

Nr. 66

Sozialer Bundesstaat

Michael Borchard/Udo Margedant (Hrsg.)

Sankt Augustin, Mai 2005

ISBN 3-937731-49-0

Zukunftsforum Politik

Nr. 66

Herausgegeben von der
Konrad-Adenauer-Stiftung

Michael Borchard/Udo Margedant (Hrsg.)

Sozialer Bundesstaat

Redaktionelle Bearbeitung:

Anita Schreiner

Konrad-Adenauer-Stiftung
Umschlaggestaltung: unique, Agentur für visuelle
Kommunikation, Köln
© 2005, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin
Alle Rechte vorbehalten
Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit Zustimmung der
Stiftung
Printed in Germany
Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik
Deutschland.

ISBN 3-937731-49-0

Inhalt

Zusammenfassung	7
Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip und seine Konkretisierung im Bundesstaat <i>Rupert Scholz</i>	11
Soziale Sicherung: Aufgaben des Staates und Aufgaben des Bürgers <i>Hildegard Müller</i>	39
Sicherung kommunaler Daseinsvorsorge auf dem Prüfstand <i>Stephan Articus</i>	63
Die Autoren und Herausgeber	85

Zusammenfassung

Das Heft befasst sich mit der zentralen Frage, wie der heutige Sozialstaat, dessen Leistungs-, Verteilungs- und Versorgungssysteme die Schwelle der Finanzierbarkeit überschritten haben und der vor europäischen Herausforderungen steht, reformiert werden kann.

Rupert Scholz geht in „Sozialer Rechtsstaat und sozialer Bundesstaat“ der Frage nach, wie das Sozialstaatsprinzip wieder in den Kontext zurückzuführen ist, in den das Grundgesetz den Sozialstaat eingebunden hat. Das Sozialstaatsprinzip ist korrespondierend an das Rechtsstaats- und das Bundesstaatsprinzip gebunden, die sich komplementär und teilweise antinomisch gegenüberstehen. Die Suche nach „sozialer Gerechtigkeit“ im Sinne sozialpolitischer Verteilungsgerechtigkeit hat unter dem Aspekt der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ zur Unitarisierung des Bundesstaates geführt. Die Grundprinzipien des „sozialen Bundesstaates“, zu denen das Subsidiaritätsprinzip gehört, wurden dabei vernachlässigt. Nur die umfassende Beachtung des Prinzips „sozialer Bundesstaat“ vermittelt auch maßgebliche Steuerungsimpulse für die Reform des bundesstaatlichen Systems insgesamt. Das erfordert für eine Reihe von sozialpolitischen und sozialrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen mehr differenzierende Antworten, als dies in der bisherigen Verfassungspraxis der Fall gewesen ist. Das gilt vor allem für die Kompetenzbereiche „öffentliche Fürsorge“, „Arbeitslosenvermittlung“ und „Arbeitslosenversicherung“ sowie „Sozialversicherung“.

Hildegard Müller befasst sich in „Soziale Sicherung: Aufgaben des Staates und Aufgaben des Bürgers“ unter ordnungspolitischen Aspekten mit Grundsatzfragen der künftigen Wirtschafts- und Sozialordnung: Wie ist die soziale Sicherung angesichts der demografischen und ökonomischen Herausforderungen auszugestalten?

Wie soll die Verantwortung zwischen dem Staat und seinen Bürgern aussehen? Wie ist künftig die Soziale Marktwirtschaft auszurichten?

Im Verhältnis von Bürgern und Staat ist die verantwortete Freiheit ein Kerngedanke der Sozialen Marktwirtschaft, die dem Menschen Freiräume schafft und zugleich seine Solidarität anspricht. Der Staat setzt den Ordnungsrahmen. Es ist nicht seine Aufgabe, den Weg zum Ziel vorzuschreiben. In diesem Kontext ist auch die Diskussion um „soziale Gerechtigkeit“ zu sehen. Eine zu stark ausgeprägte Verflechtung aus Vorsorge und staatlichen Hilfen macht die Bürger abhängig von öffentlicher Unterstützung. Da nur Wettbewerb effizientes Wirtschaften fördert, darf die soziale Sicherung diesen nicht überlagern. Die aktuellen ökonomischen Herausforderungen, Beschäftigung, steigende Transferleistungen im heutigen Sozialstaat und demografische Entwicklung sind vor diesem Hintergrund zu sehen. Ein wünschenswerter Sozialstaat soll ein hohes Maß an individueller Wahl- und Entscheidungsfreiheit mit Selbstbeteiligung des Bürgers bei gleichzeitig garantierter Grundsicherung auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips beinhalten. Die sozialen Sicherungssysteme sind grundlegend der Aufgabenkritik zu unterziehen, die Abgabendisziplin und Steuergerechtigkeit wieder herzustellen.

Stephan Articus befasst sich in „Sicherung kommunaler Daseinsvorsorge auf dem Prüfstand“ mit dem Liberalisierungs- und Privatisierungsdruck, denen die Kommunen und ihre Unternehmen in der Daseinsvorsorge ausgesetzt sind. Das europäische Wettbewerbsrecht stellt in Frage, dass die überkommene Art der Aufgabenerledigung durch die Kommunen mit dem europäischen Binnenmarkt in Einklang zu bringen ist. Das betrifft insbesondere die Bereiche Beihilferecht (öffentliche Zuschüsse) und Vergabe öffentlicher Aufträge.

Die kommunale Daseinsvorsorge wurzelt im Sozialstaatsprinzip, weshalb es nicht allein dem Markt überlassen bleiben darf, wer welche Leistungen zu welchen Konditionen anbietet. Für die Rechtssicherheit kommunaler Daseinsvorsorge ist die Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Dienstleistungen in Art. 86 Abs. 2 EGV und dessen nicht abschließend geklärte Auslegung grundlegend. Gleiches gilt für das Kriterium der Binnenmarktrelevanz lokaler Dienste, zumal die EU-Kommission bislang keine Maßstäbe offen gelegt hat, wann einer Leistung aufgrund ihres lokalen Charakters dieses Kriterium fehlt. Außerdem hat sich die Problematik der Reichweite des Vergaberechts bei der Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung durch eine Reihe jüngster Urteile aus Sicht der Kommunen verschärft. Articus schlussfolgert, die Kommunen müssen sich organisatorisch und personell darauf einstellen, stärker in eine gewährleistende Rolle hineinzuwachsen, statt jede Leistung selber anzubieten.

Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip und seine Konkretisierung im Bundesstaat

Rupert Scholz

1 „Sozialer Rechtsstaat“ und „sozialer Bundesstaat“

Das Sozialstaatsprinzip gehört unbestritten zu den fundamentalen Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. In der Verfassungswirklichkeit hat das Sozialstaatsprinzip eine „Erfolgsgeschichte“ nahezu ohne Beispiel geschrieben. Der heutige Sozialstaat umschreibt einen umfassenden Wohlfahrtsstaat, dessen immer weiter gewachsenen Leistungs-, Verteilungs- und Versorgungssysteme inzwischen allerdings die kritische Schwelle mangelnder Finanzierbarkeit überschritten haben. Sozialstaatlichkeit heute bedeutet vor allem die ebenso eindeutige wie zwingende Rückführung überzogener Leistungs-, Verteilungs- und Versorgungssysteme auf ein Maß voraussetzt und aktualisiert, das (wieder) finanzierbar ist, das sich wieder des notwendigen Konnexes von Leistungs- und Lastengerechtigkeit besinnt und dass vor allem (wieder) zukunftsfähig ist, also Sozialstaatlichkeit wieder im Sinne von auch generationengerechter Nachhaltigkeit begreift. An alledem hat es über Jahrzehnte gefehlt. Über Jahrzehnte ist buchstäblich aus dem vollen gewirtschaftet, besser gesagt: verteilt und umverteilt worden, ohne Rücksicht auf die tatsächlich gegebenen und vor allem auch die Zukunftschancen berücksichtigenden Ressourcen.¹ Das

¹ Vgl. näher z. B. Scholz, Rupert: Deutschland – In guter Verfassung?, Heidelberg 2004, S. 191 ff.

Ergebnis dieser Entwicklung heißt heute, kurz und bündig mit Meinhard Miegel gesprochen: „Sozialstaat vor dem Offenbarungseid“.²

Eine erfolgsversprechende Reform der heutigen sozialstaatlichen Verfassungswirklichkeit fordert zunächst, dass das Sozialstaatsprinzip wieder in den Kontext jener verfassungsrechtlichen Koordinaten zurückgeführt wird, die das Grundgesetz gerade dem Sozialstaatsprinzip ganz bewusst angelegt hat bzw. in die das Grundgesetz den Sozialstaat bewusst eingebunden hat. Das Grundgesetz spricht nicht von „dem Sozialstaatsprinzip“ als entsprechend fundamentalem Verfassungsgrundsatz, sondern es spricht in Art. 20 Abs. 1 GG vom „demokratischen und sozialen Bundesstaat“ und in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bewusst vom „republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat“. Das Prinzip der Sozialstaatlichkeit untersteht damit von vornherein den korrespondierenden Bindungen vor allem an das Rechtsstaatsprinzip und an das Bundesstaatsprinzip.³ Hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips ist dies seit jeher gesehen und intensiv diskutiert worden. Schon sehr früh hat man die wechselseitigen Ergänzungen wie auch gegenseitigen Beschränkungen von Sozialstaatlichkeit einerseits und Rechtsstaatlichkeit andererseits erkannt und zu praktizieren gesucht. *Rechtsstaatlichkeit* bedeutet Freiheit und Eigenverantwortung, *Sozialstaatlichkeit* bedeutet staatliche Verantwortung dort, wo es um die Bekämpfung und Überwindung sozialer Notlagen und gesellschaftspolitischer

² Vgl. Miegel, Meinhard: Die deformierte Gesellschaft, 9. Aufl. München 2002, S. 195 ff.

³ Vgl. näher z. B. Zacher, Hans F.: Das soziale Staatsziel, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, S. 1045 (1046); Zacher, Hans F.: Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1980, S. 45 ff., 686 ff., 737 ff., 753 ff.

Konfliktlagen geht, wo gerade eine freiheitliche Ordnung auf entsprechende Ergänzung und Korrektur angewiesen ist. In diesem Sinne stehen sich Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit in einem ebenso komplementären wie teilweise auch antinomischen Verhältnis gegenüber.⁴ Auch hier haben sich allerdings die Gewichte vielfältig verschoben – verschoben in die Richtung von zu viel staatlicher Verantwortung, zu viel staatlicher Umverteilung und zu viel staatlicher Beschränkung bürgerlicher wie gesellschaftlicher Eigenverantwortung.

Auf der anderen Seite steht das Verfassungsprinzip des „*sozialen Bundesstaates*“, also die verfassungsrechtlich bewusste Zusammenführung von Sozialstaatlichkeit einerseits und Bundesstaatlichkeit andererseits. Dieses Prinzip des „sozialen Bundesstaates“ ist bisher wenig diskutiert worden, ist bisher wenig interpretativ aufgehellert worden. Obwohl das Sozialstaatsprinzip keine eigene Kompetenznorm enthält, also in die eigene bundesstaatliche Kompetenzordnung eingebunden ist⁵, hat das Sozialstaatsprinzip doch zu einer deutlich zentralistischen Entwicklung geführt, die den heutigen *unitarischen Bundesstaat*⁶ im Einzelnen ausgeprägt hat. Die Suche nach „sozialer Gerechtigkeit“ im Sinne einer immer stärker wachsenden sozialpolitischen Verteilungs- und Umverteilungsgerechtigkeit hat vor allem unter dem Stichwort von der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“, wie sie der frühere Art. 72 Abs. 2 GG für die konkurrierende Gesetzgebung des

⁴ Vgl. näher schon Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 12, 1954, S. 8 ff.; weiterhin siehe z. B. Herzog, Roman, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abschn. VIII Rdnr. 29 ff.

⁵ Vgl. z. B. BVerfGE 1, S. 33; 10, S. 101; 12, S. 228 und ständige Rechtsprechung; Zacher, Hans F.: Sozialpolitik, a.a.O., S. 45 ff., 737 ff.

⁶ Zum unitarischen Bundesstaat siehe grundlegend Hesse, Konrad: Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962.

Bundes und wie sie finanzverfassungsrechtlich bis auf den heutigen Tag Art. 106 Abs. 3 Nr. 2 GG für maßgebend erklärt haben⁷, zu diesen Prozessen übermäßiger Unitarisierung geführt. Denn „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ impliziert ein hohes Maß an bundesstaatlicher Uniformität und egalisierender Gestaltung der Lebensverhältnisse; in diese Zielrichtung ist vor allem die Sozialpolitik der vergangenen Jahrzehnte immer weiter vorgestoßen. Sozialstaatliche Gestaltung der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ im gesamten Bundesgebiet ist zum dominierenden Politikmaßstab geworden. Dies hat in ganz entscheidender Weise zur wachsenden Zentralisierung und Unitarisierung des grundgesetzlichen Bundesstaates insgesamt geführt. Der Bund hat seine sozialpolitischen Gesetzgebungs- und Gestaltungsbefugnisse immer intensiver genutzt und damit eindeutig zentralstaatliche Prävalenzen in einem Ausmaß geschaffen, wie sie mit der bundesstaatlichen Ordnung und ihrer Garantie von Unterschiedlichkeit, Vielfalt und auch föderativem Wettbewerb kaum zu vereinbaren sind. Oder anders ausgedrückt: Das Prinzip des „*sozialen Bundesstaates*“ ist in der Verfassungswirklichkeit immer mehr zu einem Prinzip der „*sozialen Zentralstaatlichkeit*“ umgeschlagen.

Schuld daran ist auch eine Verfassungspraxis, die sich der spezifischen Vorgaben des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen „*sozialen Bundesstaates*“ nahezu nie oder doch nur äußerst selten besonnen hat und stattdessen immer stärker in die Richtung zentralstaatlicher Uniformierung der sozialen Lebensverhältnisse vorgestoßen ist. Hieran hat auch die Verfassungsreform nach der Wiedervereinigung nichts geändert, obwohl diese die Formel von der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ in Art. 72 Abs. 2 GG

⁷ Zur Problematik des (früheren) Art. 72 Abs. 2 GG siehe mit weiteren Nachweisen Scholz, Rupert: Zur Reform des bundesstaatlichen Systems, in: Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuitäten und Wandel. Festschrift für Peter Badura, Tübingen 2004, S. 495 ff.

bewusst durch die Formel von der „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ ersetzt hat.⁸ „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ sollte ganz bewusst nicht überzogen-unitarische „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ bedeuten, sollte vielmehr der förderativen Vielfalt und Unterschiedlichkeit mehr Raum eröffnen und damit die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes im Verhältnis zu den Ländern entsprechend zurückführen.⁹ Vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat von dieser verfassungsrechtlichen Änderung aber lange keine Notiz genommen, hat es vielmehr bei der Faktizität einer bundesrechtlichen Gesetzgebung belassen, die sich bei der Ausfüllung der maßgebenden Bedürfnisklauseln in Art. 72 Abs. 2 GG – mit dem Segen des BVerfG – auf eine mehr oder weniger undifferenzierte Ermessensermächtigung zurückziehen durfte.¹⁰ Erst in seiner neuesten Rechtsprechung hat das BVerfG hier, unter ausdrücklicher Berufung auf die Verfassungsreform von 1994, eine klare Kehrtwende vollzogen. Vor allem in seiner Entscheidung zum Altenpflegegesetz vom 24.10.2002 hat das BVerfG mit Recht festgestellt, dass „das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ... erst dann bedroht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt ist, wenn sich die Lebensverhältnisse in Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“.¹¹ In seiner Entscheidung vom 27.7.2004 zum Hochschulrahmenrecht hat das BVerfG diese Aussage erneut bekräftigt.

⁸ Vgl. Verfassungsnovelle vom 27.10. 1954 (BGBl. I S. 3146).

⁹ Vgl. näher Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.): Zur Sache. 5/93, 1993, S. 65 ff.

¹⁰ Vgl. z. B. BVerfGE 2, S. 224 f.; 13, S. 233 ff.; 67, S. 327; 78, S. 270.

¹¹ BVerfGE 106, S. 144.

Damit ist klargestellt, dass das Prinzip des „sozialen Bundesstaates“ auch vor einem Übermaß an sozialstaatlicher Uniformität oder Unitarität schützt, dass der „soziale Bundesstaat“ vielmehr auch im Sinne einer klaren Beschränkung allzu zentralstaatlicher Ingerenzen und Gestaltungsbefugnisse zu verstehen ist.¹²

In der Konsequenz steht der „soziale Bundesstaat“ damit auch und ganz primär auf der Agenda der aktuellen *Föderalismusreform*, um die sich die vom Bundestag und Bundesrat eingesetzte *Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* bemüht hat. Diese Kommission hatte den Auftrag, das bundesstaatliche System wieder zu beleben, die Länder in ihren Zuständigkeiten wieder zu stärken und das gegebene Übermaß an zentralstaatlich gesteuerter Unitarität und Uniformität (wieder) zu korrigieren. Das Verfassungsprinzip des „sozialen Bundesstaats“ spielt hierbei eine herausragende Rolle, impliziert das Gebot „sozialer Bundesstaatlichkeit“ doch auch die Forderung, die Eigenständigkeit und auch gestaltungspolitische Kompetenz der Länder nicht unter den Vorzeichen einseitig-egalisierender (bundeseinheitlicher) Sozialität zu unterlaufen.

2 Sozialstaat und Subsidiaritätsprinzip

Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip begründet den Auftrag wie Pflicht und Ermächtigung des Staates, für soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit und eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.¹³ Mit dieser Maßgabe benennt das *Sozialstaatsprinzip* einen Verfassungsauftrag von ebenso hoher Normativität wie auch inhaltlich-materialer Offenheit. Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip formuliert einen bewusst offenen, d. h. in die Zeit hinein

¹² BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, S. 2805.

¹³ Vgl. z. B. BVerfGE 5, S.198; 22, S. 204; 27, S. 283; 33, 303, S. 334 f.

konkretisierungsbedürftigen Verfassungsauftrag, der sich ebenso klar wie von vornherein an den wechselnden sozialen Verhältnissen und sich permanent verändernden sozialen wie wirtschaftlichen Bedarfslagen orientiert, der in diesem Sinne also inhaltlich situativ wie dynamisch angelegt ist.¹⁴ In völlig richtiger Einschätzung der wechselseitigen Abhängigkeiten von sozialpolitischen Rechtsverbürgungen und sozial- wie wirtschaftlich-gesellschaftlichen Entwicklungen oder Situationswechseln hat das Grundgesetz aus guten Gründen darauf verzichtet, eine bereits juristisch oder kompetentiell geschlossene Sozialprogrammatik, etwa nach dem Vorbild der Weimarer Verfassung, zu konstituieren. Erst recht hat das Grundgesetz darauf verzichtet, schon von Verfassungs wegen einen mehr oder weniger kompletten oder uniformen „Wohlfahrtsstaat“ zu dekretieren. Das Grundgesetz hat das Sozialstaatsprinzip zwar mit Recht als verfassungsrechtliche Fundamentalnorm konstituiert, hat dieses aber zugleich an jenes Maß von Offenheit und Konkretisierungsfähigkeit wie Konkretisierungsbedürftigkeit gebunden, das für jede zeitgerechte und erst als solche ökonomisch wie sozial effektive Grundordnung unerlässliche Voraussetzung ist. Das Prinzip des „sozialen *Rechtsstaats*“ begrenzt alle sozialstaatlichen Leistungs- sowie Regelungsansprüche dort, wo deren Aktualisierung in ein freiheitswidriges Übermaß an staatlicher Macht, staatlicher Verteilung und staatlicher Sozialbevormundung einmünden kann. Sozialstaatlichkeit und liberale Rechtsstaatlichkeit stehen sich in diesem Sinne nicht nur in einem Verhältnis von gegenseitiger Begrenzung, sondern auch in einem Verhältnis von wechselseitiger

¹⁴ Vgl. näher Scholz, Rupert: Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft, Karlsruhe 1981, S. 24 f.; ders., Deutschland – In guter Verfassung?, a.a.O., S. 194 ff.; siehe auch z. B. BVerfGE 18, S. 273; 59, S. 263; 69, S. 314; 94, S. 263; 100, S. 284.

Ergänzung gegenüber.¹⁵ Die freiheitlich-soziale Ordnung des sozialen Rechtsstaats ermächtigt und verpflichtet Bürger wie Gesellschaft zu Freiheit, Selbstverantwortung und sozialer Sicherung. Der soziale Rechtsstaat ist damit der Staat des *Subsidiaritätsprinzips*, d. h. vor staatlicher Sozialregelung und Sozialleistung stehen die Gebote von individueller Eigenverantwortung und gesellschaftlicher Sozial-Autonomie.¹⁶ Oder in anderer Richtung: Der vom GG konstituierte soziale Rechtsstaat ist nicht der Staat einseitiger, staatlich vorgegebener Uniformierung und Egalisierung („Gleichheitsstaat“).¹⁷

Das Prinzip des sozialen Rechtsstaates verbindet sich in diesem Sinne mit dem *Prinzip des sozialen Bundesstaats*. Auch der soziale Bundesstaat basiert auf dem *Subsidiaritätsprinzip*, also auf dem prinzipiellen Vorrang der Länder und ihrer sozialpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten wie Gestaltungsrechte. Bundesstaatlichkeit heißt Gewähr von Vielfalt, Unterschiedlichkeit, Subsidiarität und höchstmöglicher Eigenverantwortung der Länder. Das Sozialstaatsprinzip begründet demgegenüber keine bundespolitische

¹⁵ Vgl. näher Zacher, Hans F.: Sozialpolitik, a.a.O., S. 689 ff., 744 ff., 755 ff.; Herzog, Roman, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abschn. VIII Rdnr. 30 ff.; Pitschas, Rainer: Der „neue“ soziale Rechtsstaat: Vom Wandel der Arbeits- und Sozialverfassung des Grundgesetzes, in: Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates. Festschrift Hans Zacher, Heidelberg 1998, S. 755 ff.; BVerfGE 5, S. 198; 18, S. 267 ff.; 52, S. 274; 74, S. 154.

¹⁶ Vgl. Zacher, Hans F.: Sozialpolitik, a.a.O., S. 755 f.; siehe allgemein hierzu besonders Isensee, Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968, S. 224 ff.; Zuck, Rüdiger: Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968, S. 97 ff.; Lecheler, Helmut: Das Subsidiaritätsprinzip, Berlin 1993, S. 64 ff.

¹⁷ Zur evidenten Fragwürdigkeit eines solchen „Gleichheitsstaates“ siehe Leisner, Walter: Der Gleichheitsstaat. Macht durch Nivellierung, Berlin 1980, bes. S. 22 ff., 58 ff., 136 ff., 309 ff.

„Generalermächtigung zur Normierung der Wohlfahrtspflege“¹⁸ bzw. der sozialen Sicherheit im Gesamtstaat insgesamt. Das Sozialstaatsprinzip begründet auch kein staatliches Sozialmonopol.¹⁹ Es wendet sich ebenso an die staatlichen Gesetzgeber von Bund und Länder wie an die freiheitlich-soziale Gesellschaft und ihre Eigenverantwortung. In diesem Sinne steht das Sozialstaatsprinzip jedem gesellschaftlichen Wandel offen gegenüber und fordert gerade, dass Staat und Gesellschaft, dass Bund wie Länder sich solchem Wandel gegenüber aufgeschlossen zeigen und die richtigen sozialpolitischen Antworten – jeweils der Zeit und der Situation gemäß – finden wie in Verbindlichkeit erheben.

Da das Sozialstaatsprinzip keine eigenständige Kompetenzordnung oder gar unitarische Sozialprogrammatik entfaltet, findet das Sozialstaatsprinzip seine kompetentielle Ausformung in den gegebenen bundesstaatlichen Kompetenzverteilungssystemen, entfaltet sich das Sozialstaatsprinzip also auf der Ebene von Bund und Ländern gleichermaßen – je nachdem, wer im Einzelnen für bestimmte sozialpolitische Gestaltungen zuständig ist.²⁰ Dies gilt vor allem für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes, die eben nicht (mehr) in mehr oder weniger einseitiger, bundespolitisch gesteuerter Manier auf die amorphe Vorstellung von der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ setzen darf, die vielmehr erst dann aktualisiert werden darf, wenn – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „das bundesstaatliche Sozialgefüge“ sich in evidenter Weise auseinander entwickelt hat oder wenn solche Entwicklungen aktuell drohen.²¹

¹⁸ Lerche, Peter: Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, Berlin 1963, S. 13.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 22, S. 204; 29, S. 236.

²⁰ Vgl. die Nachweise in Anm. 5.

²¹ BVerfGE 106, S. 144; BVerfG, in: NJW 2004, S. 2805.

Inhaltlich hat das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip längst wichtige Konkretisierungen auf unterschiedlichen Leistungs- und Ordnungsebenen erfahren, die sich wie folgt kategorisieren lassen:

(1) An der Spitze steht die Garantie des sozialen Existenzminimums – eine Gewährleistung, die sich unmittelbar aus dem Zusammenhang der grundrechtlichen Garantien von Menschenwürde und Recht auf Leben sowie Gesundheit (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S.1 GG) mit dem Sozialstaatsprinzip ergibt. Kein Mensch kann ohne die Gewähr des Existenzminimums leben. Wo ihm die existenznotwendigen Lebensvoraussetzungen fehlen, dort muss die staatliche Gemeinschaft selbstverständlich helfen.²² Kompetenzrechtlich hat die Garantie des sozialen Existenzminimums ihren Niederschlag vor allem in der Bestimmung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG erfahren, derzufolge die „öffentliche Fürsorge“ zu den konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnissen des Bundes gehört.

(2) Die zweite Dimension der Sozialstaatlichkeit liegt im Bereich der daseinsvorsorgerischen Absicherung gegen typische Lebensrisiken und in der Gewährleistung massentypisch-zivilisatorischer Grundbedürfnisse – von der Energieversorgung über die Verkehrsversorgung bis hin auch zur Absicherung vor ökologischen Risiken.²³ Hierzu gehört vor allem der große Bereich der insbesondere kommunalen Daseinsvorsorge.

(3) Sozialstaatlichkeit heißt des weiteren Bekämpfung und Überwindung sozialer Ungleichheiten im gesellschaftlichen Bereich.²⁴ Was aber soziale Ungleichheit im Einzelnen bedeutet, muss vom Gesetzgeber stets aufs Neue und sehr sorgfältig geprüft

²² Vgl. BVerfGE 1, S. 104 f.; 35, S. 236; 43, S. 19; 44, S. 375; 82, S. 85; 99, S. 259.

²³ Vgl. BVerfGE 9, S. 133; 38, S. 270 f.; 45, S. 78 f.; 66, S. 258.

²⁴ Vgl. BVerfGE 5, S. 198; 40, S. 133; 52, S. 348.

werden. Heute wird „soziale Ungleichheit“ vor allem als Gebot zur „sozialen Verteilungs-“ oder „Umverteilungsgerechtigkeit“ verstanden; und dies liegt vielfach außerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens ebenso rechtsstaatlich wie bundesstaatlich differenzierender Sozialstaatlichkeit.²⁵

(4) Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip findet seine weitere Spezifizierung und Aktualisierung im Bereich des Systems der Sozialversicherung, wie sie kompetentiell ihren Ausdruck in der Bestimmung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gefunden hat.²⁶

(5) Im Zusammenhang mit den Systemen der „Sozialversicherung“ steht schließlich die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.²⁷ Sie gehört – vor allem heute – zu den wichtigsten sozialstaatlichen Aufgaben. Die Arbeitslosigkeit rührt dabei ebenso an die Gewähr des sozialen Existenzminimums wie an die Gewähr eines intakten Systems der Sozialversicherung (Arbeitslosenversicherung). Ergänzend greift dabei noch das finanz- und wirtschaftsverfassungsrechtliche Gebot des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ im Sinne des Art. 109 Abs. 2 GG ein, das sich in Verbindung mit dem Stabilitäts- und Wachstumsgesetz (StWG, vgl. § 1) ausdrücklich auch zum Gebot einer Politik der Vollbeschäftigung bekennt.

In allen diesen Funktionsbereichen bewahrt das Sozialstaatsprinzip aber seine rechts- und bundesstaatlichen Bindungen und vermittelt seinerseits keine konkreten Handlungs- oder gar Patentrezepte. Das Sozialstaatsprinzip versteht sich schon von Verfassung wegen als wesentlich offener und damit stets konkretisierungsbedürftiger Verfassungsauftrag, d. h. als eine Grundnorm,

²⁵ Zur Kritik siehe Scholz, Rupert: Deutschland – In guter Verfassung?, a.a.O., S. 193 ff.

²⁶ Vgl. BVerfGE 28, S. 348 ff.; 39 S. 330; 40, S. 134.

²⁷ Vgl. BVerfGE 100, S. 284.

die – stets aufs Neue – der ebenso kompetenzrechtlich-korrekten wie inhaltlich-optimalen Erfüllung oder Aktualisierung bedarf. In kompetenzrechtlicher Hinsicht ist gerade dies die zentrale Aussage des Prinzips von der „sozialen Bundesstaatlichkeit“, d. h. Bund wie Länder sind zwar von der Aufgabe her gemeinsam, von der kompetenzrechtlichen Ausführung aber in differenzierter Form für die Wahrung und Umsetzung der materialen Vorgaben des Sozialstaatsprinzips verantwortlich. Auch das vielzitierte Wort von der „sozialen Gerechtigkeit“ ändert hieran nichts. Die „soziale Gerechtigkeit“ umschreibt einen ebenso weiten wie inhaltlich offenen Grundbegriff, aus dem sich nicht etwa automatisch bestimmte rechtliche Folgerungen ableiten lassen. „Soziale Gerechtigkeit“ ist ebenso im rechtsstaatlichen Kontext von Freiheit und Eigenverantwortung der Bürger wie im bundesstaatlichen Kontext unterschiedlicher Lebensverhältnisse und unterschiedlicher Gestaltungsmöglichkeiten auf der Ebene des Bundes einerseits der Länder andererseits zu begreifen wie zu operationalisieren.

3 Sozialstaat und Bundesstaatsreform

Die grundlegenden Reformfordernisse in verfassungsrechtlicher wie verfassungswirklicher Hinsicht sehen sich damit benannt. Auf eine kurze Formel gebracht: Die Realität des gegebenen unitarischen und unverhältnismäßig uniformen Sozialstaates muss zu ihren bundesstaatlichen Wurzeln, also zu den Grundgeboten eines „sozialen Bundesstaates“ zurückgeführt werden, der jedes Übermaß an bundesrechtlicher oder zentralstaatlicher Unitarität wie Uniformität zurückweist.

Das in diesem Sinne (neu oder wieder) erschlossene Bild des „sozialen Bundesstaates“ fordert für eine ganze Reihe von sozialpolitischen sowie sozialrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen ungleich mehr differenzierende Antworten, als dies in der bisherigen

Verfassungspraxis der Fall gewesen ist. An der Spitze dieser Folgerungen steht naturgemäß die vom BVerfG, wie gezeigt, schärfer gefasste Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, die für sämtliche Zuständigkeiten des Bundes im Bereich der konkurrierenden wie der Rahmengesetzgebung sehr viel striktere Voraussetzungen formuliert hat, als dies in der bisherigen Gesetzgebungspraxis der Fall gewesen ist.²⁸ Darüber hinaus geht es aber auch um einzelne Kompetenztitel, die vor allem im Rahmen der aktuellen Föderalismusreform überprüft werden müssen – bis hin auch zu konkreten Regelungsvorhaben auf der Ebene des einfachen Gesetzes.

a) Die „öffentliche Fürsorge“

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis für die „öffentliche Fürsorge“. Auf der Grundlage dieser Ermächtigung hat der Bund vor allem das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) und für den Bereich der Jugendhilfe früher das Gesetz für Jugendwohlfahrt (JWG) und heute das Sozialgesetzbuch VIII erlassen. Schon diese Gesetzgebungen haben allerdings seinerzeit zu verfassungsrechtlichem Streit geführt²⁹ – ein Streit, den das BVerfG allerdings in seiner Entscheidung vom 15.7.1967 im Wesentlichen zugunsten des Bundes entschieden hat.³⁰ Ungeachtet dessen stellt sich jedoch spätestens heute, d. h. zum Zeitpunkt der Föderalismusreform die Frage, ob die seinerzeit vom BVerfG gebilligten gesetzgeberischen Entscheidungen

²⁸ Vgl. die Nachweise in Anm. 11 und 12.

²⁹ Vgl. dazu sowie mit weiteren Nachweisen Lerche, Peter: Verfassungsfragen, a.a.O., S. 17 ff., 25 ff., 59 ff., 70 ff.; Fröhler, Ludwig: Gutachten zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit der §§ 10 und 93 des BSHG, 1962, S. 9 ff.; Scholz, Rupert: Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967, S. 142 f., 163 ff.

³⁰ BVerfGE 22, S. 180 ff.

des Bundes bzw. deren kompetenzrechtliche Grundlegung auch heute noch Bestand haben können.

Der Begriff der „*öffentlichen Fürsorge*“ bezieht sich vor allem auf die Sicherung des sozialen Existenzminimums³¹ bzw. – in den Worten des BVerfG – auf „die öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Notlage“. ³² Dies ist das Feld der „klassischen Fürsorge“, die den Bund allerdings nicht hindert, wie das BVerfG ausgesprochen hat, „auch neue Lebenssachverhalte“ unter den Tatbestand der „öffentlichen Fürsorge“ zu subsumieren, „wenn sie nur in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die ‚klassische Fürsorge‘ geprägt ist“ (so namentlich entschieden zu Kostenregelungen im Altenpfleregerecht). ³³ Im Grundsatz bezieht sich der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG allerdings und zunächst auf den Bereich der sozialen Sicherung des Existenzminimums, also den Bereich der „klassischen Fürsorge“. Auf der Grundlage dessen hat der Bund vor allem das BSHG erlassen; und dies im Prinzip mit Recht. Bei der Jugendhilfe stellen sich dagegen ungleich mehr Zweifelsfragen – vom seinerzeitigen Jugendwohlfahrtsrecht bis hin zum heutigen Sozialgesetzbuch VIII.

Das Recht der „öffentlichen Fürsorge“ umfasst schließlich einen weiteren kompetenzrechtlichen Sinngehalt, der sich nicht allein aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG erschließt, der vielmehr den Rückgriff auch auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG fordert. Die „öffentliche Fürsorge“ ist historisch aus der klassischen „Armenpolizei“ und den entsprechenden Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen erwachsen; und so

³¹ Vgl. BVerfGE 22, S. 212 ff.; 88, S. 329 f.; 97, S. 341; 106, S. 133 f.; 108, S. 213 f.

³² BVerfGE 108, S. 214.

³³ BVerfGE 106, S. 135; siehe auch BVerfGE 108, S. 214.

entfaltet sich die öffentliche Sozialhilfe und Jugendhilfe auch heute maßgebend im kommunalen Raum, vor allem in Gestalt von Kindertagesstätten, Jugendheimen, Altenheimen usw. Alles dies sind öffentliche Einrichtungen im Sinne des Gemeinderechts; und das Recht dieser öffentlichen Einrichtungen gehört zum verfassungsrechtlich gesicherten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung.³⁴ Deshalb gehören die meisten Zuständigkeiten der „öffentlichen Fürsorge“ auch heute zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung, wie er durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist.³⁵ Dem hat der Bund mit seinen Regelungen in § 96 BSHG und in § 69 Sozialgesetzbuch VIII auch mit der Maßgabe Rechnung zu tragen gesucht, dass er die einschlägigen Aufgaben der Sozialhilfe und der Jugendhilfe den Kommunen als Selbstverwaltungsangelegenheit zugewiesen hat. Diese Zuweisung basiert wiederum auf der Regelung des Art. 84 Abs. 1 GG, derzufolge der Bund in den Fällen der Ausführung von Bundesgesetzen als ländereigene Angelegenheit mit Zustimmung des Bundesrates auch Regelungen über die Organisation und die Zuständigkeitsverteilung sowie das Verwaltungsverfahren in den Ländern treffen kann. Gerade diese Regelung ist jedoch im Rahmen der aktuellen Föderalismusreform mit Recht unter Kritik geraten, weil sie zu einem Übermaß an verwaltungsorganisatorischen und verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen des Bundes sowie – korrespondierend hierzu – zu einem Übermaß an Zustimmungsvorbehalten des Bundesrates im Rahmen der Bundesgesetzgebung geführt hat. Gerade deshalb besteht Einigkeit darüber, dass die Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers gemäß Art. 84 Abs. 1 GG und damit auch die Zustimmungsvorbehalte

³⁴ Vgl. Lerche, Peter: Verfassungsfragen, a.a.O., S. 96 ff.; Scholz, Rupert: Öffentliche Einrichtungen, a.a.O. S. 34 ff., 89 ff.

³⁵ Vgl. näher Scholz, Rupert: Öffentliche Einrichtungen, a.a.O., S. 89 ff., 139 ff.

des Bundesrates nach Maßgabe dieser Bestimmung rechtlich zurückgeführt werden müssen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Position der kommunalen Selbstverwaltung. Sie untersteht keiner bundesrechtlichen Regelungskompetenz. Für die Regelung der kommunalen Selbstverwaltung sind nach Art. 70 GG ausschließlich die Länder zuständig.³⁶ Gerade deshalb sind schon die Regelungen des § 96 BSHG sowie die parallelen Regelungen im früheren JWG verfassungsrechtlich mit Recht angezweifelt worden. Das BVerfG hat allerdings in seiner zitierten Entscheidung vom 18.7.1967 dem Bund das Recht zugestanden, nach Maßgabe des Art. 84 Abs. 1 GG bestimmte gesetzgeberische Vollzugsaufgaben auch direkt, d. h. unter Übergehung der Länder, den Kommunen als Selbstverwaltungsangelegenheit zuzuweisen.³⁷ Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht überzeugend und sollte dringend korrigiert werden. Denn die kommunale Selbstverwaltung gehört zum ausschließlichen Regelungsbereich der Länder. Wenn der Bund beispielsweise das Recht erhält oder behalten darf, den Kommunen bestimmte gesetzgeberische Vollzugsaufgaben auch direkt als Selbstverwaltungsangelegenheit zuzuweisen, so wird die Verwaltungsebene der Länder weitgehend übersprungen, werden die Länder doch – den Regeln der kommunalen Selbstverwaltung gemäß – in solchen Fällen auf die schlichte Rechtsaufsicht gegenüber ihren Kommunen beschränkt. Dies ist mit den Grundsätzen einer eigenständigen Verwaltungsorganisation der Länder jedoch nicht zu vereinbaren.³⁸

³⁶ Vgl. z. B. BVerfGE 22, S. 210.

³⁷ BVerfGE 22, S. 210 f.

³⁸ Vgl. Lerche, Peter: Verfassungsfragen, a.a.O., S. 66 ff.; Scholz, Rupert: Öffentliche Einrichtungen, a.a.O., S. 144 ff.; zur aktuellen Reformdiskussion siehe Henneke, Hans-Günter: Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat, in: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBIBW) 7/2004, S. 248-261.

Erkennt man dies, so erweist sich sehr rasch, dass der Kompetenztitel der „öffentlichen Fürsorge“ ungleich differenzierter als bisher verstanden und aktualisiert werden muss. Die Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG muss im permanenten Kontext mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG gesehen werden. Und dies bedeutet, dass eine ganze Reihe staatlich-gesetzgeberischer Regelungen von vornherein an den Eigenverantwortlichkeitsvorbehalten der kommunalen Selbstverwaltung gemessen werden muss. Eben dies hat der Bundesgesetzgeber im BSHG wie auch im Sozialgesetzbuch VIII jedoch weitgehend unterlassen. Er hat die kommunalen Träger der Sozialhilfe und der Jugendhilfe in außerordentlich intensiver Weise an eigene bundesgesetzgeberische Vorgaben gebunden, die aus der Sicht der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zumindest als unverhältnismäßig zu erkennen sind. Auf der anderen Seite ist freilich anzuerkennen, dass die Sozialhilfe wie die Jugendhilfe bestimmter bundeseinheitlicher Standards bedarf, vor allem im Bereich der finanziellen Leistungen und der Sachleistungen. Folgerichtig bedarf es einer kompetenzrechtlichen Abschichtung, die ebenso die Grundsätze der „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ im Bundesgebiet (Art. 72 Abs. 2 GG) wie die Grundsätze einer bundesstaatlich-sozialen Vielfalt und Differenziertheit wahrt. Eine solche kompetenzrechtliche Abschichtung wird auch von den Ländern verfolgt, wie sich vor allem aus dem *„Positionspapier der Ministerpräsidenten Föderalismusreform“* in der Föderalismus-Kommission ergibt.³⁹ Hiernach heißt es, dass die Länder „bei der öffentlichen Fürsorge die Kompetenzübertragungen in folgenden Bereichen anstreben: Subsidiäre öffentliche Lebensunterhaltungsleistungen; ergänzende öffentliche Leistungen im Bereich Erziehung und Bildung“. Dies ist ein sinnvoller Ansatz, der

³⁹ Vgl. Kommissionsdrucksache 0045; siehe auch das Positionspapier der Präsidenten der Landtage, Kommissionsdrucksache 0038.

allerdings durch die Zuständigkeit für den gesamten Komplex namentlich der Kindertagesstätten und der Alten- sowie Jugendheime ergänzt werden sollte. Auf diesem Wege ließe sich auch den kompetenzrechtlichen Vorbehalten der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG wirksam genügen.

Verfassungsrechtlich lässt sich eine solche Kompetenzabschichtung unschwer in der Form gewährleisten, dass der Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in der Form kompetenzrechtlich beschränkt wird, dass er nur noch die Regelungsbefugnisse für die „*allgemeinen Grundsätze der öffentlichen Fürsorge*“ erhält (eine Formulierung, die im Übrigen schon im Parlamentarischen Rat diskutiert wurde).

b) Die „Arbeitsvermittlung“ und „Arbeitslosenversicherung“

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gehören die Kompetenzbereiche der „Arbeitsvermittlung“ sowie der „Arbeitslosenversicherung“ zu den konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes. Auch an dieser Stelle bedarf es jedoch im Lichte der Prinzipien des „sozialen Bundesstaats“ neuer Regelungen, die mehr Spielraum für die Länder, mehr föderative Vielfalt und damit weniger bundesgesetzgeberische Uniformität gewährleisten. Auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und ergänzend auch auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hat der Bund im Sozialgesetzbuch III von seiner Gesetzgebungsbefugnis in ebenso umfassender wie kompletter Weise Gebrauch gemacht. Auf eine kurze Formel gebracht kann man davon sprechen, dass die gesamte Arbeitsmarktpolitik heute bundesgesetzgeberisch durchnormiert ist. Erkennt man jedoch, dass die Arbeitsmarktpolitik keineswegs nur bundeseinheitlich verstanden werden kann, dass vielmehr auch ein breites Feld ebenso sinnvoller wie notwendiger

Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich regionaler Arbeitsmarktpolitik besteht, so wird rasch offenkundig, dass es auch hier der kompetenzrechtlichen Abschichtung wie Differenzierung bedarf. Denn gerade die regionale Arbeitsmarktpolitik verfügt in aller Regel und vielfach über eine größere Sachnähe zur Vermittlung von Arbeitssuchenden und zur Versicherung gegen das Risiko von Arbeitslosigkeit. In diesem Sinne kommt der regionalen Arbeitsmarktpolitik heute eine besondere Chance zu, die im Übrigen mit den ebenso zu entwickelnden Chancen einer verstärkt regionalen Wirtschafts- wie Strukturpolitik der Länder zusammenhängt.

In diesem Sinne empfiehlt es sich für die überfällige Föderalismusreform, die Kompetenzbereiche des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und ebenso die des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter einen ausdrücklich einschränkenden Vorbehalt von Länderzuständigkeiten in Bereichen mit *vorrangig regionalem Regelungsbezug* zu stellen.

Einen ersten, freilich noch längst nicht hinlänglich tauglichen und noch verfassungsrechtlich problematischen Schritt in die richtige Richtung beschreitet das neue Grundsicherungsgesetz für Arbeitsuchende (Sozialgesetzbuch II), das am 1.1.2005 in Kraft getreten ist (BGBl. I 2003, S. 2934/2004, S. 2014). Dieses sog. Hartz IV-Reformgesetz führt das sog. Arbeitslosengeld II ein, das als „Grundsicherung für Arbeitssuchende“ aus der allgemeinen Arbeitslosenversicherung herausgenommen und mit der Sozialhilfe als einheitlich steuerfinanzierte Sozialleistung zusammengeführt wird. Erwerbsfähige Bezieher von Arbeitslosen- und Sozialhilfe erhalten künftig dieses neue Arbeitslosengeld II; nur Nicht-Erwerbsfähige verbleiben bei der bisherigen (reinen) Sozialhilfe. Mit dieser Neuregelung wird in richtiger Form zwischen der bisherigen Arbeitslosenversicherung und der aus Steuermitteln zu finanzierenden sozialen Absicherung sonstiger Arbeitsloser unterschieden. Zutreffend wird auch der Einstieg in eine kommunale

Mitverantwortung präpariert, indem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Sozialgesetzbuch II auch die kreisfreien Städte und Kreise als kommunale Träger Zuständigkeiten erhalten und indem nach § 6 a) Sozialgesetzbuch II (Experimentierklausel) „zur Weiterentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende an Stelle der Agenturen für Arbeit als Träger der Leistung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 im Wege der Erprobung kommunale Träger ... zugelassen werden können“. Hierfür soll allerdings nur ein beschränktes sog. Optionsmodell gelten, demzufolge lediglich 69 kommunale Träger zuzulassen sind (§ 6 a Abs. 3 Sozialgesetzbuch II). Dass kommunale Träger an der Grundsicherung für Arbeitssuchende zu beteiligen sind, ergibt sich bereits aus der kommunalen Zuständigkeit für die Sozialhilfe, die in der vorstehend beschriebenen Form mit dem bisherigen Leistungssystem zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verbunden wird. Da die Sozialhilfe zu den verfassungsrechtlich gesicherten Funktionen der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG gehört, muss auch eine Neuregelung der hiesigen Art das kommunale Selbstverwaltungsengagement zwingend mit einbeziehen. Hierfür genügt das vorgesehene Options- oder Experimentiermodell noch keineswegs. Verfassungskonform wäre nur eine Regelung, die den kommunalen Trägern von vornherein den uneingeschränkten Zugang zum Aufgabenbereich des Arbeitslosengeldes II eröffnete. Hierfür sprächen im Übrigen auch die Aspekte einer (effektiveren) regionalen Arbeitsmarktpolitik, kann man doch von auf kommunaler Ebene angesiedelten Verwaltungen („kommunale Arbeitsämter“) in aller Regel ungleich mehr Effizienz erwarten als von den zentralistischen Strukturen der Bundesagentur für Arbeit und ihrer nachgeordneten Instanzen. Das gesetzlich jetzt vorgesehene Optionsmodell genügt dem jedoch nicht. Im Gegenteil schafft dieses Modell über seine organisationsrechtlichen Einzelheiten sogar noch neue und zusätzliche

Verfassungsprobleme. Denn jetzt drohen Formen einer verfassungswidrigen Mischverwaltung von Bund und Ländern.⁴⁰ Des weiteren dürften auch die Grenzen einer verfassungskonformen Organleihe überschritten sein, werden die (optierenden) Kommunen doch zu „Organen“ der Bundesagentur für Arbeit, ohne dass hierfür eine verfassungsrechtliche Grundlage nachzuweisen wäre.⁴¹ Nicht zuletzt ist auch darauf hinzuweisen, dass sich auch finanzverfassungsrechtliche Probleme in der Richtung stellen, dass die finanziellen Lasten optierender kommunaler Träger nicht im Wege direkter Finanzzuweisungen von Seiten des Bundes bzw. der Bundesagentur für Arbeit ausgeglichen werden bzw. ausgeglichen werden können, fehlt es doch an einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung für den Bund, finanzielle Direktzuweisungen an kommunale Verwaltungsträger vorzunehmen.⁴² Ließe sich das letztere Problem jedoch und noch über eine neue verfassungsrechtliche Ermächtigung im Bereich des Finanzverfassungsrechts lösen, so verbleibt es dennoch bei der mangelnden Achtung des Art. 28 Abs. 2 GG und seiner Garantien für eine funktionstüchtige kommunale Selbstverwaltung.

Eine ebenso verfassungskonforme wie auch im Lichte des sozialen Bundesstaates sinnvoll differenzierende Gestaltung des Arbeitslosengeldes II und der mit ihm verbundenen Arbeitsmarktpolitiken sollte ein genuines Mandat für „kommunale Arbeitsämter“ schaffen, die – bei finanzieller (Direkt-) Absicherung durch den

⁴⁰ Siehe näher Lühmann, Hans: Verfassungswidrige Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im SGB II? – Eine organisationsrechtliche Analyse, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 16/2004, S. 677-684.

⁴¹ Vgl. dazu in der Föderalismuskommission Henneke, Hans-Günter: Kommissionsdrucksache 0046.

⁴² Siehe dazu Henneke, Hans-Günter, a.a.O.; ders., in: Geschäftsbericht des Deutschen Landkreistages 2003/2004, Berlin 2004, S. 16 ff.

Bund bzw. die Bundesagentur für Arbeit – eine originäre Zuständigkeit nach dem Vorbild der bisherigen Sozialhilfe übernehmen könnten. Damit wäre allen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, namentlich denen aus Art. 28 Abs. 2 GG, ebenso wie den realen Chancen einer erfolgreichen regionalen Arbeitsmarktpolitik genügt.

Für den in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG im Übrigen geregelten Bereich der (allgemeinen) Sozialversicherung empfehlen sich dagegen keine kompetenzrechtlichen Änderungen. Der Bereich der „Sozialversicherung“ ist inhaltlich geschlossen, basiert auf der bundesweiten und damit einheitlich zu regelnden Solidargemeinschaft aller Versicherten und sollte deshalb nicht zugunsten regionaler Länderzuständigkeiten aufgespaltet werden. In der zurückliegenden Diskussion sind freilich verschiedentlich Bestrebungen zugunsten einer entsprechenden Regionalisierung der „Sozialversicherung“ vorgetragen worden. Im Rahmen der Verfassungsreform von 1994 wurde daraufhin, aufgrund der entsprechenden Empfehlung der *Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat*, die neue Regelung des Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG aufgenommen, derzufolge „soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, ... als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt werden, wenn das aufsichtsführende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist“. Diese Regelung ist sachgerecht.⁴³ Darüber hinaus gehende Regionalisierungsregelungen empfehlen sich aber nicht.⁴⁴ Insoweit hat sich der Diskussionsstand seit der Verfassungsreform von 1994 nicht verändert.

⁴³ Vgl. dazu Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission (Anm. 9), S. 82 f.

⁴⁴ Zur Frage einer Regionalisierung der gesetzlichen Krankenversicherung und zu den Grenzen solcher Regelungen siehe Gitter, Wolfgang:

c) Weitere Kompetenzabschichtungen

Weitere Kompetenzabschichtungen im Lichte des sozialen Bundesstaates empfehlen sich im Bereich des Art. 74 Abs. 1 Ziffer 13 GG, d. h. für das Recht der Ausbildungsbeihilfen. Bereits aus Gründen der landesrechtlichen Kulturhoheit muss die Position der Länder im Bereich des Hochschulwesens nachhaltig gestärkt werden (insbesondere Wegfall der Rahmengesetzgebung des Bundes für das Hochschulwesen gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 a GG sowie Wegfall der Gemeinschaftsaufgabe „Ausbau und Neubau von Hochschulen“ gemäß Art. 91 a Abs. 1 Nr. 1 GG). Im gleichen Kontext sollte die Bestimmung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG gesehen und verändert werden, sollte die Regelung der Ausbildungsbeihilfen also und grundsätzlich den Ländern übertragen werden. Damit würde in sinnvoller Weise ebenso den Prinzipien der Kulturhoheit der Länder wie denen des sozialen Bundesstaates in besonderer Weise genügt.

Im Gesundheitsrecht sollten die Zuständigkeiten des Bundes vor allem gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zugunsten der Länder – bei entsprechend regionalem Regelungsbezug – verändert werden. Noch wichtiger ist das Krankenhausrecht, das von vornherein von regionaler, insbesondere auch kommunaler Qualität ist. Aus diesem Grunde sollten die Zuständigkeiten des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 a GG („wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und Regelung der Krankenhauspflegesätze“) ersatzlos in die Zuständigkeit der Länder überführt werden. Das Gleiche gilt schließlich für die Gemeinschaftsaufgabe „Ausbau und Neubau ... von Hochschulkliniken“ gemäß Art. 91 a Abs. 1 Nr. 1 GG.

Rechtliche Grenzen einer Regionalisierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Festschrift für Hans Zacher, a.a.O., S. 201 ff.

d) Exkurs: Irrweg „Bürgerversicherung“

Sozialpolitisch wie verfassungsrechtlich irrig ist der zur Zeit von SPD und Bündnis 90/Die Grünen in die Diskussion gebrachte Vorschlag einer „Bürgerversicherung“ für das Gesundheitswesen bzw. und in der weiteren Konsequenz auch für den Bereich der Altersversorgung.

Das Konzept der sog. „Bürgerversicherung“ plant eine massive Erweiterung der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. – wiederum in der weiteren Konsequenz – auch der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Versicherungspflicht soll auf alle Gruppen der Gesellschaft erstreckt werden, soll also auch Selbständige, Beamte, Abgeordnete und Sozialhilfeempfänger einschließen. Die bisherige Versicherungspflichtgrenze soll ersatzlos entfallen. Damit werden Bürger in die gesetzliche Sozialversicherung zwangsweise eingegliedert, die diesen bisher nicht angehört haben, namentlich also Beamte und Angehörige Freier Berufe sowie sonstig Selbständige, die ihre Kranken- und Altersversorgungen bisher über ihren beamtenrechtlichen Alimentationsanspruch bzw. über berufsständische Versorgungswerke oder private Krankenversicherungen geregelt haben. Solchen Bestrebungen setzt das Grundgesetz eindeutige Grenzen. Denn die Versorgungsansprüche der Beamten auf der Grundlage des verfassungsrechtlich garantierten Alimentationsprinzips (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG) und die auf eigenen kapitalmäßigen Ansparleistungen beruhenden Versorgungsansprüche von Selbständigen und Angehörigen Freier Berufe in Gestalt der berufsständischen Versorgungswerke sowie privater Versicherungen verkörpern verfassungsrechtlich gesicherte Besitzstände, die nicht zugunsten einer zwangsweisen Ausdehnung der gesetzlichen Sozialversicherungssysteme

schlicht einkassiert oder sozialisiert werden dürfen.⁴⁵ Für die Beamten würde Art. 33 Abs. 5 GG verletzt, für die Privatversicherten ergäben sich Verletzungen der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Das Gleiche gilt für die berufsständischen Versorgungswerke sowie die privaten Versicherungen, die ebenfalls den Schutz der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG genießen.⁴⁶ Auch die Berufs- und Gewerbefreiheit gerade der privaten Versicherungsunternehmen gemäß Art. 12 Abs. 1 GG würde eindeutig, d. h. in unverhältnismäßiger Weise verletzt.⁴⁷ Schon aus diesen Gründen erweist sich das Konzept der „Bürgerversicherung“ als verfassungsrechtlich unzulässig bzw. aus Verfassungsgründen nicht realisierbar. Hinzu kommen kompetenzrechtliche Vorbehalte. Als kompetenzrechtlicher Einstieg könnte nur die Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG diskutiert werden, derzufolge der Bund die konkurrierende Gesetzgebung für die „Sozialversicherung“ besitzt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG beschränkt sich der Tatbestand der „Sozialversicherung“ zwar nicht auf den hergebrachten, vorkonstitutionellen Regelungsbestand, eröffnet auf der anderen Seite dem

⁴⁵ Vgl. Isensee, Josef: „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 8/2004, S. 398 ff.; Scholz, Rupert: Deutschland – In guter Verfassung?, a.a.O., S. 198 ff.; siehe allgemein auch bereits dens.: Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Festschrift für Karl Sieg, Karlsruhe 1976, S. 515 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu Scholz, Rupert: Berufsständische Altersversorgung und gesetzliche Rentenversicherung: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzgeberischer Umgestaltung, 1999, S. 59 ff.; ders.: Berufsständische Altersversorgung oder gesetzliche Rentenversicherung: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzgeberischer Umgestaltung, in: Berufsständische Versorgungswerke: Alterssicherung für die Freien Berufe. Rolf Bialas zum 70. Geburtstag gewidmet, Bonn 1999, S. 76-91.

⁴⁷ Vgl. Isensee, Josef, „Bürgerversicherung“, a.a.O., S.400 f.; Scholz, Rupert: Berufsständische Altersversorgung, a.a.O., S. 92 ff.

Bundesgesetzgeber aber auch keine Blankovollmacht zur Veränderung.⁴⁸ Jede gesetzliche Regelung zur „Sozialversicherung“ muss in ihren wesentlichen Regelungselementen „dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist“.⁴⁹ Zu diesen Strukturelementen gehört unbestreitbar die Versicherungspflichtgrenze, derzufolge nur ein begrenzter Kreis von Bürgern sozialversicherungspflichtig ist. An die Stelle dieser Versicherungspflichtgrenze würde nunmehr eine Einheitsregelung treten, die keine entsprechenden Pflichtgrenzen mehr kennt und die stattdessen ein Zwangskollektiv genereller Art für alle Bürger schüfe.⁵⁰ Es ginge nicht mehr um eine differenzierte Solidargemeinschaft. Das Grundprinzip der solidarisch differenzierenden „Sozialversicherung“ und ihrer spezifischen Risikosteuerung würde zugunsten eines völlig neuen Systems globaler Vorsorge aufgegeben. Dies alles sprengt den Rahmen des verfassungsrechtlichen Kompetenzbegriffs der „Sozialversicherung“, ist also verfassungswidrig. Deshalb ist nicht nur aus allgemeinsozialpolitischen bzw. ordnungspolitischen Gründen, sondern auch aus einer ganzen Reihe von verfassungsrechtlichen Gründen dieses Konzept der sog. „Bürgerversicherung“ definitiv zu verwerfen.

4 Fazit

Das Verfassungsprinzip des „*sozialen Bundesstaats*“ gehört zu den *grundlegenden Konstitutionsprinzipien* des Grundgesetzes. Es ist in umfassender Weise zu beachten und vermittelt damit auch

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 11, S. 111 ff.; 29, S. 233; 62, S. 366; 87, S. 34; 88, S. 313.

⁴⁹ BVerfGE 87, S. 34.

⁵⁰ Vgl. Isensee, Josef: „Bürgerversicherung“, a.a.O., S. 395 ff.

maßgebende Steuerungsimpulse für die anstehende Reform des bundesstaatlichen Systems insgesamt. Die Grundprinzipien des „sozialen Bundesstaates“ sind über Jahrzehnte vernachlässigt oder auch missachtet worden. Dieser Entwicklung muss jetzt Einhalt geboten werden. Und dies kann, wie die vorstehenden Beispiele zeigen, unschwer gelingen.

Soziale Sicherung: Aufgaben des Staates und Aufgaben des Bürgers

Hildegard Müller

1 Einleitung

„Armut per Gesetz“. Auf diese einfache Formel brachten im vergangenen Jahr die PDS und andere Gegner der so genannten „Hartz-Reformen“ die bis heute andauernde Diskussion um die Zukunft der sozialen Sicherung in unserem Land. Über die teilweise berechtigten Zweifel von Betroffenen hinsichtlich der praktischen Umsetzung und plumpen Meinungsmache von Populisten hinaus, hat die damalige Diskussion Grundsatzfragen auf die Tagesordnung gebracht, die weiterhin aktuell und entscheidend für die künftige Wirtschafts- und Sozialordnung, für das Verhältnis zwischen Bürgern und Staat sind:

- Dies ist die Frage, wie soziale Sicherung in unserer Wirtschaftsordnung angesichts der demografischen und ökonomischen Herausforderungen dieser Zeit und künftiger Jahrzehnte ausgestaltet werden muss.
- Dies ist die Frage, wie die Verantwortung zwischen dem Staat und den ihn tragenden Bürgerinnen und Bürgern aussehen soll. Wo beginnen und wo enden Eigenverantwortung und Solidarität? Wie ist Subsidiarität auszugestalten?
- Dies ist die Frage nach der künftigen Ausrichtung und Ausgestaltung der Sozialen Marktwirtschaft.

Hierzu sollen die nachfolgenden Gedanken einen Anstoß bieten.

2 Fundamente der sozialen Sicherung in unserer Gesellschaft

Im Verhältnis von Bürgern und Staat ist die individuelle Freiheit von entscheidender Bedeutung. Ohne weitgehende Verwirklichung des Freiheitsideals wären Fortschritt und „Wohlstand für alle“, wie es Ludwig Erhard 1957 als Ziel formuliert hatte, nicht möglich gewesen.

2.1 Die Rolle des Bürgers

Wie wir leben und wie wir arbeiten, wie wir unser Gemeinwesen und unseren ökonomischen Austausch organisiert haben, ist Ausdruck dieses Verständnisses vom freien Menschen: Von Menschen, die zugleich wissen, dass Freiheit und Solidarität zusammengehören, so wie Freiheit und Wohlstand zusammengehören. Dabei gilt:

- Der Mensch ist frei. Deshalb darf ihm der Staat nicht aufzwingen, wie er zu leben hat.
- Der Mensch macht Fehler. Deshalb darf die Politik keine übermenschlichen Ziele verfolgen, zumal sie dazu neigt, die Menschen zu über- und zu unterschätzen. Sie darf auch nicht das letzte Wort für sich beanspruchen.
- Der Mensch ist frei, aber er ist nicht autonom. Auch der Stärkste kann morgen auf die Hilfe der anderen angewiesen sein.

Diese Grundeinsicht führt uns zu der Idee, dass Freiheit nicht absolute Freiheit sein kann. Sie muss verantwortete Freiheit sein. Und genau das ist einer der Kerngedanke der Sozialen Marktwirtschaft.

Die Soziale Marktwirtschaft schafft und erhält Freiräume, sie traut den Menschen etwas zu. Sie belohnt Fleiß und Einsatz, sie

setzt Anreize für die Leistungsbereitschaft der Menschen. Und sie spricht die Solidarität der Menschen an, ihre Bereitschaft, alle am Wohlstand teilhaben zu lassen. Der Staat setzt dafür den Ordnungsrahmen.

In einer freien Gesellschaft können sich die Fähigkeiten und das Wissen des einzelnen Menschen so entfalten, dass größtmöglicher Fortschritt realisierbar wird. Freie Menschen setzen in ihrem individuellen Bemühen, so erfolgreich wie möglich zu sein, unbewusst gemeinsam Kräfte in Bewegung, die für die Fortentwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft entscheidend sind. Der Staat setzt nur den Ordnungsrahmen. Adam Smith hat diesen Prozess mit seinem Bild von der „unsichtbaren Hand“ berühmt gemacht. Ein erfolgreiches Gemeinwesen ist daher nicht das Produkt einer von einzelnen Menschen geplanten Entwicklung, sondern vielmehr das Ergebnis vieler einzelner Bemühungen zu einem wirkungsvollen Ganzen. Werden Freiheit und Verantwortung des Einzelnen entscheidend unterdrückt, verlieren sie die Möglichkeit, mit ihren individuellen Bemühungen zum positiven Ergebnis beizutragen.

Dennoch ist es nötig, den Freiheitsbegriff auf seinen Kern einzugrenzen. Er besteht, wie Immanuel Kant es schon postulierte, nicht darin, dass wir tun und lassen können, was wir wollen. Individuelle Freiheit bedeutet, dass wir keinem Zwang anderer Menschen unterliegen, die uns für ihre eigenen Zwecke einspannen wollen. Zwang steht hier nicht für widrige Umstände, sondern für die Unterdrückung durch andere.

2.2 Die Rolle des Staates

Die Freiheit ist immer dann bedroht, wenn der Staat sich anmaßt, Zwang auch dort auszuüben, wo es nicht um individuelle Freiheit, Eigentum oder Vertragstreue geht. In diesem Zusammenhang

muss auch die Diskussion um die „Soziale Gerechtigkeit“ thematisiert werden.

Das Leben des Einzelnen ist naturgemäß von vielen Faktoren bestimmt. Wir besitzen unterschiedliche Talente und Fähigkeiten. Ungleichheiten lassen sich im Leben nicht vermeiden. Selbst wer alle gleich behandeln möchte, wird schnell zu der Erkenntnis kommen müssen, dass die Menschen ihre Chancen im Leben unterschiedlich wahrnehmen. Ungleichheit stellt sich so zwangsläufig wieder ein. Wer hier versucht, um jeden Preis einen Ausgleich zu schaffen, der öffnet der Willkür Tür und Tor.

Dennoch sind die Regierungen vieler freiheitlich verfasster Staaten in der Versuchung, nicht nur die Chancen, sondern die realen Lebensverhältnisse der Bürger nach dem Prinzip der Gleichheit zu organisieren. Der Wohlfahrtsstaat europäischer Prägung ist hierfür ein Beispiel. Dieser ist mit den bereits beschriebenen Freiheitsprinzipien jedoch nicht spannungsfrei zu verbinden. Vielmehr bedient auch dieser sich des Zwangs, der Bevormundung. In seinen Angleichungsprozessen geraten immer mehr Menschen in eine Abhängigkeit von behördlichen Entscheidungen, sei es als Empfänger von Leistungen des Wohlfahrtsstaates, sei es als Opfer willkürlicher Umverteilung. Kreativität und Spontaneität werden erstickt. Eigenverantwortliche Kräfte, die das Rückgrat des Fortschritts bilden, erlahmen nach und nach. Die Konsequenz ist gesellschaftliche und vor allem wirtschaftliche Stagnation. Zwar vergrößern sich die staatlichen Sozialbudgets, die Ungleichheit bleibt dennoch bzw. vergrößert sich sogar noch.

Welche Rolle muss also der Staat in diesem Zusammenhang einnehmen, wenn er wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklung bei gleichzeitig sozialer Verantwortung nicht im Wege stehen möchte?

Der Staat übernimmt die Rolle eines Schiedsrichters. Er hat die Rahmenbedingungen zu setzen und über die Einhaltung von

Regeln zu wachen, besitzt aber keine aktive Mitspieler-Rolle. Er hat die Rolle eines Ordnungshüters und betreibt eine klare Ordnungspolitik. Dies heißt: Es ist Aufgabe des Staates, Ziele zu setzen und für Leitplanken zu sorgen. Aber es ist nicht Aufgabe des Staates, den Weg zum Ziel vorzuschreiben.

Ordnungspolitik heißt dabei auch: Darauf vertrauen, dass die Menschen selber am besten dazu in der Lage sind, im Wettbewerb der Ideen, Konzepte und Produkte herauszufinden, welches die beste Lösung ist. Nicht die aktive Rolle des Staates, sondern Freiheit und damit auch Eigenverantwortung des Einzelnen sind gefragt. Wenn der Staat den Menschen von der Wiege bis zur Bahre absichert, werden die Menschen verwöhnt und träge. Ein solcher Wohlfahrtsstaat wäre wie Gift für das soziale Gemeinwesen. Niemand wäre mehr für sich selbst verantwortlich. Jeder würde auf Kosten anderer leben. Eine zu stark ausgeprägte Verflechtung aus Vorsorge und staatlichen Hilfen machen die Bürger zu Vasallen öffentlicher Unterstützung. Statt sich selbst abzusichern, würde so stets der Ruf nach Hilfe durch die öffentliche Hand laut werden.

Erst eine gute Wirtschaftspolitik gibt einem Staat die Mittel in die Hand, die er für seine Aufgaben – auch im sozialen Bereich – benötigt. Eine Regierung kann nur das Geld ausgeben, das zuvor über Steuern in ihren Haushalt geflossen ist. Da die Abgabenbelastung von Bürgern und Unternehmen und somit auch die Mittel des Staates begrenzt sind, hat er klare Grenzen für seine Aufgaben und sein Handeln einzuhalten.

2.3 Die Rolle Soziale Marktwirtschaft

Wirtschaftliche und soziale Leistungsfähigkeit eines Landes stehen in einem unauflösbaren Zusammenhang zueinander. Eine Sozialpolitik ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und wirtschaftliches Wachstum beraubt sich ihres Fundaments.

Aber umgekehrt gilt auch: Eine Wirtschaftspolitik ohne soziale Gerechtigkeit verfehlt den sozialen Frieden und führt im Ergebnis zu volkswirtschaftlichen Verlusten. Antworten auf diese Herausforderung finden sich – auch in Zeiten der Globalisierung – in der Konzeption der Sozialen Marktwirtschaft.

Alfred Müller-Armack sprach von einer „irenischen“, Frieden stiftenden, Formel. Der Begriff der Sozialen Marktwirtschaft sollte das eine nicht durch das andere ergänzen, sondern er beschreibt ein Konzept, in dem sich das Soziale im Markt und durch den Markt ergibt. Müller-Armack wird gemeinhin als geistiger Vater der Sozialen Marktwirtschaft bezeichnet. Von ihm stammen Begriff und Konzept der ordnungspolitischen Grundlagen, die noch heute die theoretische Basis unseres Wirtschaftssystems bilden. Es sei im Zusammenhang mit der sozialen Grundsicherung hier eine Definition von ihm erwähnt: „Soziale Marktwirtschaft ist überall dort, wo man sich den Kräften des Marktes anvertraut und versucht, alle vom Staat von den sozialen Gruppen anzustrebende Ziele in den Doppelaspekt einer freien Ordnung und sozial gerechten und gesellschaftlichen Humanlebensordnung zu verwirklichen.“¹

Als Leitbild der sozialen Marktwirtschaft dient also eine freie Gesellschaft, mit freiem Wettbewerb, in welchem soziale Aspekte nicht vernachlässigt werden – in dieser Reihenfolge. Sie geht vom selbständigen, eigenverantwortlichen Individuum aus. Sie vereint Markt und Menschlichkeit. Deswegen kann sie damals wie heute – unter den richtigen Rahmenbedingungen eine Wachstumsdynamik entfalten, die Chancen für alle schafft.

Wettbewerb ist nach dem zentralen politischen Gestalter der Sozialen Marktwirtschaft, Ludwig Erhard, selbst Leitbild seiner Ge-

¹ Alfred Müller-Armack: Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Bern und Stuttgart 1981, S. 12.

sellschaftsordnung, wobei die sozialen Probleme nicht durch den Wettbewerb verursacht werden. Ein aus sozialen Gründen beschränkter Wettbewerb würde aus seiner Sicht das soziale Problem noch verschärfen. Diese These ist insofern gerade heute interessant, da sich so mancher auf Ludwig Erhard beruft. Wir sollten uns seine Grundthese deshalb vor Augen halten. Sein Postulat „Wohlstand für alle“ gilt als Maxime auch heute noch. In seinem gleichnamigen Buch hat Erhard 1957 das Verhältnis von Bürger und Staat im Grundsatz so formuliert: „Ich will mich aus eigener Kraft bewähren, ich will das Risiko des Lebens selbst tragen, will für mein Schicksal selbst verantwortlich sein. Sorge du, Staat, dafür, daß ich dazu in der Lage bin.“²

Die Soziale Marktwirtschaft unterstellt einen Leistungswettbewerb der Anbieter und unterstreicht dabei Konsumentensouveränität, Freiheit und Selbstverantwortung des einzelnen Bürgers. Sie weist dem Staat eine soziale Verantwortung zu, für die Gesellschaft insgesamt aber auch für den Einzelnen.

Soziale Gerechtigkeit ist ein wichtiges Gestaltungskriterium der sozialpolitischen Maßnahmen innerhalb der Konzeption der Sozialen Marktwirtschaft. Menschen, die durch ihre eigene Leistung in der Wettbewerbsgesellschaft nicht in der Lage sind, ein zufrieden stellendes Einkommen zu erzielen, werden von der Gemeinschaft unterstützt. Zentral ist es jedoch, den Menschen die Fähigkeiten zu vermitteln, auf diese Hilfe nicht – oder eben nur im Notfall – angewiesen zu sein. Dafür ist es notwendig, unterschiedlichen Anlagen und Begabungen von Beginn an nachhaltig zu fördern. Zur Erstausbildung muss eine lebensbegleitende Qualifizierung hinzu treten. Das heißt: Bildungskompetenz und Lernfähig-

² Ludwig Erhard: Wohlstand für Alle (1957). Jubiläumsausgabe 2000. Düsseldorf 2000, S. 251.

keit müssen in der gesamten Gesellschaft und über die gesamte Lebenszeit der Bürger gefördert werden.

Wir brauchen zudem eine Moral, vor deren Hintergrund sich nicht alle darauf verlassen, dass der Staat rundum für sie sorgt, sondern die den selbstverantwortlichen, aufgeklärten Menschen fördert. Dies setzt allerdings auch voraus, dass Rahmenbedingungen für den notwendigen Zugang zu Bildung in ausreichendem Maße vorhanden sind. Bildung ist ein zentrales Element. Es muss deshalb gelingen, möglichst alle Schichten und gesellschaftliche Gruppen in den (Weiter-)Bildungsprozess zu integrieren. Das Ziel lautet, unterschiedliche Anlagen und Begabungen nachhaltig zu fördern. Zur Erstausbildung muss die lebensbegleitende Qualifizierung hinzutreten. Das heißt: Bildungskompetenz und Lernfähigkeit müssen in der gesamten Gesellschaft und über die gesamte Lebenszeit der Bürger gefördert werden.

Für mich darf zudem eine Anbindung an das christliche Menschenbild nicht vergessen werden. Denn der Mensch ist als Ebenbild Gottes geschaffen. Aus der Ebenbildlichkeit Gottes und dem Gestaltungsauftrag wird der Mensch Mitschöpfer, Teilhaber an der Weiterschöpfung Gottes auf dieser Erde. Der Mensch ist kreativ, freiheitlich tätig und muss dafür auch Verantwortung übernehmen. Wenn der Mensch also nicht Marionette Gottes ist, dann muss er auch eigenverantwortlich handeln. Das in der Wettbewerbsgesellschaft unterstellte Prinzip der Freiheit und Eigenverantwortlichkeit des Menschen findet hier seine Entsprechung. Übrigens gehört zum Wesen des Menschen auch das Ausnutzen des Sozialen. Die Anreize müssen demzufolge richtig gesetzt werden.

Die Soziale Marktwirtschaft ist – zusammengefasst – vor allem eine Wettbewerbsordnung, die um eine soziale Schutzfunktion ergänzt wird. Diese Schutzfunktion dient den Wechselfällen des Lebens, nicht einem allumfassenden Versorgungsstaat. Sie hilft

vielmehr in Zeiten des Übergangs, indem sie nach Möglichkeit gleichzeitig fördert und fordert, um so neue Anreize zu setzen.

Da nur Wettbewerb effizientes Wirtschaften fördert, darf die soziale Sicherung diesen nicht überlagern oder gar dominieren. Ist der Wettbewerb nicht mehr das dominante Prinzip, tritt das marktwirtschaftliche Anreizsystem schrittweise außer Kraft. Für den Einzelnen ermüden Motivation, Initiative und Leistungsbereitschaft. In der Folge erlahmt das gesamte System. Individuelle Freiheit, verbunden mit wirtschaftlicher Effizienz und sozialem Ausgleich, bildet ein magisches Dreieck der Sozialen Marktwirtschaft, welches es stets neu auszubalancieren und den aktuellen Herausforderungen anzupassen gilt. Umgekehrt ist es notwendig und wichtig, dass auch die Organisation der sozialen Sicherung wettbewerbliche Elemente beinhaltet.

Soviel zu den theoretischen Grundüberlegungen, vor deren Hintergrund eine soziale Grundsicherung in der Sozialen Marktwirtschaft gesehen werden muss.

3 Aktuelle ökonomische Herausforderungen an die soziale Sicherung in unserer Gesellschaft

Das, was wir heute als so genannte Soziale Marktwirtschaft vorfinden, entspricht nicht mehr dem, was sich deren „Väter“ darunter vorgestellt haben. Als Wirtschaftsordnung nach dem Zweiten Weltkrieg – damals durchaus umstritten geschaffen – war die Soziale Marktwirtschaft Grundlage für ein einzigartiges Wohlstandswachstum in der Bundesrepublik Deutschland. Dies war ein Wachstum, das nicht gebremst wurde und das es so ermöglichte, denjenigen Menschen zu helfen, die aus eigener Kraft heraus nicht in der Lage waren, für sich selber zu sorgen.

3.1 Beschäftigung als Schlüssel

Unsere sozialen Sicherungssysteme, der direkteste Ausdruck des Sozialstaatlichkeitsprinzips, leiten sich aus diesen Grundüberlegungen ab. Hinterfragt wurde damals, in welchen Bereichen der Mensch aus eigener Kraft nicht in der Lage wäre, für die großen Lebensrisiken zu sorgen. Für Krankheit – für Pflege erst viel später – für den Bereich des Arbeitsmarktes und für den Bereich der Rentenversicherung.

Heute, mehr als ein halbes Jahrhundert später, ist Erhards Wort vom „Wohlstand für alle“ in einem Maße Realität geworden, das viele damals für reine Utopie gehalten hätten. Doch wenn man die deutschen Wachstumsdaten im europäischen Vergleich betrachtet, dann sehen wir auch: Selbstverständlich ist das nicht. Lange Jahre waren die Unternehmen, die Arbeitnehmer und auch die Politik in der Bundesrepublik verwöhnt. Aber Versuche immer neue Lebensbereiche zu regeln, führten zu immer üppigeren sozialen Sicherungssystemen, verbunden mit immer weiter steigenden Abgabenbelastungen, einer immer höher steigenden Staatsquote und einem eingefleischten Besitzstandsdenken.

Die sozialen Sicherungssysteme werden bis heute durch die abhängig Beschäftigten finanziert. Der größte Teil der Menschen war bei ihrer Entstehung in abhängiger Beschäftigung. Das Leitbild des 45 Jahre lang abhängig beschäftigten Arbeitnehmers war keine Seltenheit. Auf dieser Basis beruhen bis jetzt die sozialen Sicherungssysteme und sollen für einen Ausgleich zwischen Star-ken und Schwachen sorgen. Aber bezahlbar ist das nur, wenn auch genügend Beschäftigung in diesem Land vorhanden ist. Diese Konstruktion ist nun seit mehreren Jahren in unserem Land aus den Fugen geraten.

Der 45 Jahre lang abhängig Beschäftigte ist nicht mehr das Normmodell des Arbeitsmarktes. Wir gehen zu spät in den Beruf,

wir gehen zu früh aus dem Beruf heraus. Hierbei ist als ein Beispiel für falsches Eingreifen der Politik die bisherige Möglichkeit zur Frühverrentung zu nennen, die falsche Anreize gesetzt hat. Heute ist es insgesamt so, dass ein immer kleiner werdender Zeitraum der Einzahlungen einem immer größer werdenden Zeitraum von Leistungen gegenübersteht. Zudem werden Erwerbsbiografien brüchig. Nur noch rund 40 Prozent des Volkseinkommens werden heute aus abhängiger Beschäftigung erworben. Es stellt sich also die Frage, ob der an die abhängige Beschäftigung gekoppelte Sozialausgleich auch in Zukunft noch Basis der Finanzierung der sozialen Sicherung sein kann und sein sollte. Es ist zugleich zu fragen, welche anderen Formen geeignet sein könnten und welches Sicherungsniveau möglich ist.

Was sind Gründe, die das Thema (Unter)Beschäftigung zu einem Problem der sozialen Sicherung haben werden lassen? Da wäre als dominierender Faktor die im internationalen Standortwettbewerb zu hohen Arbeitskosten zu nennen. Im Jahr 2002 rangierte nach Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft die Industrie in den „alten“ Bundesländern mit Arbeitskosten von 26,36 Euro pro Stunde hinter Norwegen an zweiter Stelle weltweit. Insbesondere die Lohnnebenkosten, die mit 11,62 Euro den höchsten Wert weltweit erreichen, belasten den Faktor Arbeit und schwächen die Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland.

Nicht nur, dass die Bruttoarbeitskosten für den Arbeitgeber eine enorme Belastung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bedeuten; auch die Kaufkraft des Arbeitnehmers wird durch eine hohe Belastung mit Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen massiv vermindert. Je nach Familienstand und Einkommen werden nach Angaben des Karl-Bräuer-Instituts des Bundes der Steuerzahler bis zu 60 Prozent der Bruttoarbeitskosten des Arbeitgebers für direkte Steuern sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung entrichtet. Während im Jahr 1960

insgesamt 41,5 Prozent des Volkseinkommens für direkte bzw. indirekte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge aufgewendet werden mussten, werden es im Jahr 2003 voraussichtlich 54,2 Prozent sein. Dieser signifikante Anstieg ist dabei fast ausschließlich auf die gestiegene Soziallastquote zurückzuführen. Sie hat sich von 12,4 Prozent des Volkseinkommens (bei einem Beitragsatz von 24,4 Prozent) im Jahr 1960 auf heute 23 Prozent (Gesamtbeitragsatz von 42,1 Prozent) fast verdoppelt.

Daher ist die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge eine ganz wesentliche Stellgröße, die über Arbeitskosten und damit über Beschäftigung, Arbeitslosigkeit und somit auch über Entfaltungsmöglichkeiten und Wohlstand des Einzelnen und der Gesellschaft insgesamt entscheiden. Auch die Tarifpartner stehen hier – neben der Politik – in der Verantwortung, da die Lohnzusatzkosten einen hohen Anteil freiwilliger tariflicher Leistungen beinhalten.

In verschiedenen wissenschaftlichen Studien des Instituts für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsforschung der Universität Karlsruhe, des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, des Weltwährungsfonds und der Bundesbank wurde nachgewiesen, wie sich ein möglicher Zusammenhang zwischen Höhe der Sozialversicherungsbeitragsätze und der Beschäftigung quantifizieren lässt. Die Ergebnisse variieren dabei zwischen 150.000 und gut 300.000 Beschäftigten je Sozialversicherungsbeitragspunkt. Der Effekt werde entsprechend kleiner, je stärker der Veränderung der Sozialversicherungsbeiträge eine Gegenfinanzierung und keine reale Kostenänderung gegenübersteht. Bei einem „mittleren Effekt“ von etwa 200.000 Arbeitsplätzen weniger je zusätzlichem Sozialversicherungsbeitragspunkt würde sich, ohne grundlegende strukturelle Veränderungen in den sozialen Sicherungssystemen und einem daraus folgenden Gesamtbeitragsatz von voraussichtlich mehr als 60 Prozent im Jahr 2050, der Wegfall weiterer vier Millionen Arbeitsplätze ergeben.

3.2 Steigende Transferleistungen als Hemmschwelle

Zugleich ist festzuhalten, dass der Ausbau des Sozialstaates heutiger Ausprägung zu einem Transferleistungssystem geführt hat, in dem Fehlanreize und falsche Lenkungswirkungen systemimmanent sind.

Alleine die Bruttoausgaben für die Sozialhilfe im engeren Sinn haben sich im Verhältnis zu den kommunalen Gesamtausgaben im Zeitraum von fast vier Jahrzehnten mehr als verdreifacht. Zur Erinnerung: Das Bundessozialhilfegesetz ist im Jahre 1963 konzipiert worden und in Kraft getreten. Im Jahr 1963 haben Städte und Gemeinden in der damaligen Bundesrepublik rund 600 Millionen D-Mark für die Sozialhilfe bereitstellen müssen. Zur gleichen Zeit konnten sie noch sechs Milliarden D-Mark in die kommunale Infrastruktur investieren. Konsumtive und investive Aufgaben standen sich in einem Verhältnis 1:10 gegenüber. Im Jahr 2003, also 40 Jahre danach, bringen die Kommunen 30 Milliarden Euro für die Sozialhilfe und die Leistungen auf, die unter dem Stichwort Sozialhilfe, wie etwa Jugendhilfe und Eingliederungshilfe hinzugekommen sind. Dies ist zudem rein nominal betrachtet, also nicht kaufpreisbereinigt, wenn auch um die fünf neuen Bundesländer mit rund 18 Millionen Menschen erweitert. Nominal haben sich nach Berechnungen des Statistischen Bundesamtes die Ausgaben für die Sozialhilfe also etwa ver Hundertfacht. Gleichzeitig sind Städte und Gemeinden heute nicht einmal in der Lage, 24 Milliarden in ihre Infrastruktur zu investieren. Das Verhältnis hat sich von 1:10 in eines von 1:0,8 gewandelt.

Das deutsche Sozialtransfer-System hat den Sozialstaat zu einem Wettbewerber der Privatwirtschaft werden lassen, der durch Subvention teilweise konkurrenzlos günstige Alternativen zum Einkommenserwerb durch Arbeit anbietet. Im Vergleich sind am Arbeitsmarkt erzielbare Löhne gegenüber Transferleistungen unter

Umständen kein ausreichender Arbeitsanreiz, insbesondere wenn die Transferleistungen durch Schwarzarbeit ergänzt werden.

Im Zuge des Ausbaus des Sozialstaates sind zudem zahlreiche Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer gesetzlich verankert worden. Diese Regulierungen führen im Ergebnis mitunter dazu, dass Unternehmen bei Auftragsspitzen eher Mehrarbeit anordnen als Neueinstellungen vornehmen. Viele Regelungen, die ursprünglich zum Schutz von Arbeitnehmern geschaffen wurden, haben inzwischen ungewollte Nebenwirkungen entfaltet, indem sie oftmals mehr Beschäftigung verhindern.

Aktive Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik muss deshalb in zwei Richtungen wirken: Die Wirtschaft braucht Impulse, neue, einfache Arbeitsplätze zu schaffen. Und die Arbeitsuchenden brauchen ein Motiv, Beschäftigungschancen auch wirklich zu ergreifen. Dies hat nicht zum Ziel, Menschen in ihren Rechten einzuschränken, sondern Anreize für neue Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt zu setzen. Das aktuelle Wirtschaftswachstum reicht bislang nicht aus, um wirkungsvolle, positive Impulse für den Arbeitsmarkt in Deutschland zu erzeugen. Deshalb gilt es, hier flankierende Maßnahmen für ein besseres Beschäftigungsklima zu ergreifen. Ein neues Arbeitsgesetzbuch zur Regelung des Arbeitsvertragsrechts würde hier Chancen für neue Rahmenbedingungen bieten. Der historische Höchststand der Arbeitslosenzahl Anfang 2005 verpflichtet zur Überprüfung jeglicher bisheriger Regelungen.

3.3 Demographie als Herausforderung

In der Diskussion um die soziale Sicherung stehen wir darüber hinaus vor einer fundamentalen Herausforderung, deren Auswirkungen die Gesellschaft noch nicht nachhaltig verinnerlicht hat. Es erscheint vielfach noch nicht hinreichend realisiert, wie fundamental dies die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates

verändern wird. Die Rede ist von der Veränderung in der demographischen Entwicklung. Seit 1965 werden in unserem Land wesentlich weniger Kinder geboren, als notwendig wären, um die Bevölkerungszahl zu erhalten.

Heute werden im Schnitt etwa 1,4 Kinder pro Frau geboren. Zur Erhaltung der Bevölkerungsstruktur wäre jedoch mindestens 2,1 nötig. Die in den vergangenen mehr als 30 Jahren nicht geborenen Kinder, fehlen dauerhaft als Generation im Bereich der sozialen Sicherungssysteme. Sie fehlen uns im Übrigen auch gesellschaftlich in vielen Fragen. Wie wir in Zukunft Anreize setzen, dass Kinder nicht mehr das zentrale Armutsrisiko in unserem Land sein sollen, ist eine dringend notwendige politische und gesellschaftliche Handlungsaufgabe. Wenn wir darüber hinaus schauen, wie wir Familien in allen Bereichen des Lebens entlasten können, bis hin auch zu ganz praktischen Fragen, wie der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, werden wir für die Zukunft eventuell andere Geburtenraten in unserem Land haben. Die staatlichen Handlungsmöglichkeiten sind aber in dieser Frage begrenzt. Wir brauchen dringend eine gesellschaftliche Diskussion hierüber.

Sicher ist, dass wir für die Jahre 2030 bis 2050 vor enormen sozialen Herausforderungen in unserem Land stehen werden. Dies zwingt uns zu sofortigem Handeln. Zu viele Jahre, in denen dies schon bekannt war, sind schon verstrichen, ohne dass effektive Maßnahmen ergriffen worden sind.

Wir erfreuen uns darüber hinaus – und dies ist eine Bereicherung – eines immer längeren Lebens. Die Phase zwischen Renteneintritt und späterer eventuell notwendiger Pflegeabhängigkeit ist also eine gesellschaftliche Phase, von der ich glaube, dass wir sie in unserem Land gar nicht ausreichend nutzen. Wir haben noch viel zu wenige Ideen entwickelt, wie wir Menschen einbinden und wie wir ihnen eine Aufgabe in unserer Gesellschaft geben können.

Für die soziale Sicherung bedeutet dies, dass die Frage der Finanzierbarkeit den Staat und somit die Solidargemeinschaft vor enorme Herausforderungen stellt. Während früher im Durchschnitt acht Jahre Rente gezahlt wurden, sind es in Zukunft 18 Jahre. Und wenn dies einher geht mit einem immer kleiner werdenden Anteil von jungen Menschen, die in die sozialen Sicherungssysteme einzahlen, stehen wir vor immensen Problemen. So ist klar absehbar, wann ein Einzahlender einem Leistungsempfänger gegenübersteht. Rund 26 Millionen sozialversicherungspflichtig Beschäftigte stehen heute schon etwa 40 Millionen erwachsenen Empfängern von Transferleistungen gegenüber.

Banal ausgedrückt würde dies für die Beitragssätze in der sozialen Sicherung im Jahr 2030 eine Höhe von rund 54 Prozent bzw. von etwa 60 Prozent im Jahre 2050 bedeuten. Wer glaubt, dass es dann noch legale Arbeit in Deutschland geben wird, die im internationalen Vergleich konkurrenzfähig ist, der irrt. Wer glaubt, er könne die Probleme mit verbesserten Lohnquoten in den Griff bekommen, geht auch an den Realitäten vorbei. Wir brauchen also die Bereitschaft zur fundamentalen Änderung der sozialen Sicherungssysteme um soziale Sicherheit als untrennbares wichtiges Instrument der Sozialen Marktwirtschaft zu erhalten.

3.4 Wo steht Deutschland heute?

Deutschland ist mit seinem Wirtschafts- und Sozialsystem dem immer härteren internationalen Standortwettbewerb nicht mehr gewachsen. Durch die enge Anbindung der sozialen Sicherungssysteme an die Arbeitskosten bei zunehmend problematischer Altersstruktur der Bevölkerung, durch ein hohes Maß an Regulierung und Bürokratie, durch unflexible Vorschriften des Arbeitsrechtes, durch ein selbst für Spezialisten kaum mehr überschaubares kompliziertes Steuerrecht und nicht zuletzt auch durch im OECD-Bereich an der Spitze liegende Arbeitskosten wird es für

Unternehmen aus dem In- und Ausland zunehmend unattraktiver, am Standort Deutschland zu investieren und zu produzieren. Arbeitslosigkeit ist zur gravierendsten Gerechtigkeitslücke in Deutschland geworden. Insgesamt hat die deutsche Wachstumschwäche inzwischen zu realen Wohlstandsverlusten geführt. Hätte sich in den vergangenen zehn Jahren das Pro-Kopf-Einkommen in Deutschland ähnlich wie in den anderen Ländern der alten Europäischen Union entwickelt, dann müsste es, wenn man die Daten des Statistischen Bundesamtes zu Grund legt, 2003 bei etwa 27.000 Euro und nicht nur bei rund 24.000 Euro liegen.

Diese Gesamtsituation stellt die Soziale Marktwirtschaft vor erhebliche Probleme. Die Herausforderungen für die künftige Ausgestaltung der sozialen Sicherung sind enorm. Wir brauchen eine Revitalisierung der Sozialen Marktwirtschaft. Wenn wir ökonomisch scheitern, richtet sich dieses in erster Linie gegen diejenigen, welche die soziale Ordnung in unserem Land mit ihrer Sicherheit und Stabilität am nötigsten brauchen.

Es gilt daher, das Ziel zu schützen und nicht das System. Manche heutige Diskussion erweckt den Eindruck, sie diene nur dazu, ein bestimmtes System zu erhalten. Aber immer dann, wenn man Systeme schützt und nicht die Ziele, geraten letztlich auch diese Systeme ins Wanken. Und so müssen wir uns überlegen, wie die soziale Sicherung der Zukunft gestaltet wird.

4 Schlussfolgerungen

Bei der laufenden und künftigen Ausgestaltung der sozialen Sicherung gilt es auszuloten, in welchem Maße die Bürger bereit sind, ein soziales Netz zu finanzieren. Welche Art von Sozialstaat ist wünschenswert, und wie setzt er die richtigen Anreize?

Meine persönliche Präferenz tendiert hierbei zu einem hohen Maß an individueller Wahl- und Entscheidungsfreiheit. Sie tendiert zu einer Selbstbeteiligung, bei gleichzeitig langfristig garantierter Grundsicherung für alle. Zusammengefasst müssen für diese die folgenden Ziele gelten:

- Solidarische Grundsicherung der großen Lebensrisiken in der Gesellschaft.
- Mehr Wahlfreiheit und Eigenverantwortung für jeden.
- Wer sich alleine versichern kann, sollte dies auch tun.
- Hohe Berechenbarkeit und Transparenz über Leistungen und Gegenleistungen in der Gemeinschaft sozialer Versicherungssysteme.
- Solide Finanzierung ohne weitere Hypotheken für nachwachsende Generationen.
- Verankerung wettbewerblicher Elemente in die sozialen Sicherungssysteme.

4.1 Subsidiarität als Leitsatz – Selbständigkeit statt Abhängigkeit

Ein tragendes Prinzip zur Erreichung dieser Ziele muss das Subsidiaritätsprinzip sein. Der Einzelne muss wieder stärker in die Pflicht genommen werden, das zu leisten, wozu er eigenständig in der Lage ist. Das wird gelingen, wenn ihnen der Staat größtmögliche Gestaltungsspielräume eröffnet – finanziell und rechtlich. Er kann nicht in allen Lebensbereichen unterstützend und ersatzweise tätig werden. Der Staat kann und darf nur da wirken, wo der Einzelne überfordert ist.

Subsidiarität bedeutet deshalb zuerst: Förderung von Eigenverantwortung. Dies geht einher mit mehr Freiheit. Sie steht für Leistungsfreude, Entfaltung des Einzelnen, Freude an Verschieden-

heit, Ablehnung von Gleichmacherei. Selbständigkeit ist mehr als ein unternehmerisches Prinzip. Es bedeutet Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume. Maxime muss sein: Selbständigkeit statt Abhängigkeit und – vor allem bezogen auf die soziale Sicherung – Hilfe zur Selbsthilfe sowie Versicherungspflicht vor Pflichtversicherung.

5 Handlungsempfehlungen

Die skizzierten Herausforderungen für die soziale Sicherung in Deutschland verdeutlichen, dass wir es uns nicht mehr leisten können, den Streit über Prognosen zur künftigen Entwicklung fortzuführen. Der Handlungsdruck liegt offen und kann nicht länger übersehen werden. Für Ausflüchte und Ausreden ist kein Raum mehr. Jetzt ist es Zeit zum Handeln. Allerdings litt die Diskussion um die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme in der Vergangenheit darunter, dass jede Reform, die durchgeführt wurde, immer nur Stückwerk war und somit den Keim der nächsten Reform in sich trug. Dies hat das Vertrauen der Menschen in die Stabilität der sozialen Sicherheit und in die Handlungsfähigkeit der Politik beschädigt. Neues Vertrauen entsteht nur auf der Grundlage von Realismus und Langfristigkeit. Hierzu sollen die nachfolgenden Überlegungen und Empfehlungen einen Beitrag leisten:

5.1 Aufgaben- und Leistungskritik

Auch in der Sozialen Marktwirtschaft soll der Staat seinen politischen Gestaltungsauftrag wahrnehmen. Aber er muss auf überzogene Lenkungsansprüche verzichten. Deshalb werden wir in Deutschland nicht umhin kommen, unsere derzeit bestehenden sozialen Sicherungssysteme einer grundlegenden Aufgabenkritik

zu unterziehen. Ihnen sind im Laufe der vergangenen Jahrzehnte Aufgaben zugewiesen worden, die mit ihrem ursprünglichen Auftrag nichts mehr zu tun haben. Dies ist eine fehlerhafte Entwicklung, die korrigiert werden muss. Die Verschiebung von staatlichen Aufgaben in solidarisch, lohnabhängig finanzierte Systeme, die mit dem Auftrag und dem Charakter der sozialen Sicherungssysteme nichts zu tun haben, muss beendet werden.

Wenn zugleich die Zahl der Leistungsempfänger steigt und die Zahl der Beitragszahler sinkt, dann kann das Leistungsniveau der sozialen Sicherung nur um den Preis des Anstiegs von Beiträgen und Abgaben gehalten werden. Gerade dies führt aber zu den bereits beschriebenen negativen Effekten auf dem Arbeitsmarkt. Diese Logik ist zwingend. Wir brauchen also eine konsequente Aufgabenkritik der Leistungskataloge der sozialen Sicherung.

Dies ist aber nicht allein auf die soziale Sicherung beschränkt, sondern betrifft auch andere Bereiche staatlichen Handelns. Zuständigkeiten, Verantwortungsbereiche und Finanzierungsstrukturen sind klar zu definieren. Wo immer möglich, muss auf staatliche Intervention verzichtet und stattdessen auf die Eigenverantwortung und Organisationsfähigkeit der jeweils kleineren Einheit oder des Einzelnen gesetzt werden. Es muss wieder der Vorrang der Privatwirtschaft vor dem Handeln des Staates gelten.

5.2 Abgabendisziplin

Wir brauchen eine grundlegende Neuordnung der Steuer- und Abgabepolitik, welche die Belastungsgerechtigkeit wiederherstellt. Gerade beim Steuersystem geht es einerseits um eine faire Balance zwischen den Steuern und Abgaben, die der Bürger für die Leistungen des Staates abführt und den Einkünften, die dem Einzelnen zur individuellen Verfügung verbleiben, andererseits.

Es kann nicht so sein, dass wir die Steuern so hoch setzen und anschließend den Staat umverteilen lassen. Dieses Vorgehen stellt nichts anderes als staatliche Bevormundung dar. Ich bin deshalb der Meinung, wir sollten das Steueraufkommen auf ein Minimum beschränken und die Menschen erst einmal entscheiden lassen, wie sie mit ihrem Einkommen haushalten können. Das Verhältnis von Steuern und Abgaben zu Leistungen des Staates wird dann für den Einzelnen auch wieder transparenter. So ist zu überlegen, wie viel Geld der Staat braucht, um das zu regeln, was in diesem Land noch notwendig ist, zum Beispiel für seine Aufgaben in der inneren und äußeren Sicherheit sowie in Teilen der Infrastruktur, aber sicherlich auch im Sozialen.

5.3 Steuergerechtigkeit

Die Steuerpolitik kann und muss zur notwendigen Reform der sozialen Sicherung ihrerseits einen begleitenden Beitrag leisten. Oberstes Prinzip – auch des sozialen Ausgleichs – muss dabei die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sein.

Dies bedeutet für den Bereich der sozialen Sicherung von der Finanzierung des Sozialausgleichs durch die abhängige Beschäftigung beim Sozialausgleich zu Gunsten eines transparenten und fairen Sozialausgleichs abzugehen. Das ist nicht nur die Grundvoraussetzung dafür, dass Arbeit in diesem Land wieder bezahlbar wird und neuer Wohlstand wachsen kann. Es ist auch gerechter als das bisherige System.

Eine grundlegende Reform des Steuerrechts wird dabei neben der radikalen Vereinfachung des Systems vor allem dafür sorgen, dass die Bürger, die eigentlich ein ausreichendes Einkommen haben, um für sich selbst und ihre Familien zu sorgen, die finanziellen Spielräume zurückgewinnen, die ihnen auch die notwendige Vorsorge für die Risiken des Lebens ermöglichen, ohne auf die Hilfe des Staates angewiesen zu sein. Er darf nicht besteuern, was

die Menschen für die Sicherung ihres existenznotwendigen Bedarfs selbst benötigen.

Das heißt allerdings auch, dass das Arbeitseinkommen alleine nicht mehr die Grundlage der Steuerbemessung sein kann. Dies gebietet nicht nur die Fairness, sondern ist auch eine Frage der Transparenz, wenn keine neuen Verschiebebahnhöfe in der sozialen Sicherung eröffnet werden sollen. Ein Ausgleich über das Steuersystem bleibt eindeutig der sozialere, gerechtere und transparentere.

6 Chancen und Wohlstand für alle

Wir sind an einem Punkt in unserem Land angekommen, wo wir nicht noch länger die bereits bekannten, aber unpopulären Tatsachen weiter ignorieren dürfen. Dies ist übrigens nicht allein ein Problem der Politik, sondern fordert die gesamte Gesellschaft. Deutschland befindet sich gerade bei der Zukunftsausrichtung seiner sozialen Sicherungssysteme an einer entscheidenden Nahtstelle. Wir stehen vor einer völligen Neuordnung in der sozialen Sicherung.

Die Vorschläge zu Strukturreformen dürfen nicht pauschal als Sozialabbau diffamiert werden. Es geht nicht um einen Abbau, sondern darum, das von Ludwig Erhard ausgegebene Ziel des „Wohlstandes für alle“ auch in Zukunft in einer globalisierten Welt zu sichern. Eine Rückbesinnung auf Erhard bedeutet, dass der Staat die Verantwortung für das Handeln weitgehend an die Bürger zurückgibt. Es ist an der Zeit, dass das Verhältnis der Gegenseitigkeit, das Erhard umrissen hat, für die Soziale Marktwirtschaft wieder bestimmend wird.

Auf dem Weg dorthin gilt es allerdings, die Menschen mitzunehmen. Diejenigen, die behaupten, dass der Wohlstand unseres

Landes auch ohne Reformen aufrechterhalten werden könnte, belügen die Öffentlichkeit. Die notwendigen Veränderungen werden nur gelingen, wenn wir ein neues Vertrauensverhältnis zwischen Bürger, Staat und Politik begründen und wenn die Menschen die Reformen zur Reaktivierung der Sozialen Marktwirtschaft als transparent, nachvollziehbar und gerecht empfinden.

Es muss ein neues Fundament des Vertrauens geschaffen werden, um den Kreislauf von Versprechungen, Erwartungen und Enttäuschungen zu durchbrechen. Eine Soziale Marktwirtschaft mit Zukunft ist auch eine Herausforderung für die Kommunikation des Leitbilds von Ludwig Erhard. Dies hat gerade die „Hartz“-Diskussion des vergangenen Jahres gezeigt. Die Vermittlung der Chancen, die in der Veränderung des Status quo liegen, muss in Gesellschaft und Politik gelingen. Politik und Gesellschaft müssen hierzu mutige Konzepte vorantreiben. Breite Akzeptanz findet diese Neue Soziale Marktwirtschaft für die Zukunft dann, wenn auch jene Gruppen Chancen erkennen können, die der Rückbesinnung auf Erhards Leitsätze bislang skeptisch gegenüberstehen. Ich wünsche mir, dass wir diese Chancen – die Chancen für alle sind – gemeinsam nutzen.

Sicherung kommunaler Daseinsvorsorge auf dem Prüfstand

Stephan Articus

I. Die historische Entwicklung der kommunalen Daseinsvorsorge

Die kommunale Daseinsvorsorge bildet seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts einen wesentlichen Pfeiler der Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern und der Bereitstellung einer Infrastruktur zur Existenzsicherung. Während die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts noch geprägt war von zahlreichen Einrichtungen der Wohlfürge, die als polizeiliche Gemeindeanstalten unter staatlichem Zugriff arbeiteten, begann der Aufbau und Ausbau einer umfassenden Infrastruktur der Daseinsvorsorge in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Gaswerke zur Straßenbeleuchtung, zentrale Wasserversorgungsstätten für Löschen- und Trinkwasser, Schlachthöfe, Kanalisationen und Entsorgungseinrichtungen für häuslichen Abfall, Abfall- und Deponiesysteme und schließlich Elektrizitätswerke und Verkehrsbetriebe wuchsen in den Städten als eigene Regiebetriebe oder städtische Unternehmen auf. Gab es in der Frühphase dieser Entwicklung noch eine deutliche Präferenz für die Vergabe von Konzessionen an Private, gingen die Städte mit fortschreitender Entwicklung zunehmend dazu über, Leistungen selber vorzuhalten und anzubieten.¹

¹ Hellermann, Johannes: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen 2000, S. 18.

In der Weimarer Republik veränderte sich das bis zum Ende des Ersten Weltkrieges entstandene Bild der Daseinsvorsorge nicht mehr wesentlich. Zu den nunmehr schon traditionellen Aufgaben kam noch ein verstärktes Engagement im Wohnungsbau. Zudem war unter dem Eindruck der finanziellen Krise der Städte eine Tendenz zur Erschließung profitabler wirtschaftlicher Betätigungen insbesondere im Randbereich der bestehenden Aufgabenfelder zu erkennen.

Die Zeit seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges brachte keine generelle Änderung der Position der Kommunalwirtschaft. Schwerpunkte blieben die Ver- und Entsorgung, Sparkassen, Wohnungswirtschaft und der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV).

Heute stellt die Daseinsvorsorge eine gesetzliche Verpflichtung der Städte dar. So enthalten die Gemeindeordnungen der Länder eine Verpflichtung der Gemeinden, „die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen“ zu schaffen bzw. zu unterhalten (§ 8 Abs. 1 GO NRW). Daseinsvorsorge hat sich damit heute von dem ursprünglichen von Forsthoff geprägten Begriffsverständnis gelöst und ist zu einem Synonym für die Schaffung von Infrastruktur schlechthin geworden.² In ihrem Bezug auf die Förderung des Wohls der Einwohner findet die Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe ihre Wurzel nicht nur in der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, sondern auch im Sozialstaatsprinzip.³

² Vgl. Herzog, Roman, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abschn. VIII, Rdnr. 13.

³ Herzog, Roman, a.a.O., Rdnr. 14.

II. Kommunale Daseinsvorsorge unter Liberalisierungsdruck

Seit dem Beginn der neunziger Jahre steht aber die gesamte Palette von Dienstleistungen, welche die Städte unter dem Begriff der Daseinsvorsorge erbringen, auf dem Prüfstand. Die Städte und ihre Unternehmen sehen sich zunehmend der Frage ausgesetzt, ob diese Leistungen durch andere nicht genauso sicher und gut, dabei aber billiger erbracht werden können. Vor dem Hintergrund der großen Liberalisierungserfolge im Telekommunikations- und im Energiesektor geraten sämtliche Leistungen der Daseinsvorsorge in den Fokus von Privatisierungs- und Liberalisierungsbemühungen. Die wesentlichen Impulse für diese Bemühungen gehen dabei vom europäischen Wettbewerbsrecht und dessen Auslegung durch die EU-Kommission aus. Diese Wettbewerbsregeln sind zwar nicht neu, werden aber erst jetzt im Zuge der fortschreitenden Integration der Volkswirtschaften Europas – und beflügelt durch eine rasante technologische Entwicklung – in ihrer Reichweite erfasst und durchgesetzt.

Die grundsätzliche Aufgabe der Daseinsvorsorge steht dabei nicht zur Disposition. Über den Transmissionsriemen des europäischen Wettbewerbsrechts stellt die EU-Kommission jedoch immer häufiger in Frage, dass die überkommene Art der Aufgabenerledigung mit dem europäischen Binnenmarkt in Einklang zu bringen ist. Die Fragestellungen, die sich aus dem Aufeinandertreffen einer stark wettbewerbsorientierten Rechtsordnung und einer gebietsmonopolistisch organisierten bzw. auf kommunale Eigenproduktion ausgerichteten Aufgabenerledigung ergeben, reichen von grundsätzlichen Erwägungen zur Natur kommunaler Selbstverwaltung bis zu konkreten Finanzierungsmodellen, von der Kompetenzverteilung im europäischen Mehrebenensystem bis zu der Frage, wie demokratische Mitbestimmung in liberalisierten

Märkten organisiert werden kann.⁴ Nach einer nunmehr über zehnjährigen europäischen Debatte sind nach wie vor mehr Fragen offen als beantwortet. Die kommunale Daseinsvorsorge steht vor einer Fülle ungeklärter Fragen, die ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bewirken. Vor dem Hintergrund, dass die Mehrzahl der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge investitionsintensive Sektoren sind, erscheint diese Rechtsunsicherheit nur schwer erträglich.

1 Meilensteine einer europäischen Diskussion

Die Diskussion um die Daseinsvorsorge ist in den letzten Jahren durch eine Reihe von Rechtsakten und Veröffentlichungen der Kommission angetrieben worden. Zunächst hatte die Kommission über zwei Mitteilungen versucht, ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu schaffen und die Rahmenbedingungen für die Daseinsvorsorge zu skizzieren.⁵ Beide Versuche wurden insbesondere im kommunalen Raum als unzureichend empfunden und hatten eine Diskussion darüber in Gang gesetzt, ob eine (Rahmen-) Richtlinie ein geeigneter Weg sein könne, mehr Klarheit zu schaffen. Mit der Veröffentlichung eines Grünbuches⁶ zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hatte die Kommission zunächst einen anderen Weg beschritten.⁷ Nachdem die

⁴ Krajewski, Markus: Eine europäische Debatte von allgemeinem Interesse, in: Europa Kommunal 2003, S. 163.

⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000 (KOM (2000) 580 endg. und die Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ von September 1996, Abl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3.

⁶ KOM (2003) 270 endg. vom 21.5.2003.

⁷ Zu den Motiven vgl. Krajewski, Markus, a.a.O., S. 164.

Kommission aber dem Grünbuch auch ein Weißbuch⁸ folgen ließ, ist davon auszugehen, dass die Entscheidung darüber, ob die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch eine Rahmenrichtlinie reglementiert werden, nicht endgültig vom Tisch ist.

Mit dem Grünbuch und dem Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, dem Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften⁹, und schließlich mit einem Maßnahmenpaket der Kommission zu den Modalitäten der Gewährung von Beihilfen für Daseinsvorsorgeleistungen ist die Diskussion in eine vielleicht entscheidende Phase eingetreten. Zwei Urteile des EuGH von Anfang 2005 mit vermutlich erheblicher Tragweite weisen ebenfalls darauf hin, dass sich die Debatte verdichtet.¹⁰ Auch der von der Kommission vorgelegte Entwurf einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt wird nicht ohne Auswirkungen auf die Daseinsvorsorge bleiben, obgleich die politische Diskussion über diese Richtlinie derzeit darauf hindeutet, dass der Entwurf noch erhebliche Veränderungen erfahren wird, zu denen auch Bereichsausnahmen für Daseinsvorsorgeleistungen gehören könnten.¹¹

⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM (2004) 374.

⁹ KOM (2004) 327 endg. vom 30.4.2004.

¹⁰ EuGH Urteil vom 11.01.2005, Rs. C 26/03 und Urteil vom 13.01.2005, Rs. C 84/03.

¹¹ KOM (2004) 2 endg.

2 Die Bedeutung des europäischen Binnenmarktrechts für die Erbringung kommunaler Dienstleistungen

Es sind im Kern zwei Bereiche des europäischen Binnenmarktrechts, welche die kommunale Daseinsvorsorge vor besondere Probleme stellt. Dies ist zum einen das Beihilferecht und zum anderen das Vergaberecht.

a) Die Beihilfeproblematik

Im Rahmen des deutschen Rechts steht den Kommunen eine weitgehende Gestaltungsfreiheit in der Frage zu, auf welche Weise – selbst, durch eigene Unternehmen oder durch Beauftragung eines anderen Unternehmens – sie ihre Daseinsvorsorgefunktionen erfüllen. Von dieser Freiheit machen die Kommunen auf Grund ihres kommunalpolitischen Selbstverständnisses und in der Hauptsache zur Verfolgung dementsprechender Ziele Gebrauch. Die so entstandenen bzw. entstehenden Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass sie einen öffentlichen Zweck erfüllen und im Zusammenhang damit der Steuerung und Umsetzung weiterer kommunalpolitischer Ziele beispielsweise im sozialen, kulturellen, infrastrukturellen Bereich, in Bezug auf den Umweltschutz oder auf die Belebung und Stabilisierung der örtlichen Wirtschaft bzw. des örtlichen Arbeitsmarktes zu dienen haben. Daneben sind den Kommunen oftmals Gewährleistungs- bzw. Aufgabenwahrnehmungspflichten fachgesetzlich auferlegt, deren Erfüllung in betrieblicher bzw. unternehmerischer Weise erfolgt. Kommunale Unternehmen und Betriebe unterscheiden sich somit wegen ihrer klaren Ausrichtung auf öffentliche bzw. politische Zwecke und Ziele trotz der oft ähnlichen oder gar gleichen äußeren Erscheinungsform im Wesenskern von privaten Unternehmen, deren Leistungen ausschließlich oder zumindest in der Hauptsache auf Gewinnerzielung angelegt sind und sein müssen.

Die Erbringung dieser Leistungen ist aufgrund ihres allgemeinwirtschaftlichen Charakters nicht immer kostendeckend möglich. Die fehlende Kostendeckung erfordert in vielen Fällen öffentliche Zuschüsse zugunsten der Unternehmen, die diese Leistungen erbringen. Mit diesen Zuschüssen geraten die Unternehmen, bzw. ihre Trägerkommunen ins Blickfeld des Beihilferechts der Art. 87-89 EGV.

Das prominenteste Beispiel für den Konflikt zwischen dem Beihilferecht und der kommunalen Daseinsvorsorge bildete in den letzten Jahren das Sparkassenwesen. Die kommunal getragenen Sparkassen kamen bisher in den Genuss der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast, zweier gesetzlich vorgesehener Haftungsinstitute, die im Ergebnis dazu führten, dass der Träger – d. h. die Kommune – für die finanzielle Leistungsfähigkeit der Sparkasse einzustehen hatte. Diese öffentlich-rechtlichen Garantien ermöglichten es den Sparkassen, sich zu günstigen Konditionen refinanzieren zu können. Während die Sparkassenorganisation und die Kommunen diesen vermeintlichen Vorteil gegenüber der privaten Konkurrenz als Kompensation für den öffentlichen Auftrag der Sparkassen und die damit verbundenen Belastungen betrachteten, sahen die privaten Banken und die EU-Kommission hierin eine verbotene Beihilfe im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts. Der Konflikt wurde zwar schließlich nicht durch ein Streitiges Verfahren, sondern durch eine Vereinbarung der Kommission und der Bundesrepublik Deutschland gelöst.¹² Trotzdem werden die Haftungsinstitute der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast abgeschafft. Damit hat das europäische Recht einen tiefgreifenden Wandel des Sparkassenwesens initiiert.

¹² Zum sog. „Brüsseler Kompromiss“ im Sparkassenstreit vgl. Münstermann, Engelbert: Die Sparkassen auf dem Weg in die Zukunft, in: Der Gemeindehaushalt, Heft 1/2002, S. 11.

Während die EU-Kommission früher die Auffassung vertreten hatte, dass öffentliche Zuschüsse an private oder auch öffentliche Unternehmen grundsätzlich dem Regelungsbereich des EU-Beihilfenrechts als Teil des EU-Wettbewerbsrechts unterliegen und deshalb ihr zur Notifizierung vorzulegen seien, hat mittlerweile der Europäische Gerichtshof klar gestellt, dass ein reiner Mehrbelastungsausgleich unter bestimmten Kautelen nicht unter den Beihilfetatbestand zu subsumieren sei.¹³ Hiernach soll der Ausgleich notwendiger Leistungen keine Beihilfe sein. Ein derartiger Ausgleich soll im konkreten Falle aber nur dann als keine staatliche Beihilfe eingestuft werden, wenn kumulativ folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich zu berechnen ist, zuvor objektiv und transparent aufzustellen. Ein nachträglicher allgemeiner Defizitausgleich ist in jedem Fall eine staatliche Beihilfe, die angemeldet und genehmigt werden muss.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns abzudecken.
- Viertens muss sich der Ausgleich, wenn die Auswahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist, an den Kosten bemessen, die ei-

¹³ EuGH, Entscheidung vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark-Trans, sowie zuvor die Entscheidung des EuGH vom 22. November 2001, Rs. C 53/2001, Ferring SA.

nem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstünden, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinschaftlichen Anforderungen genügen kann.

Damit ist zwar ein wichtiger Schritt zu mehr Rechtssicherheit gemacht. Die Kommunen stehen aber gleichwohl noch vor großen Problemen in der Praxis der Umsetzung dieser Grundsätze.

b) Die Vergaberechtsproblematik

Die Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge sind wesentlicher Teil des Binnenmarktes. Sie sollen die europaweite Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte erzwingen und für Transparenz und Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen sorgen. Diese begrüßenswerte Zielsetzung führt aber dazu, dass mit dem Vehikel des Vergaberechts überkommene Organisationsstrukturen aufgehoben, bzw. in Frage gestellt werden. Das Vergaberecht erstreckt sich längst nicht mehr auf klassische Beschaffungsvorgänge, wie den schlichten Einkauf von Gütern und Dienstleistungen. Inzwischen wird man davon ausgehen müssen, dass auch die Beauftragung kommunaler Unternehmen durch die Trägerkommune dem Vergaberecht unterfällt.

Spätestens seit den achtziger Jahren haben die Kommunen in großem Umfang Leistungen der Daseinsvorsorge aus ihren Kernverwaltungen ausgegliedert und auf rechtlich selbstständige, in der Regel privat-rechtlich verfasste, Organisationseinheiten übertragen. Waren diese selbstständigen Unternehmen zunächst noch überwiegend 100 Prozent Tochtergesellschaften der Trägerkommunen, werden seit Beginn der neunziger Jahre auch verstärkt private Dritte als Anteilseigner in diese Gesellschaften mit einbezogen, so dass gemischt-wirtschaftliche Unternehmen in vielfältiger Weise entstanden sind. Dabei war allgemein anerkannt, dass den Kommunen eine weitgehende Wahlfreiheit in der Frage zusteht, auf welche Weise sie ihre Daseinsvorsorgefunktionen

erfüllen. Es gilt als Kernbestandteil der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, dass Kommunen diese Leistungen nach ihrer Wahl selbst, durch eigene Unternehmen, durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, durch Beauftragung externer Dritter aus dem öffentlichen und/oder privaten Sektor oder in Zusammenarbeit mit anderen Gebietskörperschaften erledigen dürfen.

Mit dieser Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen geraten europäische Ordnungsvorstellungen zunehmend in Konflikt. Das europäische Vergaberechtsregime begreift die Übertragung der Aufgabenerledigung von der Kommune auf einen rechtlich von der Kommune zu unterscheidenden Dritten als einen Vorgang, der grundsätzlich in die Kategorie des öffentlichen Auftrags fallen kann. Die Konsequenz daraus wäre – vorbehaltlich der weiteren Voraussetzungen – die Verpflichtung der Kommune, vor der Aufgabenübertragung eine Ausschreibung vorzunehmen. In diesem Ausschreibungswettbewerb wäre dann das kommunale Unternehmen nur eines unter mehreren Bietern, ungeachtet der Tatsache, dass das kommunale Unternehmen seinen Daseinszweck unter Umständen allein in der Erfüllung dieser Aufgabe hat.

III. Wege zur Sicherung der Daseinsvorsorge

Sicherung der Daseinsvorsorge bedeutet auch aus kommunaler Sicht nicht die Verteidigung bestehender Strukturen der Aufgabenerfüllung um ihrer selbst willen. Sicherung der Daseinsvorsorge kann nur bedeuten, dass es den Kommunen möglich bleibt, ihrem Sicherstellungsauftrag für diese Leistungen nachzukommen. Nimmt man die oben erwähnte Verwurzelung der kommunalen Daseinsvorsorge im Sozialstaatsprinzip ernst, darf es nicht allein dem Markt überlassen bleiben, wer künftig welche Leistungen zu welchen Konditionen anbietet. Die deutschen Städte haben

in ihrem Leitbild „Stadt der Zukunft“ eine Reihe von Maßstäben formuliert, an denen sich bewerten lässt, ob es gerechtfertigt ist, eine Dienstleistung über den Markt oder in kommunaler (Mit-) Verantwortung zu erbringen.¹⁴ Diese Maßstäbe sind:

- gleichberechtigter Zugang,
- akzeptable Preise,
- die Kontinuität und die Universalität einer Dienstleistung,
- eine angemessene Qualität der Dienstleistung,
- Erfordernis der politischen und rechtlichen Kontroll- und Steuerungsfunktionen,
- die Berücksichtigung nicht leistungsunmittelbarer zentraler politischer Aspekte, wie zum Beispiel der Umwelt- und der Gesundheitsschutz.

Legt man diese Maßstäbe einer Bewertung des vielfältigen Leistungsspektrums zugrunde, das Kommunen heute unter der Überschrift Daseinsvorsorge erbringen, wird man feststellen, dass eine rein marktbezogene Erbringung dieser Leistungen kaum möglich sein wird. Akzeptable Preise, gleichberechtigter Zugang und Universalität der Leistung sind z. B. im ÖPNV nicht denkbar, ohne dass bestimmte Linien/Verkehre subventioniert werden. Folglich muss es Kommunen auch künftig möglich sein, Ausgleichszahlungen an Leistungserbringer zu leisten oder entstehende Defizite eigener Unternehmen aus Haushaltsmitteln abzudecken. Die Kontinuität von Dienstleistungen kann es erforderlich machen, stärker auf eigene Kräfte der Kommune zu setzen, als im Wege des Ausschreibungswettbewerbes einen privaten Partner zu finden. Eine flächendeckende Ausschreibungsverpflichtung würde die

¹⁴ Leitbild „Stadt der Zukunft“, verabschiedet von der 32. Hauptversammlung des Deutschen Städtetages am 15. Mai 2003 in Mannheim, www.staedtetag.de/10/schwerpunkte/artikel/00005/index.html.

Kommune in die Rolle von Ausschreibungsagenturen drängen, die lediglich noch Leistungsverzeichnisse zu erstellen und deren Einhaltung zu überwachen hätten. Gleichzeitig würde aber der gesetzliche Sicherstellungsauftrag der Kommunen fortbestehen, der sie im Falle eines Ausfalls des privaten Dienstleisters wieder zwingen würde, selbst Leistungen vorzuhalten. Auch das legitime Interesse, unabhängig von marktmächtigen Anbietern zu sein, kann gegen eine Vergabe von Leistungen im Wettbewerb sprechen. Deshalb ist neben der Möglichkeit, bestimmte Leistungen zu subventionieren, die Wahlfreiheit bei der Organisation der Aufgabenerfüllung notwendig, um die oben genannten Maßstäbe verwirklichen zu können. Vor dem Hintergrund der zuvor geschilderten Einflüsse des europäischen Rechts sind verschiedene Maßnahmen erforderlich, um diese beiden Notwendigkeiten sicherzustellen. Zum einen müssen eine Reihe von rechtlichen Rahmenbedingungen verändert, bzw. präzisiert werden (dazu nachfolgend Ziffern 1 – 3). Zum anderen müssen aber auch die Kommunen selbst als Träger der Daseinsvorsorge auf den neuen rechtlichen Rahmen reagieren und sich „fit machen“ für die Sicherung der Daseinsvorsorge unter geänderten Vorzeichen (dazu nachfolgend Ziffer 4).

1 Die Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Dienstleistungen

Das europäische Beihilfenrecht ist allgemein in den Art. 87-89 EGV geregelt. Für Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, gilt zusätzlich noch Art. 86 EGV. Art. 86 Abs. 2 EGV legt Ausnahmen für die Geltung des Wettbewerbsrechts fest. Darüber hinaus ist mit dem Amsterdamer Vertrag ein neuer Art. 16 in den EG-Vertrag aufgenommen worden, der bezüglich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bestimmt, dass die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer

jeweiligen Befugnisse dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Während über die Auslegung und Wirkung des Art. 16 EGV im konkreten Fall noch weithin Unklarheit besteht¹⁵, ist die Diskussion um die zentrale Ausnahmegvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV schon intensiv geführt worden, wenn auch nicht mit Ergebnissen, die das wünschenswerte Maß an Rechtssicherheit erbringen würden.

An Art. 86 Abs. 2 EGV entscheidet sich, ob sich ein Unternehmen, das Daseinsvorsorgeleistungen erbringt, dem Wettbewerbsrecht unterwerfen muss oder nicht. Deshalb ist die Auslegung dieser Vorschrift für die kommunale Daseinsvorsorge von zentraler Bedeutung. Art. 86 Abs. 2 EGV geht im Grundsatz davon aus, dass auch für öffentliche Unternehmen, die „Dienstleistungen allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erbringen, das Wettbewerbsrecht gilt. Daraus folgt zunächst im Umkehrschluss, dass Leistungen der Daseinsvorsorge, die als nicht-wirtschaftlich einzustufen sind, grundsätzlich nicht dem Wettbewerbsrecht unterliegen.¹⁶

Das Merkmal der wirtschaftlichen Leistung wird so für die Kommunen zum wohl wichtigsten Begriff im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV.¹⁷ Er steht deshalb auch im Mittelpunkt aller Bemü-

¹⁵ Vgl. zum Streitstand Carl-Otto Lenz in: EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, hrsg. von Carl-Otto Lenz und Klaus-Dieter Borchardt, 3. Aufl., Köln 2003, Rdnr. 5 zu Art. 16 EGV.

¹⁶ Pernice, Ingo/Wernicke, Stephan in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union, Band II, Stand September 2004, Rdnr. 53 ff. zu Art. 86 EGV.

¹⁷ Die EU-Kommission knüpft an dieses Merkmal ihre Differenzierung zwischen marktbezogenen und nichtmarktbezogenen Tätigkeiten. Letz-

hungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit für die kommunale Daseinsvorsorge. Eine abstrakt-generelle Definition ist bislang weder der Kommission noch dem EuGH gelungen. Seitens der Kommission wird auch eine klare Festlegung vermieden, um die künftige Ausdehnung des Wettbewerbsrechts auf weitere Sektoren nicht zu verhindern.

In der Mitteilung vom 20.09.2000 führt die Kommission zwar Beispiele für nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten auf. Hierzu zählen z. B. Tätigkeiten zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, nationale Bildungssysteme (Aufgabenerfüllung auf sozialem, kulturellem oder bildungspolitischem Gebiet) oder Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit. Soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht können auch als nicht-wirtschaftlich gewertet werden. Darüber hinaus verweist die Kommission auf Urteile des EuGH, z. B. zur staatlichen Überwachung des Luftraumes oder der Bekämpfung der Umweltverschmutzung, beides Tätigkeiten, für die in den jeweils beurteilten Fällen vom Staat Gebühren erhoben wurden. In diesen Fällen hebt der EuGH zur Begründung der Nicht-Wirtschaftlichkeit dieser Tätigkeiten darauf ab, dass es sich um originär hoheitliche Tätigkeiten handle. Durch den hoheitlichen Charakter, der als gegeben vorausgesetzt wird, weisen diese Tätigkeiten „keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages rechtfertigen würde“.¹⁸ Weiter gehende Anhaltspunkte werden nicht geliefert. Ein Schwerpunkt liegt aber offensichtlich auf dem staatlich-überwachenden Charakter der Maßnahme.

tere sollen von Wettbewerbsrecht nicht erfasst werden; vgl. Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 2000 (580) endg.

¹⁸ Urteil vom 19.01.1994, Rs. C-364/92, Eurocontrol.

Das Urteil des EuGH zum Zwangsrentenfonds für niederländische Fachärzte¹⁹ liefert weitere Anhaltspunkte zur Abgrenzung einer wirtschaftlichen von einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit. Für Letztere verbleibt allerdings auch mit diesem Urteil ein interpretatorisches „Restrisiko“, wenn nicht von vornherein von einer „klassischen“ hoheitlichen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Klaus-Dieter Borchardt führt hierzu an: „Eindeutig den nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten zuzuordnen sind diejenigen Tätigkeiten, die unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.“²⁰ Des Weiteren geht er davon aus, dass nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten diejenigen sind, die im Gemeininteresse liegen, keine Gewinne abwerfen und von Einrichtungen erbracht werden, die keine Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten.

Die Unklarheit in der Abgrenzung führt dazu, dass nicht auszuschließen ist, dass künftig auch eine Vielzahl von Dienstleistungen im Gesundheits-, Bildungs-, Sozial- und Kultursektor unter den Bedingungen des Wettbewerbsrechts zu erbringen sein werden. Auch wenn die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Leistungen dem technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel unterliegt und deshalb ein *numerus clausus* von wirtschaftlichen Leistungen nicht existieren kann, sollte sich die Kommission in Zukunft bemühen, abstrakt-generelle Kriterien für die Abgrenzung zu entwickeln. Nur auf diese Weise kann ein Mindestmaß an Rechtssicherheit hergestellt werden. Mögliche Kriterien könnten die fehlende

¹⁹ Urteil des EuGH vom 12.09.2000 (Rs. C 180/98 bis C 184/98).

²⁰ Borchardt, Klaus-Dieter: „Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln“, in: Österreichische Gemeindezeitung, Teil 1, 3/2003, Teil 2, 4/2003.

Gewinnerzielungsabsicht oder die überwiegende Finanzierung aus öffentlichen Mitteln sein.

2 Lokale Dienste und Binnenmarktrelevanz

Das europäische Wettbewerbsrecht dient der Schaffung bzw. der Vollendung des gemeinsamen Marktes. Aktivitäten, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, sind aus der Sicht des EGV irrelevant. Das Kriterium der Binnenmarktrelevanz zielt primär darauf ab, den Anwendungsbereich des nationalen Rechts vom Gemeinschaftsrecht abzugrenzen und ist insoweit auch für die Anwendung des Wettbewerbsrechts des EGV konstitutiv.²¹ Eine Vielzahl kommunaler Dienstleistungen wird aufgrund ihres nur örtlichen Charakters dieses Kriterium nicht erfüllen.

Die Kommission hat aber bislang keine Maßstäbe offen gelegt, wann einer Leistung aufgrund ihres lokalen Charakters die Binnenmarktrelevanz fehlt. Einzelfälle, denen in der Praxis der Beihilfekontrolle die Binnenmarktrelevanz abgesprochen wurde, waren der Betrieb eines kommunalen Freibades (Fall Dorsten) oder die Befreiung von Sozialabgaben für Betriebe innerhalb eines Stadtgebietes (Venedig).

Immer dann, wenn die Praxis der Finanzierung und der Beauftragung von eigenen Unternehmen durch die Kommunen den Binnenmarkt nur geringfügig berührt, muss vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips dem Recht der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen zur selbständigen Gestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der Vorrang gegenüber der strikten Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts gegeben werden. Auf der europäischen Ebene findet dieses Modell der

²¹ Pernice, Ingolf/Wernicke, Stephan in: Das Recht der Europäischen Union, a.a.O., Rdnr. 58 zu Art. 86 EGV.

„Lokalen Dienstleistungen“ im Grundsatz bereits Akzeptanz. Im Bereich des Vergaberechts hat das Europäische Parlament in einer Entschließung vom 14. Januar 2004 zum Grünbuch „Daseinsvorsorge“ ein Recht der Eigenproduktion für die Kommunen gefordert, die lediglich lokal tätig werden.²² Der Entwurf eines Maßnahmenpakets der Kommission aus dem Jahr 2004 sieht vor, im Rahmen von Schwellenwerten bestimmte staatliche Beihilfen für Daseinsvorsorgeleistungen im Wege einer Freistellungsentscheidung von der Beihilfekontrolle zu dispensieren.²³ Unabhängig von dieser auf die Beihilfekontrolle zugeschnittenen Freistellung sollte die Binnenmarktrelevanz bzw. die fehlende Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels abstrakt weiter definiert werden. Auf diese Weise könnte man zu einer pauschalen Annahme der fehlenden Binnenmarktrelevanz kommen, die zu einem erheblichen Plus an Rechts- und Planungssicherheit für die Kommunen führen würde. Eine solche abstrakte Definition könnte sich an folgenden Eckpunkten orientieren:

- Die wahrzunehmende Tätigkeit richtet sich auf die Befriedigung öffentlicher Interessen der örtlichen Gemeinschaft und ist insoweit eine lokale Aufgabe.
- Die Betätigung ist auf die Örtlichkeit beschränkt.
- Die Betätigung kommt mehrheitlich den Einwohnern der Örtlichkeit zugute.
- Der spezifische Aufgabenbereich ist klar umschrieben.

²² Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.01.2004, KOM (2003) 279 endg.

²³ Die bislang nicht amtlich veröffentlichten Entwürfe des Maßnahmenpakets sind im Internet auf der Seite des Bundesfinanzministeriums (www.bundesfinanzministerium.de) in der Rubrik „Beihilfenkontrollpolitik“ im Bereich Europa/Europapolitik abrufbar.

3 Die Präzisierung der Reichweite des Vergaberechts

Die Reichweite des Vergaberechts bei der Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung war jahrelang umstritten. Eine Reihe von Urteilen hat die Problematik jüngst aus kommunaler Sicht deutlich verschärft. Es war unstrittig, dass die Beauftragung eines rechtlich selbständigen Dritten mit der Durchführung einer kommunalen Aufgabe grundsätzlich ein Beschaffungsvorgang sein kann, der vergaberechtsrelevant sein könnte. Unstrittig war ferner, dass das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommen konnte, wenn Auftragsvergaben an Eigen- oder Regiebetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit erfolgten. Letztere fallen unzweifelhaft unter den Begriff der „Inhouse-Geschäfte“, also interner Vorgänge ohne die aus Sicht des Vergaberechts erforderliche Beschaffung am Markt. Heftig umstritten war jedoch immer, ob auch die Einschaltung kommunaler Unternehmen bzw. gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen in die Aufgabenerledigung im Rahmen der Daseinsvorsorge als sogenanntes Inhouse-Geschäft vergaberechtsfrei sein kann.

Die kommunale Seite argumentiert, dass die Kommunen nach deutschem Recht frei seien, sowohl darüber zu entscheiden, ob eine Aufgabe als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen oder auch nicht-wirtschaftlichen Interesse für ihre Bürgerinnen und Bürger erbracht werde, als auch wie dies geschehe. Insofern stelle sich die Vergabe an eine kommunale Tochtergesellschaft als ein rein innerorganisatorischer Akt dar, der Ausdruck einer (verfassungs-)rechtlich verbürgten Wahlfreiheit sei. Dies gelte auch dann, wenn es sich um eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft handle, jedenfalls solange der private Anteilseigner nicht die Mehrheit der Anteile innehave. Ein gewichtiger Teil der juristischen Literatur hat den Inhouse-Begriff indes stets deutlich enger gefasst.

In der Rechtsprechung des EuGH galt bislang die Formel, dass ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft dann angenommen werden konnte, wenn der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ ausübe und zudem der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig werde.²⁴ Diese Formel ließ durchaus noch einen interpretatorischen Spielraum für ein weitgehendes Verständnis des Inhouse-Begriffs. Nunmehr hat der EuGH diese Formel aber dahingehend präzisiert, dass er es für ausgeschlossen hält, dass eine Kommune über eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft, an der ein privater Minderheitsgesellschafter beteiligt ist, eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt.²⁵ Damit werden sämtliche Vergaben von Kommunen an gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften dem Vergaberecht unterstellt. Der damit verbundene Eingriff in die kommunale Aufgabenerfüllung ist in seinen Wirkungen noch nicht abzusehen.

Das Vergaberecht droht auch eine andere Form der kommunalen Aufgabenerfüllung zu erschweren. Mit zwei obergerichtlichen Urteilen aus Deutschland und einer aktuellen EuGH-Entscheidung ist die interkommunale Zusammenarbeit nach den entsprechenden Gesetzen der Länder ins Visier des Vergaberechts geraten. So wurden zwei Fälle der gemeindlichen Zusammenarbeit auf der Basis einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung als ausschreibungspflichtig betrachtet.²⁶ Der EuGH hat eine gesetzliche Regelung verworfen, durch die „Kooperationsvereinbarungen“ zwi-

²⁴ EuGH Urteil vom 18.11.1999, Rs. C 107/98 – Teckal.

²⁵ EuGH Urteil vom 11.01.2005, Rs. C 26/03 – Stadt Halle.

²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2004, Az.: VII-Verg. 78/03, abgedruckt in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 1022 f.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.09.2004, Az.: 11 Verg. 11/04 und 11 Verg. 12/04, abgedruckt in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2004, S. 692 ff.

schen öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften pauschal vom Vergaberecht ausgenommen wurden.²⁷

Da mit diesen rechtlichen Vorgaben die Verpflichtung zur Ausschreibung in weitem Umfang greifen wird, und anders als im Rahmen der Beihilfeproblematik kaum juristische Gestaltungsspielräume erkennbar sind, gewinnt die Frage an Bedeutung, was Kommunen tun können, um die Daseinsvorsorge auch unter den geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen sicherstellen zu können. Dabei steht vor allem im Vordergrund, wie sich Kommunen organisieren können, um dem Modell einer gewährleistenden Kommune zu entsprechen, die ihrem Sicherstellungsauftrag durch die Vergabe von Dienstleistungen und die Überwachung zuvor definierter Standards nachkommt.

4 Organisatorische Anforderungen an eine stärkere Rolle als „Gewährleister“

Das Leitbild „Stadt der Zukunft“ hat erkannt, dass Kommunen sich darauf einstellen müssen, künftig stärker als bisher in eine gewährleistende Rolle hineinzuwachsen, statt jede Leistung selber anzubieten. Auch wenn die Wahlfreiheit hinsichtlich der Organisationsform unbedingt zu erhalten ist, müssen Kommunen damit beginnen, sich auch für diese andere Rolle zu rüsten. Das Leitbild beschreibt die neuen Anforderungen, die auf die Kommunen in dieser neuen Rolle zukommen. Voraussetzung dafür, dass Daseinsvorsorge in einem Gewährleistermodell funktioniert ist, dass die Kommunen sich organisatorisch und personell darauf einstellen, Leistungen in ihrer Qualität und ihrem Umfang präzise zu beschreiben und die Einhaltung der gesetzten Qualitätsstandards auch zu überwachen. Dazu müssen Instanzen aufgebaut werden, die geeignet und in der Lage sind, das von einem privaten

²⁷ EuGH Urteil vom 13.01.2005, Rs. C 84/03.

Dienstleister zur Verfügung gestellte Angebot in einem kontinuierlichen Prozess zu überprüfen. Dabei muss unter Umständen der Schwierigkeit Rechnung getragen werden, dass es für eine Vielzahl von kommunalen Leistungen keine Marktangebote gibt, so dass die Kommune für die Leistung unter Umständen zusätzliche Finanzmittel bereitstellen muss. Daneben bedarf es eines Instrumentariums, das Vorkehrungen für den Ausfall privater Leistungserbringer trifft. Es ist davon auszugehen, dass ein Rollenwechsel von der Eigenproduktion zur Gewährleistung von Fremdproduktion tiefgreifende Umwälzungen in kommunalen Verwaltungen hervorrufen würde. Im Sinne einer Sicherstellung kommunaler Daseinsvorsorge und zur Garantie eines zukunftsfähigen Sozialstaates könnten diese Umwälzungen aber erforderlich werden.

Die Autoren und Herausgeber

Dr. Stephan Articus, geb. 1952; Hauptgeschäftsführer und Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages. Studium der Sozialwissenschaften und Promotion in Philosophie. Autor zahlreicher Bücher und Artikel zu Kommunal-, Sozial- und Finanzpolitik.

Adresse: Deutscher Städtetag, Lindenallee 13-17, 50968 Köln.

E-Mail: post@staedtetag.de

Dr. Michael Borchard, Hauptabteilungsleiter Politik und Beratung; Studium der Politischen Wissenschaft, Neueren Geschichte und des Öffentlichen Rechts. Forschungsschwerpunkte: Zeitgeschichte; Innenpolitik der Bundesrepublik Deutschland.

Adresse: Konrad-Adenauer-Stiftung, Hauptabteilung Politik und Beratung, Wichmannstraße 6, 10787 Berlin

E-Mail: michael.borchard@kas.de

Prof. Dr. Udo Margedant, Hauptabteilung Politik und Beratung, Koordinator Föderalismus; apl. Professor an der Bergischen Universität Wuppertal (Sozialgeschichte und Sozialphilosophie). Forschungsschwerpunkte: Politisches System der Bundesrepublik Deutschland und der DDR, politische Ideengeschichte.

Adresse: Konrad-Adenauer-Stiftung, Hauptabteilung Politik und Beratung, Wichmannstraße 6, 10787 Berlin

E-Mail: udo.margedant@kas.de

Hildegard Müller, MdB, geb. 1967, Mitglied des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Gesundheit und soziale Sicherung; Mitglied des Präsidiums der CDU; ehrenamtliches Mitglied des Kuratoriums der Wirtschaftswissenschaftlichen Gesellschaft an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; Mitglied der Ludwig-Erhard-Stiftung.

Adresse: Deutscher Bundestag, Platz der Republik, 11011 Berlin
E-Mail: hildegard.mueller@bundestag.de

Prof. Dr. Rupert Scholz, Bundesminister a.D., geb. 1937; Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre und Finanzrecht an der Universität München; Sachverständiger der Bundesstaatskommission; Mitglied des Konvents für Deutschland. 1981-1988 Senator für Justiz und Bundesangelegenheiten des Landes Berlin; 1990-1994 Vorsitzender der „Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat“; 1990-2002 Mitglied des Deutschen Bundestages.

Publ. u.a.: Grundgesetz zwischen Reform und Bewahrung, Berlin 1993; Deutschland – in guter Verfassung?, Heidelberg 2004.

Adresse: Ludwig-Maximilians-Universität, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München

E-Mail: rupert.scholz@uni-muenchen.de