsverzerrungen erledigt, greift zu kurz. Eine extrem differenzierte Analyse von Droege wirft viele Fragen auf: *Michael Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, Reihe Jus Publicum 191, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, XVI, 616 S.*, eine Habilitation

aus dem WS 2008/2009 im Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Droege beginnt einleitend mit einer positiven Befund zum bürgerschaftlichen Engagement und zum Dritten Sektor (S. 1). Der Verfasser ordnet diese Thematik ein in Bezugssysteme der Gemeinwohltheorie und der Idee des öffentlichen Interesses sowie der Gewährleistungsstaatlichkeit (S. 2): „Gegenstand dieser Untersuchung ist mit dem steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht ein solcher Anreiz zum freiwilligen gemeinwohldienlichen privaten Engagement im Steuerrecht. Steuern dienen der Gemeinwohlfinanzierung. Die Auferlegung von Steuerlasten rechtfertigt sich letztlich nur durch die Gemeinwohlbindung der Steuermittel. Von daher liegt es nahe, die Erbringung gemeinnütziger Leistungen durch Private im Steuerrecht zu honorieren.“ (S. 2)

Historisch von langer Kontinuität seiend, wirft das Thema dennoch Spannungen mit Blick auf Anpassung und Einbettung in Rechts- und Verfassungsrechtsordnung einer pluralistischen (ich betone hier zur Erläuterung die Vielfalt öffentlicher, freier und privater Akteure) und eines nach außen offenen Steuerstaates auf (S. 4). Wie ist die Steuerfreigemeinnützigkeit grundsätzlich zu rechtfertigen?

Wieso ist, so könnte man fragen, dies noch eine Frage, die vorangestellten Ausführungen waren doch plausibel und docken an Theorien der freien Wohlfahrtspflege zur Produktion von „added values“ an und sind ökonomisch-theoretisch formulierbar als Theorie der positiven Externalitäten. Der Verfasser deutet aber die Inflationierung der gemeinnützigen Tätigkeiten an (S. 5 f.).

Mit Blick auf die neuere „Engagementpolitik“ (dazu in Schulz-Nieswand/Köstler 2011), die mitunter durchaus als Aspekt eines Wandels der Staatlichkeit im (nicht einfach dualistischen) Relationsgefüge von Staat und Gesellschaft zu verstehen ist, konstatiert der Verfasser einen Rechtfertigungsdiskurswiderspruch: Geht es ökonomisch um Ausgleich von Marktversagen oder gesellschaftsgestaltungspolitisch um die Förderung der Zivilgesellschaft des bürgerschaftlichen Engagements? (S. 7; vgl. auch S. 548 f.)

Externe Gründe, die zum Nachdenken über die Steuerfreigemeinnützigkeit zwingen, sind die neueren europarechtlichen Entwicklungen (S. 7). Dabei geht es u. a. um Fragen der grenzüberschreitenden Anerkennung des steuerfreigemeinnützigen Tatbestandes, resultierend aus den Freizügigkeitsgeboten des Binnenmarkt(recht)s, ordnet das Thema also in die Erörterungen einer „grundfreiheitsgeleiteten Dogmatik negativer Integrationsprozesse“ (S. 8) ein.

Der Verfasser will mögliche Leitbilder für eine Ausgestaltung und Normierung des Steuerfreigemeinnützigkeitsphänomens gegenstands- und lebensbereichsadäquat entwickeln (S. 9) und so „letztlich der Phänomenologie und (die Analyse – S.-N.) der rechtlichen Generierungsbedingungen eines öffentlichen Raumes jenseits der Dichotomie zwischen Staat und Markt“ zuarbeiten (S. 9).

Die verfassungsrechtlichen Fragen müssen auf dieser Basis geklärt werden, gewinnt doch die „Gemeinnützigkeit als Zweckverwirklichungsrecht“ die „für Subventionen typische Finalität“ (S. 10). Hier liegt wohl des Pudels Kern oder der berühmte Hund begraben! Das Thema gewinnt eine leistungsstaatliche Charakteristik und wirft somit nicht nur, aber vor allem auch Fragen der Gleichbehandlungswürdigung auf. Insofern bedürfe das Thema einer Konstitutionalisierung (des Steuerrechts) (S. 10). Inkompatibilitäten mit dem Europarecht zeichnen sich ab (S. 11). Implizit würde die deutsche Praxis einen Inlandsbezug und die Fiktion eines geschlossenen Staates aufweisen (S. 11).

Die überaus anspruchsvollen und spannenden Zielbestimmungen der Arbeit lassen eine tiefendifferenzierte und einerseits komplexe, andererseits problembewältigende differenzierte Gliederungsarchitektur erwarten. Und das ist auch der Fall. Teil I behandelt die Geschichte, Teil II die gegenwärtige Rechtsgestalt des Steuergemeinnützigkeitsrechts; Teil III behandelt Kontexte (hier werden die angedeuteten Diskurse zum Dritten Sektor, zum bürgerschaftlichen Engagement, des Altruismus und der Ökonomik kollektiver Güter entfaltet: S. 284 ff.). Es argumentiert der Verfasser zwar nicht auf den fachlich höchsten Stand der Forschung, aber noch hinreichend angemessen. Teil IV behandelt die Gemeinwohlförderung als öffentliche Aufgabe und die damit verbundene Legitimationsproblematik. Teil V entfaltet die, ich darf dramatisieren, angedrohte Verfassungsrechtsproblematik, Teil VI die Europäisierungsproblematik. Wer die ganze Komplexität verstehen will, kommt mit einer in aller Knappheit ohnehin unmöglichen Paraphrase nicht aus; die eigene Lektüre ist erforderlich und diese dürfte als spannend empfunden werden. Ich wende mich zweckdienlich der Zusammenfassung und den Ergebnissen (S. 543 ff.) zu.

Das behandelte Phänomen entstammt dem bürgerlichen Zeitalter der Steuerrechtsgeschichte (S. 543). Die Zeit nach 1945 war von Kontinuität zur Weimarer Epoche geprägt (S. 544). Die Tradition der kasuistischen Normierung blieb damit erhalten. So ufern in der Folge auch die als gemeinnützig anerkannten Zwecksetzungen, so der Verfasser, aus. Von einer dogmatischen Systematik ist die historisch gewachsene Praxis also weit entfernt. So zeigt sich eine tiefe Unbestimmtheit der Allgemeinheitsinteressen in sachlicher Hinsicht (S. 545). Vor allem in verfahrensrechtlicher Hinsicht hat der Verfasser erhebliche Bedenken (S. 545).

Vor allem bestehen ungelöste Fragen der Wettbewerbsneutralität: Eine Nähe zum Subventionsrecht ist gegeben (auch S. 551), die Marktferne der Gebilde problematisch (S. 546). Dennoch gelingt dem Verfasser zunächst die anvisierte Phänomenologie und die Analyse der rechtlichen Generierungsbedingungen eines öffentlichen Raumes jenseits der Dichotomie zwischen Staat und Markt (S. 549 f.).

Wichtig scheint die Einsicht, dass diese Art der Förderung der Gemeinwohlproduktion durch den Dritten Sektor zeigt, dass der Staat kein Monopol auf die Gemeinwohlproduktion hat; öffentliche Aufgaben können demnach auch durch Private (hier: freie Träger) geleistet werden. Dies ist allerdings für die deutschrechtliche Diskurstradition eine ohnehin verankerte Position. Die Zusammenhänge mit dem Sozialstaats(ziel)gebot werden betont (S. 552).

In externer Sicht werden die Reibungsflächen mit den Freizügigkeitsgrundrechten betont (S. 556; vgl. auch Nusser 2011; Terhechte 2011). Ein Territorialitätsdenken ist europarechtlich völlig verfehlt (S. 557). Beihilferechtliche Probleme bleiben bestehen; Ausnahmetatbestände gemäß Art. 87 EGV/Art. 107 AEU sind nicht möglich, sondern die Praxis muss gerechtfertigt werden (S. 557). Eine Legitimierung sei über das Argument der Förderung des bürgerschaftlichen Engagements möglich (S. 557): „Die zivilgesellschaftliche Legitimation des Gemeinnützigkeitsrechts trägt auf der Ebene des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts dessen kohärente Rückführung auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auch auf europäischer Ebene.“ (S. 557) Der Verfasser sieht daher die Ergebnisse als erfreulich an: Steuerfreigemeinnützigkeit hat im EU-Staat Deutschland eine Zukunft, wenn es sich anpasst (S. 558).

## Thematische Klassiker (II) – z. B. kirchliche Träger im deutschen Krankenhausmarkt

Die Situation der Organisationen des „Dritten Sektors“ zwischen Markt, Staat und Familie (vgl. in Schulz-Nieswandt/Köstler 2011) ist ein thematischer Klassiker (und in der ZögU oftmals aufgegriffen). Es geht um die Funktionslogik des Non-profit-Wirtschaftens im wettbewerblichen Marktumfeld und Wirkkreis staatlicher Finanzierung und Regulierung. Der Krankenhaussektor spielt angesichts seiner trägerschaftspluralistischen Situation in Deutschland hier eine zentrale Rolle. Insbesondere die Frage nach der unternehmensphilosophischen/-kulturellen Besonderheit freigemeinschaftlicher, hier konfessioneller Träger steht oftmals im Vordergrund der Effizienz- und Effektivitätsdiskussionen im Rahmen der versorgungspolitischen Betrachtungen. Es geht also mitunter um die widmungssinnorientierte, an der Sachzieldominanz ausgerichtete soziale Produktionsfunktion. Bekanntlich versteht die EU-Exekutive davon nichts.

Von Schwegel liegt nun eine Studie zu kirchlichen Krankenhausträgern vor: *Philipp Schwegel, Kirchliche Träger im deutschen Krankenhausmarkt. Eine theoretische und empirische Analyse, Schriften zum Gesundheitsmanagement 12, Bayreuth: Verlag P.C.O., XV, 343 S.* Es handelt sich um eine Dissertation aus dem Jahre 2011 an der Universität Bayreuth. Sie kann zwar nicht unmittelbar zu unserem Thema der Europäisierung beitragen, wohl aber zu einem tieferen betriebswirtschaftlichen Verständnis von Teilen des besagten Dritten Sektors. Insofern mag die nachfolgende Passagen im Gefüge der gesamten Erörterung etwas fremdkörperartig wirken; dies dürfte aber nur aus dem Anspruch auf thematische Unmittelbarkeit der Fall sein. Die Aspekte bleiben mittelbar durchaus von Interesse.

Industrieökonomisch (S. 19 ff.: Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma) orientiert, analysiert der Verfasser Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft (dazu S. 1 ff.), dabei seinen Datensatz und die Methodik transparent darlegend (S. 80 ff.). Sein Ziel ist die Analyse von Differenzen zwischen Trägertypen im innerkirchlichen Trägerschaftsvergleich. Das ist interessant, macht es nochmals eine interne Komplexität innerhalb eines Trägers im gesamtsystemischen Trägerpluralismus (private, freie und öffentliche Träger) deutlich. Strategische Verhaltensunterschiede können deutlich werden. Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnisse werden analysiert. Unterscheide in Renditen und Verbundbildungen werden deutlich. Die Studie kommt zu interessanten morphologischen Differenzierungen, deren genaues Studium sich lohnt. Auch der weitere Forschungsbedarf wird deutlich.

Zu kommunalen Krankenhausversorgung liegt eine Studie von Teich vor: *Cornelia Teich, Die Zukunft der kommunalen Krankenhausversorgung. Patientenversorgung aus Sicht des Managements, Hamburg: Kovac, XVIII, 272 S.* Es handelt sich um eine Dissertation aus dem Jahre 2010 an der Technischen Universität Chemnitz. Hier wird es sich zeigen, dass die Studie in der Tat hier den Argumentationsstrom der vorliegenden Erörterung fremd bleibt, denn die Kommunalität als Referenzpunkt der Analyse wird überhaupt nicht evident – entgegen den Versprechungen des Buchtitels.

Ausgehend vom Trägerpluralismus (S. 2) im deutschen Krankenhaussektor fragt die Verfasserin nach der Zukunft der öffentlichen Krankenhäuser angesichts des sozialen Wandels vor allem im Lichte des Managements mit Blick auf die patientenzentrierte Versorgung. Es geht also um Be-

wertung und Optimierung der Prozesse: es erfolgt eine Untersuchung und Diskussion, welche Möglichkeiten das Management besitzt, um mit reduzierten Ressourcen die Patientenversorgung bestmöglich zu gewährleisten und trotz eingeschränkter finanzieller Mittel das langfristige Überleben des zu betrachtenden Krankenhauses zu sichern.“ (S. 4)

Im Mittelpunkt steht das Instrumentarium der Balanced Scorecard. Die Analysen werden am Beispiel der Umsetzung eines Behandlungspfades bei Schlaganfall durchgespielt (S. 121 ff.). der externe Einfluss der Finanzierungsmodalitäten des Krankenhaus werden sodann berücksichtigt (S. 197 ff.). Insgesamt werden die Zusammenhänge interessant modelliert.

So interessant die Arbeit auch ist, der spezifische Bezug, das hatte ich soeben bereits angedeutet, zu einem Forschungsprogramm zu öffentlichen, hier vor allem kommunalen Krankenhäusern wird nicht deutlich, ja fehlt weitgehend. Der Titel ist daher geradezu fälschlich gewählt. Weitgehend sind die Zusammenhänge trägerunspezifisch von Interesse. Die angedeuteten Rahmenanalysen reichen hier nicht hin.

## **Thematische Klassiker (III) – z. B. Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung**

Angesichts einer ausgeprägten deutschen Tradition, ordnungspolitisch zu denken, ist das (zunehmend europarechtlich kontroverse) Thema der kommunalen Selbstverwaltung verknüpft mit Erörterungen zum Subsidiaritätsprinzip. Fragen des Inhouse-Prinzips und des Örtlichkeitsprinzips, somit auch Fragen des inter-kommunalen Zweckverbandes etc., standen bislang im Vordergrund der Literatur. Das Thema ist im Spannungsfeld von Europäischem (konstitutionellem) Recht einerseits und nationalem Grundgesetz als Verfassungsrecht andererseits relevant. So ist auch hier einzuordnen eine Studie von Möller: *Maik Möller, Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung, Baden-Baden: Nomos 2009, 320 S.*, eine Dissertation am rechtswissenschaftlichen Fachbereich der Universität Osnabrück.

Es handelt sich um eine theoretisch orientierte Literaturarbeit. Das Subsidiaritätsprinzip soll mit dem Gedankenfunktionskreis der kommunalen Selbstverwaltung verknüpft werden, darin liegt die selbst gesetzte Innovation der Arbeit (S. 21), da ansonsten beide Prinzipien vielfach bereits ab- und behandelt worden sind.

Dazu skizziert der Verfasser zunächst (S. 22 ff.) Begriff, Ursprung und Inhalt des Prinzips der Subsidiarität, sodann die Verortung dieses Prinzips und des Prinzips der kommunalen Selbstverwaltung im deutschen GG (S. 57 ff.). Er folgt umfänglich (S. 81-133) die Diskussion des „Subsidiaritätsprinzips als Ordnungselement des Grundgesetzes“. Auf den S. 134 ff. handelt der Verfasser ebenfalls umfänglich (bis S. 203) die „Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung als Gegenstand des Subsidiaritätsprinzips“ ab. Man erkennt nun die verschlungenen Pfade einer mehrfach gedrehten analytischen Verknüpfungspraxis. Das ist durchaus gelungen. Auf den S. 206 ff. behandelt der Verfasser die Problematik aus europarechtlicher Sicht.

Die Einleitung fällt nicht sehr leserfreundlich aus; sie ist überaus knapp (eine Seite) und hätte etwas „Science“-orientierter mehr zu den Hypothesen und der Methodik sagen können. schließlich

formuliert der Verfasser auf den S. 156 ff. einen eigenen dogmatischen Ansatz, die Analyse geht bis hin zu Fragen nach dem Perspektivenwechsel in der Daseinsvorsorge (S. 287).

Einen beschränkten Ersatz der Leser-Innenorientierung übernehmen die Thesen auf den S. 291 f. Der Verfasser baut demnach das Subsidiaritätsverständnis deutlich aus im Rahmen der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Kommune sowie im Verhältnis zur gesellschaftlichen Freiheit. „Für den Schutz des Bestandes der Selbstverwaltungsträger kann das Subsidiaritätsprinzip indes nicht fruchtbar gemacht werden.“ (S. 291) Bestätigt wird der Verfassungsrang eines allgemeinen, binnenstaatlichen Subsidiaritätsprinzips (S. 292). Die kommunale Selbstverwaltung sei wiederum gegenüber „europarechtlichen Ingerenzen“ (S. 292) geschützt. Allerdings wissen wir, so meine ich, um die vielen Unsicherheiten, Unklarheiten und Konflikte, die trotz dieser auf die kommunale Selbstverwaltung insgesamt bezogenen Position angesichts der Probleme des kommunalen Wirtschaftens evident sind. Aus europarechtlicher Sicht bezieht der Verfasser seine Argumentation auf die begrenzten Relevanzgehalte der Art. 6 Abs. 1 EU und Art. 1 Abs. 2 EU. Der Art. 5 Abs. 2 EG wird, wenn auch nicht eindeutig (angesichts des Handlungsbedarfes der nationalen Politik mit Blick auf die Stärkung der Kommunalität und angesichts der Auslegungspraxis seitens des EuGH) als von relevanter Bedeutung eingeschätzt, was etwas überraschen mag, da trotz dieses Artikels in vielen Politikfeldern (infolge des „spill-over-Funktionalismus“ der Binnenmarkt[rechts]dynamik) der Weg in geteilte gemeinsame Kompetenzen beschritten wird. Die Lissabonner Entwicklung konnte vom Verfasser allerdings auch nicht mehr zeitpunktbedingt angemessen berücksichtigt werden.

## Das öffentliche Interesse

Mehrfach wurde in der vorausgegangenen Erörterung deutlich, wie zentral immer wieder der Bezug zum Gemeinwohl im Rechtfertigungsdiskurs staatlichen Handelns wird. Für viele Akteure eine unbrauchbare Leerformel, scheint sie politiktheoretisch, allein schon mit Blick auf die Theoriesgeschichte, aber auch mit Blick auf die Verfassungsrechtsprechung, dennoch unabdingbar zu sein. Die Literatur zu diesem Themenkreis ist multi-disziplinär breit gefächert. Eine Studie zum Begriff des öffentlichen Interesse liegt von Viotto vor: *Regina Viotto, Das öffentliche Interesse. Transformation eines umstrittenen Rechtsbegriffs, Nomos Universitätsschriften Recht Band 631, Baden-Baden: Nomos, 247 S.* Es handelt sich eine rechtswissenschaftliche Dissertation an der Universität Bielefeld aus dem WS 2008/2009.

Abgehandelt wird das öffentliche Interesse aus rechtswissenschaftlicher Sicht (S. 15 ff.) sowie theoriegeschichtlich aus Sicht klassischer politischen Strömungen (Liberalismus, Konservatismus, Demokratische Konzeptionen [womit eine begriffliche Systematik nicht eingehalten wird]) (S. 49 ff.). Konkretisiert bzw. fokussiert wird die Analyse auf das Verhältnis von öffentlichem Interesse und Eigentum (Art. 14 GG) (S. 138 ff.). Damit wird auch keine reine rechtswissenschaftliche Analyse angestrebt, denn die sozialen, kulturellen und politischen Prä-Dispositionen in der juristischen Themenbehandlung müssen nicht nur nicht ausgeblendet, sondern konstitutiv berücksichtigt wird. Der Verfasser greift damit eher implizit die großen wissenschaftstheoretischen Debatten der Rechtswissenschaft seit dem Rechtspositivismus- und Neu-Kantianismus-Streit auf mit Blick auf die Perspektiven der politische Soziologie und der materiellen



Staats(rechts)lehre (der Weimarer Zeit und der bundesdeutschen Nachkriegsgeschichte). Aber die Methodologie in Hinsicht auf eine Ontologie des Gegenstandes soll hier nicht das eigentliche Thema sein.

Der Verfasser ist trotz der zeitgeschichtlichen Wandelbarkeit des Begriffs davon überzeugt, dass die Kategorie als solche wichtig und auch „rechtlich grundsätzlich erfassbar“ sei (S. 230). Es gibt also, so die Verfasserin, keine überhistorische Inhaltsfixiertheit. Aber prozedurale Grundsätze und Grenzl意思en lassen sich aufzeigen. Objektive, von menschlichen Subjekten unabhängige Interessen gibt es nicht. Dennoch macht der Begriff öffentliches Interesse Sinn, knüpft man ihn allein an die Demokratie: „Demokratie ist der unabdingbare inhaltliche Kern des Gemeinwohls; ausschließlich unter diesem Aspekten ist das Gemeinwohl inhaltlich determiniert.“ (S. 230) Mir scheint dies letztendlich keine vollends geglückte terminologische Festlegung. Besser wäre: Demokratie ist die verfahrensinstitutionelle (transzendente, hier: transzendentalpragmatische) (polity- und politics-)Voraussetzung, nämlich die demokratische Bildung eines öffentlichen Interesses (als [policy-orientierte] Willensbildung), dass das Gemeinwohl dergestalt zu ihrem (inhaltlichen) Gegenstand hat. In der älteren Gemeinwohltheorie (gerade auch bei Theo Thieme) ist dies als der „realistische“ Standpunkt (in Ablehnung an quasi-platonistischen Positionen) diskutiert worden. Gemeinwohl knüpft sich am Demokratiegehalt des Verfahrens. Dennoch stellt sich im Sinne einer generativen Form-Inhalts-Grammatik die Frage nach dem Gemeinwohl selbst.

Es schließen sich natürlich Mehrheits- und Abstimmungsregelfragen an. Einstimmigkeit (identisch mit dem Pareto-Prinzip bei Abwesenheit negativer Externalitäten) wäre das ideal; in einer Welt der Transaktionskosten aber nicht als „free lunch“-Veranstaltung, wie ich es in Anlehnung an die neue Institutionenökonomik nennen möchte, zu haben.

Weitere Aspekte eines konkreten politischen Systems lassen sich aufgreifen. Die moderne komparative Politikregimeforschung zeigt ja die Vielfalt der Arrangements und damit auch die Schwierigkeiten der Optimalitätsbestimmung in den Politikperformanzen. Hier zeigt sich auch die Grenze einer auf die großen politischen Strömungen abstellende ideengeschichtliche Analyse des Verfassers. Anschluss an die moderne institutionalistische Politikforschung hat man damit nicht erreicht. Dies ist aber wichtig, soll Politik als Gestaltung (S. 233) verstanden werden. Die (abstrakten) Ausführungen zu verschiedenen Demokratiemodellen (S. 234) reichen da nicht hin.

## Fazit

Auch diese Studie bestätigt den Duktus des obigen Zwischenfazits: Die Befunde sind interessant, auch alle wissenschaftlich im Rahmen fundierter Reputationsarbeiten ausformuliert. Der Innovationsgehalt bleibt allerdings relativ, also beschränkt.

Die rechtfertigungsdiskursive Notwendigkeit des Argumentierens in Gemeinwohlbelangen mit Sicht auf die quälenden Fragen eines politischen Handelns der Gestaltung sozialer Wirklichkeit jenseits der Logik der Märkte bedarf die Analyse institutioneller Arrangements, die effektiv zeitraum-begrenzt gültige geltungsfähige (nicht wahrheitsfähige) Definitionen (als soziale Konstruktionen) von Gemeinwohl ermöglichen. Viotto leistet dazu einen kleinen, lesenswerten, aber, so bereits mein obiges (Zwischen-)Fazit, angesichts bisheriger Forschung (die man methodologisch und theoriegeschichtlich kennen könnte) auch nicht überaus innovativen Beitrag.

## Literaturverzeichnis

- Chen, Ching-Hui (2011), Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden.
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.) (2011), Empfehlungen für eine kommunale Infrastruktur für ältere und pflegebedürftige Menschen, Freiburg i. Br.
- Höfler, Rosemarie (2009), Die Unionsbürgerschaft. Ansprüche der Unionsbürger auf allgemeine Freizügigkeit und Gleichheit unter besonderer Berücksichtigung sozialer Rechte, Berlin.
- Huerkamp, Florian (2010), Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tübingen.
- Hüesker, Frank (2011), Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft. Auswirkungen der Privatisierung am Beispiel der Wasserbetriebe des Landes Berlin, München.
- Krajewski, Markus (2011), Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin.
- Kutzscher, Dirk Martin (2011), Der grenzüberschreitende Sachverhalt in der Rechtsprechung des EuGH und deren Auswirkungen auf die Freizügigkeit der Unionsbürger, Frankfurt am Main.
- Nusser, Julian (2011), Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, Tübingen.
- Roth, Klaus (2011): Genealogie des Staates, 2., durchges. Aufl. Berlin.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2003), Herrschaft und Genossenschaft, Berlin.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2006), Sozialpolitik und Alter, Stuttgart.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2010), Wandel der Medizinkultur? Berlin.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2010 a), Zentrale Themenfelder der Entwicklung des öffentlichen (und frei-gemeinwirtschaftlichen) Sektors in der neueren Literatur, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 33. Jg. H. 4, S. 403-414.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011), Öffentliche Daseinsvorsorge und Existenzialismus. Eine gouvernementale Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Wasserversorgung, Baden-Baden.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011 a), Berufsgenossenschaften und Europarecht. Eine sozialökonomische Analyse, Berlin.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011 b), „Europäisierung“ der Sozialpolitik und der sozialen Daseinsvorsorge? Eine kulturosoziologische Analyse der Genese einer solidarischen Rechtsgenossenschaft, Berlin.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011 c), Berufsgenossenschaften und Europarecht, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 34. Jg., H. 3.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2012), Gemeinschaftliches Wohnen im Alter in der Kommune. Das Problem der kommunalen Gastfreundschaftskultur gegenüber dem homo patiens, Berlin (i. D.).
- Schulz-Nieswandt, Frank/Köstler, Ursula (2011). Bürgerschaftliches Engagement im Alter. Stuttgart: Kohlhammer.
- Terhechte, Philipp (2011), Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Tübingen.
- Wünschig, Dirk (2011), Perspektiven eines europarechtskonformen Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrechts, Frankfurt am Main.