

Frank Schulz-Nieswandt

Neuere Literatur im thematischen, aber auch epistemischen Kontext der Frage nach den Spielräumen kommunalen Wirtschaftens im EU-Binnenmarkt

Beate Braams, Koordinierung als Kompetenzkategorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, 289 S. Dissertation an der Universität Jena im Jahre 2013.

Markus Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Springer, Berlin 2011, 630 S. Rechtswissenschaftliche Habilitation an der Universität Hamburg im SS 2010.

Astrid Kufer, Europäische Wertegemeinschaft? Eine empirische Untersuchung gesellschaftlicher Werte in 27 EU-Staaten auf Basis sozialgeschichtlicher Analysen und aktueller Umfragedaten, LIT Verlag, Berlin 2013, 206 S. Dissertation an der Universität Stuttgart im Jahre 2012.

Martin Landauer, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland. Eine rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten im Gewährleistungsstaat, Nomos, Baden-Baden 2012, 571 S. Juristische Dissertation an der LMU München im WS 2010/11.

Birgit Mitterlehner, Stephan Leixnering, Tobias Polzer, Thorsten D. Barth, Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge. Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1. hrsg. vom Institut für Public Social Responsibility, NWV Verlag, Wien-Graz 2013, 157 S.

Henrike Müller (Hrsg.), Ein Recht auf Rechte in Europa? Zur Bedeutung Europäischer Grundrechte im Kontext nationaler Praktiken, LIT Verlag, Berlin 2013, 183 S.

P/S/R Public Social Responsibility Institut (Hrsg.), Die Organisation der Daseinsvorsorge im Binnenmarkt. Positionspapier, Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 2. hrsg. vom Institut für Public Social Responsibility, NWV Verlag, Wien-Graz 2013, 105 S.

I. Einleitung

Das EU-Vertragsrecht des Binnenmarktes wird von der EU-Kommission und der Rechtsprechung des EuGH in einer Art vorangetrieben, dass die Spielräume institutioneller Wahlfreiheiten in Deutschland hinsichtlich der Art und Weise der Erledigung der Gewährleistungsstaatsaufgaben so stark eingeschränkt werden, dass die nationale Tradition der kommunalen Wirtschaft verloren gehen kann. Ist das zwingend? *Einseitig* ist das EU-Vertragsrecht quasi supra-nationales Ver-

fassungsrecht für Deutschland geworden und der EuGH praktiziert nicht mehr abwehrfähiges konstitutionelles Recht; *andererseits* bleibt die herrschende Rechtsauslegungspraxis, soziologisch gesehen, immer von politischen Kräfteverhältnissen im Diskurs der Konstruktion sozialer Wirklichkeit geprägt. Hier besteht die Möglichkeit, auf der Ebene der konstitutiven Wertegefüge der EU die Vektoren im Kräftefeld der Diskurse zu verschieben.

Die Lektüre vor allem der Habilitation von Markus Krajewski gehört zu den Hilfen, um sich hier fundiert zu orientieren. Damit verflochten wird die Rezeption auch der anderen zur Diskussion anstehenden Publikationen. Aber zunächst nochmals zur Spezifizierung des Anliegens.

Die Problematik und die Fragestellungen

Um in der Textrezeption keine Missverständnisse in Richtung auf eine Europaabneigung aufkommen zu lassen: Europa ist eine große, faszinierende, natürlich angesichts der Kompliziertheit der Entwicklungen immer auch (vor allem in politikwissenschaftlicher Hinsicht) in vielen Punkten kontroverse Vision, die immer mehr, wenn auch im Zuge eines geschichtlichen, nicht kurzatmigen Zeitverständnisses, Gestalt annimmt.

Man kann nun mit Blick auf die zentrale Problemstellung der Meinung sein: Im Zuge des EU-Reformvertrages von Lissabon sind neue Akzente gesetzt worden im Wertegefüge der EU-Verträge.

Diese Verträge sind, entgegen der üblichen (völkerrechtlichen und inter-gouvernementalen) Bezeichnung, verfassungsartig, also konstitutionell für die EU-Mitgliedstaaten auszulegen. Zentraler treibender Prozess ist zunächst und überhaupt jedoch die Binnenmarktdynamik. Hierbei spielen die obersten Rechtsprinzipien der Gleichbehandlung (aller EU-Bürger und Unternehmen) sowie der Transparenz des Geschehens eine dominante Rolle. Aus diesem Binnenmarktgeschehen heraus wird der politische Gestaltungsdruck der Kommission als Hüterin der Verträge (und des EuGH) in Richtung auf Mechanismen des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs zunächst verständlich, ebenso die komplizierten Beihilferegime etc.

Doch auch dann, wenn der Binnenmarkt als das funktionale Herzstück des europäischen Integrationsprozesses in seiner Tiefe und Breite darstellt, so ist die EU *semiotisch* insgesamt doch Wertegetrieben mehr als der Binnenmarkt. Die EU versteht sich – auf einer Werte-Ebene – auch als Sozialmodell. Sie ist im Vertrag als soziale Marktwirtschaft verankert und betont die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte der Unionsbürger. Die Grundrechtscharta von Nizza (2000)¹ ist nunmehr infolge der Reform Primärrecht geworden. Zu diesen Grundrechten gehört auch der freie Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die nunmehr auch explizit in doppelter Weise (eigenständig und infolge der Nennung der Grundrechtscharta) im Vertrag als Wert im Strukturgefüge der EU anerkannt werden. Mehr noch: Die Möglichkeiten der

1 In dem von Henrike Müller herausgegebenen Band sind Beiträge einer studentischen Projektgruppe zu ausgewählten Dimensionen der Europäischen Grundrechte behandelt. Die Analyse, die auf den Kontext nationaler Praktiken in der Umsetzung fokussiert, nimmt primär Bezug zu sozialen Ausgrenzungen im Zusammenhang mit Minderheitenschutz und ist für die vorliegende Thematik daher nur als Hintergrundfolie von Bedeutung, da es, thematisch anders gelagert, um Fragen geht wie Datenschutz, Roma-Diskriminierung, MigrantInnen in irregulären Situationen, Mehrfachdiskriminierungen etc.

kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft werden nunmehr schätzend als Wert eigener Art rechtlich – und das bedeutet: konstitutionell – anerkannt.

Es zeichnet sich somit auf der Ebene der Mitgliedsstaaten ein Gewährleistungsstaat in der EU ab, der das Recht zur Sicherstellung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hat. Doch was bedeutet dies nunmehr konkret mit Blick auf die Wahlfreiheit der Art und Weise der Erledigung der Gewährleistungsstaatsaufgaben im Fall der DA(W)I?

Das Hauptproblem, das weiterhin zur Diskussion gestellt werden muss, bleibt die Frage, wie sich die Binnenmarktprinzipien zu diesem Gewährleistungsstaat strukturell in Beziehung setzen lässt. Wie darf und kann der Gewährleistungsstaat seine Aufgaben angesichts des EU-Wettbewerbsrechts wahrnehmen?

Die Debatte muss als Spannungsfeld gleichwertiger Werte verstanden werden: Wirksamkeit der Gleichbehandlung und Transparenz im Binnenmarkt *einerseits* und Grundrecht der Unionsbürger auf Gewährleistung der Daseinsvorsorge sowie das Recht der Staaten auf kommunale Wirtschaftstätigkeit im Sinne der Daseinsvorsorge *andererseits*. Aber wie? Das Subsidiaritätsverständnis (rechtshermeneutisch als produktive Leerformel gesehen) ist somit erneut zur Klärung angesprochen.

In welche konkreten Mechanismen (im Bereich des Inhouse-, Vergabe-, [Dienstleistungs-]Konzessions-, Beihilferechts etc.) lässt sich dieses spannungsvolle Werte-Gefüge überführen? Bislang lag die Betonung im Diskurs auf die Binnenmarktkonformität der nationalen Art und Weise der Daseinsvorsorge; nunmehr muss – umgekehrt – auch (quasi *de-konstruktiv* gelesen) gefragt werden nach der Konformität der Binnenmarktpolitik in Hinsicht auf die Strukturwerte der mitgliedsstaatlichen Rechte zur kommunalen Daseinsvorsorge.

Welche nationalen Handlungsspielräume ergeben sich aus diesem Werte-Spannungsfeld? Wie könnten diese Spielräume im Rahmen einer geeigneten Rechtsordnung aussehen und alltagstauglich technisch machbar werden?

Er werden nun zunächst die rechtlichen Freiheitsgrade in diesem Spannungsfeld skizziert. Sodann die ökonomischen Freiheitsgrade, sofern darüber disponiert werden muss, welcher ökonomischen Theorierichtung in der Frage der ökonomischen Effizienz und gesellschaftlichen Effektivität gefolgt werden kann. Die Diskussion der angeführten neueren Literatur wird in diese Analysen integriert.

Die die Gesamtdiskussion kohärent integrierende und daher übergreifende These wird sein: Die Binnenmarktlogik zwingt nicht zur Verneinung aller Wahlfreiheiten in der nationalen (mitgliedsstaatlichen) Erledigungspraxis öffentlicher Aufgaben, da eben diese Wahlfreiheit zu den Grundwerten der EU gehört. Ist diese These plausibilisierbar? Ökonomisch gesehen ist eine zweite These, nämlich die der Zurückweisung einer apriorischen Effizienzüberlegenheit privater Erwerbsunternehmen gegenüber öffentlichen Unternehmen, abhängig vom konzeptionellen (engen oder weiteren) Verständnis von Effizienz und genau dann empirisch nicht evident, wenn dieser Konstrukt-Bildungsprozess epistemisch reflektiert wird.

II. Welche rechtlichen Freiheitsgrade für öffentliches Wirtschaften gewährt das ER-Recht?

Die EU hat – wie im Fall der Sozialpolitik im Lichte von Art. 168 i. V. m. Art. 153 EUV (Schulz-Nieswandt 2012) – an sich gar keine eigenständige Kompetenz. Hier gilt im Grunde das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV. Aber es sind die dynamischen *spill-over*-Effekte der Logik des Binnenmarktes, die die nationalen Traditionen aufbrechen und schmerzliche architektonische Anpassungserfordernisse zu erzwingen drohen.

An dem kompliziertem Algorithmus des europäischen Beihilferegimes² lässt sich diese transformationsantreibende Diskrepanz erkennen. Wie sieht die Grammatik des komplizierten Ablaufschemas dieses Beihilferegimes aus? a) Es gilt zunächst die De-minimis-Verordnung. Trifft der Tatbestand (wobei es wohl auch unterschwellig Rechtskontroversen in der Praxis gibt) zu, liegt keine Beihilfe vor; b) Trifft der Tatbestand nicht zu, gelten die Altmark-Kriterien; c) Werden diese nicht erfüllt, findet eine Überprüfung statt; d) Daraus kann sich eine Meldepflichtigkeit ergeben; e) Daraus wiederum kann sich ein Verbot der Beihilfe ergeben.

Ebenso und wohl in ganz zentraler Weise erkennbar ist der latente Druck zum obligatorischen Ausschreibungswettbewerb, der sich aus dem ökonomischen Gebiet der *Public Utilities* heraus trans-sektoral ausdehnt (etwa auch auf die auf die Felder sozialer Dienstleistungen). Nur als Reaktion auf den öffentlichen Druck ist der Wasserbereich (Laskowski 2010; Schulz-Nieswandt 2010) aus der Dienstleistungskonzessionsrichtlinie (vorerst) herausgenommen worden.

Diese Markttöffnung schließt (gewährleistungsstaatstheoretisch [Franzius 2009]) Regulierung, z. B. auch im Sinne des Verbraucherschutzes (Maier-Rigaud 2013), keineswegs aus, im Gegenteil. Die Marktidee der EU-Kommission sind hochgradig auf Qualitätssicherung abstellende regulierte Märkte. (Das zeigt auch die Studie von Landauer.) Die Frage wird sein, was alles unter Qualität verstanden wird. Hier eröffnen sich Fragen hinsichtlich der gesellschaftspolitischen Bewertung der Marktergebnisse, aber auch die Fragen nach der Frustration institutionenbezogener Präferenzbildungen in der Gesellschaft. Darauf ist weiter unten bei der Diskussion der Ergebnisse der P/S/R-Analysen zurück zu kommen. In welcher Gesellschaft möchten die Menschen leben? Märkte sind ja, *parsonianisch* gedacht, nur ein (subsystemischer) Teil der Gesellschaft. Wie geht die Binnenmarktlogik der Markttöffnung aller Lebensbereiche eigentlich mit Präferenzen für *öffentliche* Erledigungsformen *öffentlicher* Aufgaben um.

Die Grundrechtscharta von Nizza aus dem Jahre 2000 brachte nun aber wohl in einigen Aspekten der Problematik eine paradigmatische Ergänzung zum Binnenmarktgeschehen und fand nun im Reformvertragsgeschehen Eingang in das Primärrecht. Wieso?

Paradigmatisch ist dieser Wandel deshalb, weil die gestiftete Unionsbürgerschaft nunmehr in einer spezifischen Architektur *vergrundrechtlich* wird in Richtung auf menschenrechtskonventionelle (Eichenhofer 2012) Grundrechte politischer, wirtschaftlicher und sozialer Art. Insofern ordnet

2 Aufbauend auf dem Altmark-Urteil des EuGH von 2003 und dem Monti-Kroes-Paket von 2005 umfasst das Almunia-Paket alle beihilferechtlichen Regelungen die Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DA[WJ] betreffend. Neben dem einschlägigen Beschluss und der De-minimis Verordnung gehört hierzu der „Qualitätsrahmen“ für DA[WJ] (Europäische Kommission 2011). Der Tatbestand der Beihilfe wird in Art. 107 AEUV geregelt, die Anmeldepflichtigkeit in Art. 108 Abs. 3 AEUV, die Genehmigungspflicht in Art. 108 Abs. 2 AEUV, die Rechtfertigung bei gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 106 Abs. 2 AEUV.

sich dieses grundrechtliche Denken der Teilhabe systematisch ein in die neuere, vor allem, aber nicht nur von der UN-BRK forcierte Rechtsphilosophie der sozialen Inklusion (Schulz-Nieswandt 2013 a; 2013 b).

Für die Thematik der DA(W)I stellen sich so Fragen nach der Gewährleistung der Einrichtungen und Dienste der sozialen Infrastruktur im Sozialraum: Wie werden – parallel zur Idee der Universaldienstleistungen (Aubin 2013), wobei das bei der Diskussion der Studie von Krajewski (S. 111 f.) sowie der P/S/R-Schriften nochmals Thema sein wird – Zugänglichkeit, Verfügbarkeit, Erreichbarkeit und Akzeptabilität sichergestellt?

So schützt das neuere EU-Vertragswesen z. B. zunächst durchaus die (deutsche, dort verfassungsrechtlich verankerte: Krajewski S. 261ff.) Tradition der kommunalen Selbstverwaltungswirtschaft in Art. 4 (2) EUV, ein Sachverhalt, der etwa z. B. auch 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 (Europäische Kommission 2011).

Das Feld ist spannungsreich infolge vielfältiger *Ambivalenzen*.

Vor allem der Art. 14 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 26 fundiert *einerseits* das Recht der EU-Staaten auf Betreiben der sozialen Daseinsvorsorge im Sinne der DA(W)I. *Dennoch* unterliegen die sozialen Dienstleistungen *andererseits* im Lichte eines EU-rechtlich präferierten Gewährleistungsstaatsmodells dem komplizierten Beihilferegime. Der Staat wird als „Pflichtenheftmanager“ im Sinne eines wohlfahrtsstaatlichen Kontraktmanagements 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 *aber* immer wieder normierend das Modell des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs wie in den ökonomischen Märkten der *Public Utilities* auf.

An diesem (wenngleich m. E. nicht „naturrechtlich“ zwingenden) 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) im Lichte der vorherrschenden rechtshermeneutischen Auslegungsordnung nichts, auch nicht, obwohl genau dieses Grundrecht des Art. 36 der Grundrechtscharta nunmehr in Art. 6 EUV genannt wird. Die EU-Kommission legt – dazu mehr in Teil III der Analyse – die Idee des freien Zugangs ohnehin wohlfahrtsökonomisch sehr eng als Problem der Affordability aus, womit die Theorie der niedrigsten Preise als Schutz vor überhöhter Abschöpfung der Konsumentenrente präferiert wird, die nicht einmal einer modernen Theorie des integrierten Preis-Qualitäts-Wettbewerbs entspricht, abgesehen davon, dass unter Qualität recht komplexe gesellschaftliche Gestaltungsanliegen präferiert werden können, wie weiter unten noch vertiefend zu argumentieren sein wird.

Insofern ist eine hinsichtlich der Binnenmarktrechtswirksamkeit relevante Unterscheidung zwischen Dienstleistungen von öffentlichem Interesse a) wirtschaftlicher Art (DAWI) *einerseits* und b) nicht-wirtschaftlicher Art (DAI) *andererseits* problematisch, denn es sind keine Tatbestände auszumachen, die nicht marktechnisch möglich sind. Marktversagen oder die Grenzen der Markt-nutzbarkeit sind m. E. aber keine rein markttechnischen Fragen, auch keine quasi-objektiven Gü-

tereigenschaften (wie kritisch Theo Thiemeyer anzumerken wusste), sondern politischen Fragen der gesellschaftlichen Marktergebnisbewertung. Es geht demnach, *epistemisch* betrachtet, um eine politische Theorie öffentlicher Güter/Aufgaben.

Fundieren sich solche Sichtweisen im Rekurs auf die Habilitationsarbeit von Krajewski? Die Arbeit von Krajewski ist in der üblichen gekonnten rechtswissenschaftlichen Forschungsmentalität systematisch aufgebaut und kann sogar als Kompendium dienen. Obwohl er die Kompetenzverteilung (S. 147ff.) im europäischen Mehr-Ebenen-System in einem eigenständigen Kapitel behandelt (S. 305ff.), ist diese in der Europaforschung übliche Mehr-Ebenen-Analytik die hintergründige Architektur seiner gesamten Arbeit. Denn er diskutiert die Problematik *einerseits* von der Union aus (S. 163ff.), also quasi „top-down“, *andererseits* von den Mitgliedstaaten aus (S. 261ff., 291ff.), also quasi „bottom-up“. Dabei beachtet er mit Fallauswahl (Frankreich, Großbritannien, kürzer Spanien u. a.) auch die Vielfalt der nationalen Traditionen und themenbezogenen Aufstellungen verschiedener EU-Staaten (S. 45ff.). Angesichts der Besonderheit der föderalen Struktur Deutschlands erscheint dies auch notwendig. Es wird daran bereits deutlich, wie schnell sich eine gewährleistungsstaatliche Einheitskultur der Kommissionsphilosophie schmerhaft an die Gestaltsidentitätsvielfalt der europäischen Gesellschaften reibt, diese sogar an jener zerbrechen kann.

Das Mehr-Ebenen-System wird bei Krajewski auch noch in seiner Komplexität gesteigert, indem er die Welthandelsordnung einbezieht (S. 117ff.). Angesichts der anhaltenden GATS-Diskussion ist dies auch dringend geboten.

Die Arbeit ist sodann fundiert durch begriffsanalytische Klärungen (S. 3ff.), die die deutschrechtliche Tradition der Daseinsvorsorge (S. 15ff.) überführt in die europarechtliche Konstruktion (S. 77ff.; 125ff.) der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem oder nicht-wirtschaftlichem) Interesse (DA[W]I).

Die umfassende Arbeit, die in allen Kapiteln zur schnellen Orientierung in einer Zusammenfassung der Ergebnisse (S. 42, 74, 114, 142, 251, 317, 379) mündet, verdichtet das Gesamtfazit in Richtung auf die Idee des Gewährleistungsstaates (S. 571ff.). Damit mündet die Arbeit zunächst in die vorherrschende *Doxa* ein (S. 549ff.), die Binnenmarktlogik und europäisches Sozialmodelldenken unter dem Gesichtspunkt der Passung kombiniert. Das Problem liegt jedoch in der Konkretisierung der Gewährleistungsidee, die Krajewski in den Kapiteln zur Praxis der Erledigungsweisen öffentlicher Aufgaben behandelt (Organisation/Erbringung/Finanzierung: S. 321ff., 383ff., 441ff.). Der kontroverse Punkt liegt *nicht* auf der rechtsphilosophischen Ebene der Gewährleistungsstaatlichkeit, die die staats- und rechtsphilosophisch traditionsreich reflektierte (*duale*) Beziehung von Staat und „bürgerlicher (Markt-)Gesellschaft“ organisiert. Die Kontroverse liegt in der Frage der Möglichkeiten und Bedingungen der Möglichkeiten öffentlichen Wirtschaftens, wenn sie nicht in öffentlicher Eigentums*einheit* vollzogen wird. Morphologisch knüpft das Problem an die alte Tradition der Gemischtwirtschaftlichkeit, neuerdings in einer Begriffs- und Konzeptionsvielfalt von PPPs an, Entwicklungen, die aus der auf die Produktion von *Hybridizitäten* (so terminologisch Gerold Ambrosius) abststellenden Differenzierungsgeschichte der (kommunalen) Regie- und Eigenbetriebe in rechtlich unselbständiger oder selbständiger Form resultiert. Diese Auslagerungen aus der (ordnenden) Verwaltungskultur in die (leistende) Unternehmenskultur der Erledigung öffentlicher Aufgaben werfen bei Gemischtwirtschaftlichkeit (Krajewski, S. 381) über das EU-wettbewerbsrechtliche Dispositiv des obligatorischen Aus-

schreibungswettbewerbs im Nexus mit vergaberechtlichen Ordnungstraditionen einen von der EU-Kommission geleugneten, aber tatsächlich evidenten schleichenden, impliziten Privatisierungsdruck auf. Vgl. dazu in Krajewski S. 380 mit Bezug auf Art. 234 AEUV sowie Art. 106 Abs. 1 AEUV. Die Neutralität der Union gegenüber nationalen Eigentumszuordnungen bedeutet im Umkehrschluss nicht, es gäbe Bereichsausnahmen gegenüber dem EU-Primärrecht. Das Problem liegt also in der konkreten Erbringungsweise (dazu S. 381ff.). Die normative Logik der EU ist eine solche eines mehrfach abgestuften Präferenzsystems (S. 439). Im Kern fokussiert die EU auf regulierte Märkte (S. 440). Öffentliches Wirtschaften ist in eigentumsrechtlicher Reinform möglich, wenn auch in der Stufenlogik eigentlich nicht erwünscht.

Krajewskis Habilitation ist von *fundamentaldogmatischer* Bedeutung für die fachliche Diskurslandschaft und wird für längere Zeit meinungsbildend wirken. Er legt den Gewährleistungsauftrag offensiv aus, bleibt aber bei allen Andeutungen auch ohne klare Antwort auf die Frage, welche nationalen Spielräume bestehen, um aus den eigentumsrechtlichen Reinheitsgeboten der EU der gestalt herauszufinden, um modale Wahlfreiheiten in der Erledigungspraxis öffentlicher Aufgaben wirksam werden zu lassen. Insofern bleibt die Frage nach der Hegemonialstruktur der Rechtshermeneutik mit Blick auf die Hypothese einer Gleichwertigkeit der Grundwerte der nicht-diskriminierenden Marktzugängen (Individualrechte [S: 495ff.] i. V. m. einigen weiteren Aspekten: S. 537ff.) *einerseits* und den nationalen Traditionen der Erledigung öffentlicher Aufgaben *andererseits* weiterhin, positiv und optimistisch formuliert, unabgeschlossen. Krajewski (S. 318): „Weder die Beschwörung der mitgliedstaatlichen Autonomie noch der disziplinierenden Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts sind der Komplexität öffentlicher Dienstleistungen angemessen.“ Auch wenn sich das Solidaritäts-Paradigma³ im Unionsrecht doch deutlich konturiert herausgebildet hat, wie Krajewski entfaltet, bleibt der Konflikt mit dem Wettbewerbsdenken im Unionsrecht latent und wird weiterhin manifest. Die Europäisierungsthese (vgl. auch Schulz-Nieswandt 2012) bestätigt sich (Krajewski S. 546).

Auch die Gewährleistung der Daseinsvorsorge wird so (Krajewski S. 580 f.) – *in statu nascendi* (S. 587) – zu einer geteilten Gewährleistungsverantwortung in einem Gewährleistungsverbund (S. 576). Auch hier wirkt im Hintergrund der Theoremarchitektur das analytische Mehr-Ebenen-System. Die letzte Auffangverantwortung liegt bei den Mitgliedsstaaten (S. 584).

Insgesamt bleibt Krajewskis Einschätzung über diese Entwicklung verkörpert in der These einer *Ambivalenz* (S. 586). Nur schwach deutet Krajewski (S. 590 f.) infolge von Art. 14 AEUV eine *Kehrtwende* an.

Es bleibt also zunächst weiterhin bei der dominanten Orientierung auf die gewährleistungsstaatliche Klärung der Erledigung öffentlicher Aufgaben als *materielle Substanzsicherung* im Funktionsmodus des Marktöffnungsdrucks. Dieser Orientierung begegnet man auch wieder in den P/R-Publikationen.

3 Hier ist die Einleitung von Lena Raser/Henrike Müller zu dem von Müller herausgegebenen Band „Ein Recht auf Rechte in Europa?“ hervorzuheben, da hier auf die Präambel der Charta der Grundrechte abgestellt wird. Denn dort wird auf die Wertestruktur der Französischen Revolution (Freiheit, Gleichheit, Solidarität) Bezug genommen. Dies transformiert den Bezug zur Rechtsstaatlichkeit (Freiheit und Gleichheit) zur *sozialen* Rechtsstaatsidee (Solidarität). Die rechtsphilosophischen Begründungszusammenhänge mit der Sozialstaatlichkeit fallen jedoch in den Beiträgen des Bandes eher blass aus.

III. Auf welchem Stand der ökonomischen Theorie argumentiert die EU-Kommission?

Es kann die Meinung vertreten werden, dass die weitgehend in neoklassischer Tradition stehenden Formen der Begründung des Marktversagens nicht ausreichend sind, um die anstehenden Fragestellungen zu beantworten. In diesem Sinne war bereits weiter oben von einer *politischen* Theorie öffentlicher Güter/Aufgaben die Rede. Dies stellt auf die im Post-Strukturalismus postulierte *ontologische Differenz* des Politischen und der Politik, die hier nicht breiter und vertieft referiert werden kann/soll, ab. Keine Rechtshermeneutik kommt an der Frage der politischen Gewichtung der konkurrierenden Grundwerte in dem skizzierten europäischen Spannungsfeld herum. Das *Agonale* bestimmt in diesem Sinne die ontologische Struktur des Politischen. Davon kann die ontische Praxis der Politik nicht unberührt sein.

Vor allem die argumentativ so bedeutsamen externen Effekte werden, *semiotisch* gesehen, in der vorherrschenden ökonomischen Wohlfahrtstheorie inhaltlich zu eng ausgelegt. Märkte müssen hinsichtlich der allokativen und distributiven, aber auch sittlichen, auf die soziale Integration/soziale Kohärenz bezogenen Wirkungen politisch bewertet werden. Das wohlfahrtstheoretische Konzept der Externalitäten als direkte Interdependenz der Wohlstandsfunktionen der Akteure wäre somit mit Blick auf die Bedeutungsinhalte komplex auszulegen. Effizienz ist nicht zu eng marktökonomisch zu bestimmen, weil so gar nicht alle Typen von (z. B. der konstitutionellen/institutionellen) Präferenzen abgebildet bzw. aggregiert werden.

Hier sind die Problematisierungen der Effizienzmessungen privat-erwerbswirtschaftlicher und öffentlicher Unternehmen von Holger Mühlenkamp (2012) anzuführen.

Es geht weitergehend ferner um gesellschaftliche, semantisch komplexe Effektivität. Effizienz kann ja nicht losgelöst von den Zielfunktionen der Institutionen diskutiert werden. Und es geht nicht um technische Produktionseffizienz in einem engen Sinne der Wirtschaftlichkeit, sondern um die Erledigung öffentlicher Aufgaben. Hier knüpfen neuere Diskurse um die soziale *Komplexrendite* (in einer älteren Tradition der gesellschaftlich erweiterten Rechnungslegung stehend), etwa auch im Lichte der Methode des *social return of investment*, an.

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 Konsumgüternutzenlevels der BürgerInnen, sondern auch um die soziale Wahl der institutionellen Ordnungen, in denen die Menschen als Wirtschafts-, Staats- und Sozialbürger leben wollen (Schulz-Nieswandt 2012 a). Der Mensch ist ja nicht reduzierbar auf den *homo oeconomicus* in Märkten (wo er ohnehin viel komplexer auftritt als *homo socialis* im Sinne der Rollenspiele oder *homo culturalis* im Sinne kultureller Einbettung seiner Orientierungen). Er ist konstitutiv auch *homo politicus* und ringt (*struggle about ideas*) um den allgemeinen Willen des Gemeinwohls. Ideenpolitische Korridore bahnen die Verlaufspfade der Interessen.

Die gesamte Situation des Diskurses ist also voller Ambivalenzen. Von einem widerspruchsfreien Ordnungsgleichgewicht der Gesamtsituation kann nicht gesprochen werden.

Daseinsvorsorgepolitik gehört *einerseits* zu den weitgehend souveränen Freiräumen der EU-Staaten. Aber die Arten und Weisen der nationalen Governance-Regime müssen wohl *anderer-*

seits zur Logik des Binnenmarktes (Freizügigkeiten als Grundfreiheiten und entsprechende Gleichbehandlungen sowie Transparenzen) passen.

Dennoch ist das ökonomische Modell der EU-Kommission 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 (zugleich Ziele der OMK).

Hier macht es Sinn, als *Exkurs* die Dissertation von Beate Braams aufzugreifen. Die Methode der OMK ist bislang vorwiegend in der politikwissenschaftlichen Europaforschung behandelt worden. Wenngleich ein rechtsdogmatischer Bezug zur EU-Politikordnung immer dabei mit gesehen wird, so ging es in zahlreichen empirischen Studien (Dissertationen) vorwiegend um eine Wirkungsanalyse im Kontext eines systematischen Forschungsinteresses an der Transformation bzw. Ausdifferenzierung von Governance-Trends im politischen System der EU. Die empirische Forschung war dabei sicherlich einerseits ertragsreich, andererseits hat sie doch auch nur sehr unsichere Validitäten hervorgebracht, weil schnell einsichtig wird, wie schwer (unmöglich) es ist, die Wirkung der OMK im Sinne eines methodischen Goldstandards kontrolliert longitudinal zu erforschen.

Die Dissertation von Braams legt nun den Schwerpunkt der Themenbehandlung auf rechtswissenschaftliche Fragen. Sie wirft die überaus bedeutsame Frage auf, ob nicht auch die in der Regel als (nur) *soft* ausgelegte Politikstrategie der OMK eigentlich eine (supra)staatliche Gewaltausübung innerhalb der EU, die ich ja als Verfassungsvertragsverbund (vgl. auch Krajewski S. 571) morphologisch begreife, darstellt. Wenn dies der Fall ist, muss die OMK systematischer rechtlich im primären Vertragsrechtsgefüge in seinem quasi-konstitutionellen Charakter verankert werden. Diese These wird die Rechtswissenschaft nunmehr in Zukunft zu beschäftigen haben. Hier nun ist von Belang, dass dieser rechtswissenschaftliche Blick auf die OMK die bisherige Verharmlosung der OMK als *soft-policy* dramatisiert. Sie ist Gewaltausübung. Nun wird die in der politikwissenschaftlich oftmals genutzte Wirkungshypothese, die kategorial der (mitunter psychoanalytisch aufgeklärten) Kulturanthropologie/Ethnologie entlehnt worden ist, die OMK wirke qua *public shaming*, in ihrer Charakterbestimmung durchaus dramatisch gewichtet. Beschämung wird zum Modus der Gewaltausübung. Hier wird die Fachdiskussion ansetzen und weiterdenken müssen.

Zurück aus dem Exkurs zur Arbeit von Braams über die Politik der Koordinierung. Die EU-Kommission treibt, teilweise im Rahmen einer (auf *soft law* bezogenen) 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 Marktoffnung erfolgt im Rahmen einer regulativen und dadurch erst die Märkte konstituierenden Politik.

Regime von Wettbewerbssurrogaten schaffen erst Quasi-Märkte (Ausschreibung, Betrauung etc.). Rechtliche Regime der Marktschöpfung ersetzen zunehmend Vorstellungen von Marktversagen (etwa bei Risikoselektion), jedoch nicht gänzlich (Schulz-Nieswandt 2011 und 2011 a mit Bezug auf das Monopol der Berufsgenossenschaften).

Hier ordnen sich nunmehr die beiden ersten Bände des P/S/R-Instituts ein. Und ich komme dazu auf mein Fazit in Bezug auf die Arbeit von Krajewski zurück. Die Arbeit von Mitterlehner/Leix-

nering/Polzer/Barth (Band 1 der P/S/R-Schriftenreihe) stellt eine sehr verdienstvolle Zusammenstellung und Analyse des aktuellen Standes der Rechtsentwicklung im Bereich der DA(W)I dar. (Das Schriftbild hätte aber etwas lesefreundlicher sein können.) Auch die Schlussfolgerungen, wie sie sodann ähnlich zu finden sind im (lesefreundlicher gestalteten) Positionspapier vom Public Social Responsibility Institut (Band 2 der P/S/R-Schriftenreihe), decken sich mit der rechtswissenschaftlichen Diagnostik und sozialwissenschaftlich relevanten Prognose von Krajewski, die EU fundiere eine Idee der Gewährleistungsstaatlichkeit, die einen gangbaren Weg der Erledigung öffentlicher Aufgaben in Form der DA(W)I ermögliche. Dabei akzeptieren die VerfasserInnen der P/S/R-Schriften jedoch den unaufhaltsam erscheinenden Pfad in den obligatorischen Ausreibungswettbewerb und gehen somit wiederum an der hier interessierenden Frage nach den *modalen Wahlfreiheiten jenseits einer reinen Einheitskultur der Markt-Surrogat-Öffnungen* vorbei. Aber innerhalb dieser Positionierungen erscheinen die beiden P/S/R-Schriften von grundlegender Bedeutung. Es geht dort um die Sicherung einer *materiellen Substanz* in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Dabei überzeugt die auch von mir vorgetragene Grundrechtsfundierung der DAI. Dazu wird nun die Qualitätseinforderung aus einer (z. B. in der Sozialpolitik, aber auch in der Verbraucherschutzpolitik) verengten produkttechnischen Qualitätsmanagementstrategie gelöst und Qualität zu einer Begrifflichkeit für eine komplexe, politisch zu definierende Substanz öffentlicher Aufgaben. Die Argumentation erinnert an die klassische (sowohl deutschen wie auch anglo-amerikanischen) Infrastrukturtheorie, die die Eigenschaften der Verfügbarkeit, Erreichbarkeit, Zugänglichkeit und Akzeptanz von Diensten und Einrichtungen existenzialanthropologischer Art (Energie, Wasser, Abwasser, Verkehr, Kommunikation, Gesundheit, Wohnen, Bildung etc.) betont. Im Sinne der modernen Theorie von Versorgungs(wertschöpfungs)ketten sind Kriterien wie Kontinuität, Stetigkeit, Integriertheit zu betonen; Schnittflächen ergeben sich zur Theorie der Universaldienstleistungen, wie sie in einem Kapitel auch bei Krajewski abgehandelt werden.

Diese Debatte spielt auch im deutschen Sozialrecht⁴ eine konstitutive und fundamentale Rolle bei der Sicherstellung als Delegation öffentlich zu gewährleistender Dienstleistungen ambulanter und (teil)stationärer Dienstleistungen an die staatsmittelbare Selbstverwaltung sowie an die regulierten und öffentlich (mit)finanzierten Quasi-Märkten freier und privater Träger der Erledigung.

4 Hier muss die Dissertation von Martin Landauer angeführt werden, der einen diesbezüglichen Rechtsvergleich mit England im *policy*-Feld der stationären Langzeitpflege durchführt. Der deutsche Vergleich zu England ist in der eher politikwissenschaftlichen Governance-Forschung in Verbindung mit dem Theorem des Wohlfahrtspluralismus (*welfare mix*) nicht neu, aber eben entsprechend sozialwissenschaftlichen Forschungslogiken relativ abstrakt, was die Konkretisierung der institutionellen Strukturen angeht – außer es geht um ethnographisch aufgeklärte, auf Lebenswelten abstellende qualitative Studien. Die entsprechend der rechtswissenschaftlichen Wissenschaftstradition übliche und so erwartbar systematische und umfassende Analyse bringt also das Thema Gewährleistungsstaat (S. 92ff.) und Langzeitpflege im methodisch reflektierten (S. 43 f.) Zwei-Länder-Vergleich zusammen. Die Dissertation analysiert komparativ Marktstrukturen, staatliche Leistungen, Qualitätsmanagement, Regulierungsmechanismen etc. Die von Detailfülle geprägte (aber eben strukturiert dargelegte) Komplexität ist riesig: Da muss der/die LeserIn durch. In der Gesamtbetrachtung versteht Landauer beide Länder als Gewährleistungsstaaten (S. 517). Dabei können verschiedene Wandlungen im PPP-Bereich (Privatisierungen einerseits und Traditionsbestände freigemeinnütziger Organisationen andererseits) wirksam werden. Die Gewährleistungsstaatstheoretische Gemeinsamkeit täuscht aber darüber hinweg (S. 519), dass unterhalb dieser abstrakten Typusbestimmung die Unterschiede beträchtlich sind. Das betrifft die Auffangverantwortung im Verhältnis zur Erfüllungsverantwortung, womit genau das mich hier interessierende Thema angesprochen wird. Hier signalisiert Landauer Spielräume der Ausgestaltung der Idee. Hier endet allerdings auch die Relevanz der Studie zumindest im Lichte der hier dominierenden Fragestellung, weil die Dissertation von Landauer die europarechtlichen Bezüge ausspart.

Infofern könnte sich die Position der P/S/R-Schriften re-formulieren lassen als Plädoyer für einen integrierten Preis-Qualitäts-Ausschreibungswettbewerb bzw. Vergabe- und Betrauungsakt, sofern Qualität eben als komplexe politische Zielbestimmung zur Konkretisierung der öffentlichen Aufgabe verstanden wird. An dieser Stelle wird deutlich, wie diese Diskussion an Abschnitt III angeschlossen werden kann. Die dort gestellte Frage lautete ja: Effizienz? Ja, aber in Bezug auf was? Das *Was* ist nun Konstrukt politischer Definitionsprozesse des gesellschaftlich komplex Gewollten. So verbleibt die P/S/R-Position einerseits der polemisch kritisierten Position des Staates als kastrierter Pflichtenheftmanager im Vergabewesen verhaftet, andererseits wird die Substanzdebatte der Auftragserledigungsdelegation nunmehr politiktheoretisch ernst genommen. Anders ausgedrückt: Innerhalb der Domäne der hegemonialen Marktzugangseröffnungsstrategie wird ein Stück des genuin Politischen zurück erobert. Es geht um die Zuteilung der Definitionsmaht. Diese wird im Kontext der öffentlichen Hand als Auftraggeber wieder politisiert und der Gesellschaft überantwortet, nicht dem Markt. Der Markt und andere Wettbewerbssurrogate bleiben dann ein Instrument, kein Wert- und Normgenerator. Die ökonomische Wohlfahrtstheorie erscheint hier auch weitgehend abgekoppelt zu sein von der Vielfalt der modernen normativen Ethik im Kontext von Moral-, Politik- und Sozialphilosophie.

So verdienstvoll die Intensivierung des Anspruchs in dieser neueren Literatur, auch der P/S/R-Schriften, ist, den Gewährleistungsstaat im Lichte der sozialen Grundrechte der Zugangschancen zu den DA(W)I in Form eines gesellschaftlichen Qualitätssicherungsmanagements im Ausschreibungswettbewerb zu verankern, es bleibt eine *Kastration des öffentlichen Wirtschaftens*. Hier wäre eher Müller (2013) radikal weiter zu denken, der die offene Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Solidaritätsprinzipien darlegt. Die Frage nach den Chancen der lokalen/regionalen Selbstverwaltung, die auch Stirn (2013) erneut diskutiert, bleibt, fraglich. Hier benötigt der Diskurs im Kräftefeld der Ideen und Interessen die Rückgewinnung des Öffentlichen als das Politische.

IV. Fazit

Institutionelle Wahlfreiheit in der Organisation der Daseinsvorsorge wird von der EU *immer weniger* geboten. Die nationalen Strukturen müssen sich in ihrer Gestalt und Funktionslogik *immer mehr* den Einheitsschemata als Resultanten des Funktionalismus der Binnenmarktlogik fügen. Das ist ein (aus der Sozialgeschichte bekannter) Mechanismus negativer Integration, die auch in normativer Hinsicht problematisch erscheint. Das zentrale Problem bleibt somit der spannungsreiche Korridor zwischen Einheitsfiktion und Vielfaltwahrung (Franzius 2010).

Im Bereich der ökonomischen *Public Utilities* wird nur eine *absolute Reinheitskultur des Inhouse-Prinzips* (Schulz-Nieswandt 2013) von der EU zugelassen. Damit geraten natürlich alle „unreinen“ wohlfahrtspluralistischen Systeme (etwa gemischtwirtschaftlicher Art) unter Transformationsdruck, weil Formen des PPP ebenso vergaberechtlich in Richtung auf Ausschreibungswettbewerb eingestuft werden. Diese Mutationslogik wird funktionalistisch codiert als „Modernisierung“, ist aber eine *heteronome* (fremdbestimmte) Transformation historisch gewachsener, oftmals kollektive Identität stiftender Wohlfahrtskulturen der Nationen. Die EU-Politik der Kommission wird daher *zunehmend als Institutionen- und Föderalismus-erodierend eingeschätzt*.

Hier muss nun *exkursartig* die soziologische Analyse der theoriegeleiteten, empirischen Dissertation von Astrid Kufer ihren Platz finden. Die Studie ist soziologischer Art und analysiert im Lichte der verschiedenen sozialgeschichtlichen Pfade die Vielfalt der Wertekulturen und normativen Orientierungen der EU-Welt. Behandelt werden einerseits „gemeinsame Tiefenstrukturen und sozialgeschichtliche Ausdifferenzierungen“ in der europäischen Werteordnung (S. 25ff.), andererseits die Datenauswertungen in Hinsicht auf die drei zentralen Dimensionen „Politik und Demokratie“ (S. 101ff.), „Wirtschaftsordnungsvorstellungen und Arbeitsethik“ (S. 125ff.) und „Familien und Geschlechterrollen“ (S. 148ff.). Dazu werden auch relevante moderne soziologische Daten (die jüngste Europäische Wertestudie [EVS] für alle 27-EU-Mitgliedsländer) ausgewertet. Die ertragsreiche Studie ist im vorliegenden Kontext nicht nur als allgemeines sozial-kundliches Hintergrundwissen für die Debatte um das Gelingen (Scheitern) der europäischen Integration als EU bedeutsam. Kufer hält fest, dass die These *einer* europäischen Wertegemeinschaft weitgehend nicht bestätigt werden kann (S. 175). Natürlich gibt es Kernbereichskonvergenzen und Gemeinsamkeiten. Hier zeichnen sich Pfade einer kollektiv geteilten europäischen Kulturgeschichte seit der Antike ab. Griechische und christliche Pfadwurzeln lassen sich normativ ausmachen. Strukturen ähnlicher Staats- und Familienbilder lassen sich ausmachen; kirchengeschichtliche Entwicklungslinien sind hier prägend. Dies sind, so Kufer, Eckpunkte (*cultural values*) einer gemeinsamen Werteordnung. Die konkretere Ebene der *social values* führt den Blick aber bereits auf Differenzierungslinien und ausdifferenzierten Mustern. Zumindest auf der Umfragedatenebene zeigen sich Ähnlichkeiten in den Einstellungen im Bereich „Politik und Demokratie“; hinsichtlich der Dimension „Wirtschaftsordnungsvorstellungen und Arbeitsethik“ zeigen sich komplizierte Differenzierungen innerhalb und zwischen den Ländern, wobei Kufer erhebliche methodische Vorbehalte anmeldet. (Angemerkt sei, dass sich übergreifend Mehrheiten der Bevölkerung gegen Liberalisierungen aussprechen.) Am deutlichsten sind die hypothetisch erwarteten Muster im Bereich „Familie und Geschlechterrollen“. Egalitärere Geschlechterrollenmuster haben sich konvergierend entwickelt; erhebliche Differenzen gibt es in der Einstellung zu Kindern. Insgesamt gesehen zeichnen sich Differenzen zwischen Nordwesteuropa und traditionell katholischen Ländern ab, die intern nochmals mit Blick auf die West-, Ost- und Süd-Richtung differenziert werden müssen. Fazit: Kultur ist relativ resistent gegenüber Politik und Wirtschaftsmodernisierung. Dass wirft Grenzen der trivialen Konvergenz (gar Harmonisierung) von Wohlfahrtsstaatsmodellen in der EU auf; das gilt auch für Liberalisierungsideen.

Die Studie von Kufer ist also relevant, weil sie durchaus kulturellen Tiefengrammatiken in der performativen Erzeugung von europäischer Heterogenität aufweisen kann: Sie ist auch relevant, weil sich zeigt, dass die EU-Binnenmarkt-Politik, dies ist nun meine Schlussfolgerung, mit all ihren trans-sektoralen *spill-over*-Effekten deutliche Grenzen in der Präferenzenlandschaft der Bevölkerungen findet.

Heterogenitätsdarlegungen sind auch mit Blick auf die sozio-ökonomischen Entwicklungsdisparitäten in einer EU der verschiedenen Geschwindigkeiten in der Parallelstruktur von Vertiefung und Erweiterung von extremer Bedeutung. Das hat die Krise einer Währungsunion von heterogenen Clubmitgliedern ohne oder mit begrenzter realwirtschaftlicher Konvergenzneigung (Griechenland z. B. mit chronischem Leistungsbilanzdefizit und ohne überregional wettbewerbsfähiger Exportbasisindustrie) gezeigt.

Es geht aber mehr noch um die kulturelle Heterogenität auch in einem analytisch herstellbaren Zusammenhang zum Effizienzregime des Binnenmarktes, vorausgesetzt, man ist in der Lage, ganzheitlicher im Lichte einer wirtschaftsanthropologischen Perspektive auf die Dynamik der EU zu schauen. Die von mir polemisierte *EU-Reinheits-Einheits-Kultur der Marktoffnungen* auch der DA(W)I eröffnet liberal *einerseits* als supra-nationaler pädagogischer Paternalismus (erinnert sei auch an die diskutierte OMK als Gewaltausübung) Möglichkeitsräume für unternehmerische Marktzugangspräferenzen (vgl. auch in Krajewski, S. 495ff.), *andererseits* frustriert diese EU-Politik eines freiheitsgewährenden Paternalismus die institutionellen Präferenzen (Präferenzen über Erledigungsarrangements öffentlicher Aufgaben) und damit politische Meta-Präferenzen relevanter Teile der Bevölkerung (vgl. nochmals Schulz-Nieswandt 2010; 2012 a). Bei Abwägung dieser *thematisch, aber eben auch epistemisch unterschiedlichen Typen von Präferenzen* bleibt der Netto-Wohlfahrts-Effekt fraglich. Mehr noch: Man wird den Konflikt nicht nur im paradigmatischen Horizont eines *outcomes-welfarism* betrachten können. Es zählen nicht allein die individuellen Präferenzen über *private* Themen, sondern auch die (teil)kollektiv geteilten Präferenzen über *soziale* Themen. Die Frage ist also demnach die nach den *politischen* Grundrechten der Unionsbürgerschaft, Präferenzen über die Erledigungsarrangements der ebenso im Unionsrecht *sozialgrundrechtlich* verbürgten Präferenzen einer öffentlichen Daseinsvorsorge unabhängig vom Evangelium (so kritisch Siegfried Katterle) der Marktoffnung aller Lebensbereiche als Kolonialisierung der Lebenswelten verwirklicht zu sehen. Wo bleibt hier die Antwort der EU-Kommission? Wird dort diese Problematik überhaupt gesehen und verstanden? Ein eindeutiges Nein ist wohl zu vermuten.

Um vollständig zu argumentieren: Die Bekämpfung der Korruption im Schnittbereich Staat/Gesellschaft bleibt ein grundlegendes Thema der Schaffung eines funktionierenden Europas als Zivilisationsmodell. Dies konkretisiert sich in den feinen Mechanismen der innere Beziehungen zwischen den Logiken der Ausschreibung, der Vergabe und der Beihilfe (Krajewski S. 492 f.), die unter Transparenzgesichtspunkte geordnet sind. Dabei zielt die Sicht auf die Kostentransparenz, auf die Übertragungstransparenz und auf die Überkompensationstransparenz (bei der öffentlichen Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben im Fall der ausgelagerten Erledigung im Betreuungsakt). Das alles treibe zum Ausschreibungswettbewerb (S. 493).

Angemerkt sei, dass in all diesen Entwicklungen, auch gerade bei der Sicht auf die Erbringungseffizienztransparenz, der Effizienzbegriff betriebswirtschaftlich sehr eng gehalten wird.

Die Wohlstandsverluste der Korruption sind beträchtlich. Sie führt ganze Großregionen unserer Welt in die Stagnation, gar in die Agonie. Aber deshalb darf *das genuin Politische* im Lichte der oben angesprochenen Theorie der ontologischen Differenz nicht als Verschmutzung der reinen Welten der Märkte apriorisch abqualifiziert werden. Die Skepsis gegenüber der Qualität der Märkte schleicht sich ja in der EU selbst ein im Modus kaum begrenzbarer, ja eskalierender *Re-Regulierung de-regulierter Wirtschaftsbereiche*. Oder sollte hier des Pudels Kern liegen: Das Machtbedürfnis der EU-Kommission als Mega-Regulator Europas? Sollte die „Hüterin der Verträge“ diese Rolle zur magischen Einheitsrolle von Legislative, Judikative und Exekutive treiben? Zurück nochmals zum ökonomischen Reflexionsdefizit der Rechtsregime der EU. Kritisch bleibt ferner anzumerken, dass die EU-Kommission *wenig* Augenmerk auf die Transaktions-, insbesondere Regulationskosten dieser Quasi-Markt-Schöpfungspolitik 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.

Dabei kommt es aber, das habe ich politiktheoretisch zur Reflexion gestellt, auf die Zielfunktion an. Hierbei gehen Konzeptionen des „gesellschaftlich Gewollten“ ein. Das „Gewollte“ der Gesellschaftsgestaltungspolitik bezieht sich, nochmals paraphrasiert, einerseits auf die Wohlfahrts-Ergebnisse (die sich *konsumeristisch* nicht nur als niedrige Preise abbilden lassen), andererseits auch auf die institutionellen Formen der Erledigung der öffentlichen Aufgabe, sofern die Menschen über diese Frage eben eigenständige Präferenzen bilden.

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 Gesellschaft.

Allerdings ist noch ein *kritischer Blick auf diese Kritik* an der *EU-Marktschöpfungs-Politik* notwendig. Der Wandel hin zu regulierten Quasi-Märkten ist nicht nur exogen durch die EU bedingt; insofern wäre eine reine schulduweisende Polemik gegen Brüssel als „Epiphanie des Bösen“ reduktionistisch. Markttöffnungen und Wettbewerbssteuerung sind auch hausgemachte „Modernisierungen“ in Deutschland der letzten Dekaden.

Und: Schließlich muss auch betont werden, dass bei einer kritisch-ablehnenden Haltung gegenüber dem EU-Marktöffnungs-, Privatisierungs- und Wettbewerbs-Dispositiv 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, Sektoren, Systeme und der ganzen Politik. Doch das ist nicht trivial. Ein Weg ist natürlich das in der kommunalen Wirtschaft oftmals genutzte Instrument des freiwilligen Vergleichs der Leistungsfähigkeit.

Literaturverzeichnis

- Aubin, B. (2013): Daseinsvorsorge und Universalien. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Eichenhofer, E. (2012): Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Europäische Kommission (2011): Mitteilung der Kommission: Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM (2011) 900 endg., Brüssel 20.12.2011.
- Franzius, C. (2009): Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Franzius, C. (2010): Europäisches Verfassungsrechtsdenken. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Laskowski S R (2010): Das Menschenrecht auf Wasser. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Maier-Rigaud, R. (2913): Dimensionen des Verbraucherschutzes. Verbraucherpolitik zwischen Aktivierung des Marktbürgers und öffentlicher Verantwortung. Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 36 (4), S. 324-335.
- Mühlenkamp, H. (2012): Zur relativen (In-)Effizienz öffentlicher (und privater) Unternehmen – Unternehmensziele, Effizienzmaßstäbe und empirische Befunde, in: Schaefer, C./Theuvsen, L. (Hrsg.): Renaissance öffentlichen Wirtschafts, Baden-Baden: Nomos, S. 21-47.
- Müller, Th. (2013): Wettbewerb und Unionsverfassung. Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schulz-Nieswandt, F. (2010): Öffentliche Daseinsvorsorge und Existentialismus. Eine gouvernementale Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Wasserversorgung. 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 kulturo-ziologische Analyse der Genese einer solidarischen Rechtsgenossenschaft. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulz-Nieswandt, F. (2012 a): Institutionelle Präferenzen der Bürger hinsichtlich der Erstellung kommunaler Daseinsvorsorgegüter – Eine tiefenpsychologische Re-Interpretation quantitativer Befragungsdaten. In: Schaefer Chr, Theuvsen L (Hrsg.) Renaissance öffentlicher Wirtschaft. Baden-Baden: Nomos. S. 119-142.
- 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): Der inklusive Sozialraum. Psychodynamik und kulturelle Grammatik eines sozialen Lernprozesses. Baden-Baden: Nomos.
- Stirn, I. (2013): Lokale und regionale Selbstverwaltung in Europa. Baden-Baden: Nomos.