

Dasein oder Nichtsein

Der „Kampf um die Daseinvorsorge“ als exemplarischer Fall

von Minister Dr. Christoph Palmer

I.

In den letzten Jahren sahen sich die deutschen Länder unversehens in der Rolle des schwankenden Dänenprinzen:

„Sein oder Nichtsein – das ist die Frage . . .
Ob's edler im Gemüt, die Pfeil und Schleudern
Des wütenden Geschicks erleiden, oder
Waffnend gegen einen See von Klagen,
Durch Widerstand sie enden.“

In manchem fühlt man sich in der Tat an das Theaterstück Shakespeares erinnert, das ja einen eminent politischen und zeitgeschichtlichen Hintergrund hat, wenn wir die Debatte um die „Daseinvorsorge“ der letzten Zeit verfolgen. Diese Debatte hat auch zur heutigen Tagung geführt, deren Ziel es ist, das Thema jenseits von Schlachtenlärm – und manchmal Theaterdonner – wissenschaftlich vertieft aufzuarbeiten. Es stellt sich die Frage, ob und wie der Stellenwert der Daseinvorsorge gegenüber den Prinzipien des Binnenmarkts, die traditionell von Deutschland und das aus guten Gründen hochgehalten werden, definiert werden kann. Weiter ist zu überlegen, ob sich hinter dieser Diskussion nicht noch eine weitere, grundsätzlichere Frage verbirgt. Es geht um die Rolle des Staates in einem veränderten globalen Umfeld, es geht aber auch um das Verhältnis zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten.

Um es vorweg zu sagen: mit der Thematisierung der Daseinvorsorge haben die deutschen Länder (wieder einmal) einen zentralen Leitbegriff in die europapolitische Debatte gebracht. Ähnlich war dies beim Subsidiaritätsprinzip, das zuerst von den Ländern thematisiert wurde. Auch mit diesem Begriff ist es den Ländern gelungen,

Erfahrungen in einem Begriff zu bündeln und für die weitere Europapolitik fruchtbar zu machen. Die Länder haben aufgrund ihrer Nähe zur Lebenswirklichkeit die Problemstellung wahrgenommen und in europäisches Handeln umgesetzt.

II.

Es ist bereits ein Gemeinplatz, wie Globalisierung und damit zusammenhängenden Entwicklungen seit dem letzten Jahrzehnt mit zunehmender Kraft die Welt verändert hat. Dies ist keinesfalls eine Angelegenheit allein der Unternehmen. Diese Entwicklungen greifen tief auch in das tägliche Leben eines jeden Bürgers ein. Es wäre ein Irrtum, hätte man geglaubt, dass der öffentliche Sektor von diesen Veränderungen ausgespart geblieben wäre.

Bemerkenswert ist allerdings, dass hier zunächst nicht das naheliegendste, nämlich die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, im Vordergrund stand. Intensiv diskutiert wurden vielmehr abstrakte Themen. So wurde nach der Demokratie im Zeitalter der Globalisierung gefragt und nach der Zukunft des Nationalstaats von dieser fast schon vergessenen Erfindung des 19. Jahrhundert.

Diese Fixierung der europapolitischen Grundsatzdiskussion auf staatspolitische Ewigkeitsfragen spiegelt die Beschäftigung mit dem klassischen Gegensatz zwischen hoheitlicher Gewalt und individueller Freiheit wider, der für Staats- und Verwaltungsrecht, aber auch für die Politikwissenschaft, lange Zeit im Vordergrund stand.

Es war bereits vor Jahrzehnten demgegenüber unbestritten das Verdienst von Ernst Forsthoff - aufbauend auf früheren Autoren – darauf hingewiesen zu haben, dass der Staat unter den Bedingungen heutiger Gesellschaften vor allem auch als Leistungsträger auftritt. Der doppeldeutige Charakter dieser Daseinsvorsorge, „der leistenden Verwaltungsfunktionen an der Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht“, ist Kern des aktuellen Konflikts. Forsthoff war es auch, der dazu eine klare Position formuliert hat: „Alles was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in

den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge“. Diese Definition wird heute zwar gern zitiert, wichtiger ist vielleicht aber noch der nächste Satz: „Diese Feststellung ist auch der Umkehrung fähig: alle öffentliche Daseinsvorsorge in diesem Sinne ist öffentliche Verwaltung, gleichgültig, in welchen Formen sie ausgeübt wird.“

Besser kann die Position, wie sie heute von den deutschen Ländern und den Kommunen vertreten wird, kaum gekennzeichnet werden, und deshalb sage ich klar: Daseinsvorsorge ist und soll Angelegenheit der inneren Ordnung der Mitgliedstaaten bleiben.

Die EU-Kommission betont demgegenüber die Geltung insbesondere wettbewerbs- und binnenmarktrechtlicher Bestimmungen ungeachtet des öffentlich- oder privatrechtlichen Status eines Unternehmens (Mitteilung vom 30. September 2000, Nr. 21).

Damit sind die Ausgangspositionen gekennzeichnet: Während aus deutscher Sicht die Daseinsvorsorge Angelegenheit der Mitgliedstaaten ist, verweist die EU-Kommission auf den Vorrang des EG-Vertrags und insbesondere der Wettbewerbsvorschriften. Der „Kampf um die Daseinsvorsorge“ wird damit auch zu einer Auseinandersetzung über die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten.

Aufgeladen wird dieser Kompetenzkonflikt allerdings noch durch etwas weiteres: Hinter den Wettbewerbs- und Binnenmarktvorschriften steht ein Denken, das grundsätzlich und in erster Linie auf die Kräfte des Marktes vertraut.

Die Konsequenzen eines derartigen Ansatzes wären beträchtlich. Angesichts der Tatsache, dass praktisch jede Dienstleistung heute auch am Markt eingekauft werden kann, ist kaum absehbar, welche öffentlichen Aufgaben für die Mitgliedstaaten noch bleiben würden. Konsequenter weiter gedacht, würde die Linie der Kommission angesichts der heutigen Dominanz des Wirtschaftlichen praktisch eine Allzuständigkeit der EU bedeuten.

Großzügigerweise hat die EU-Kommission in einer Mitteilung vom September letzten Jahres zwar eine Reihe „nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten“ aufgeführt, bei denen in „aller Regel“ Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln keine Anwendung finden. Wenig erhellend ist indes der Verweis auf Aufgaben, „die per se dem Staat vorbehalten sind“. Der Streit dreht sich ja gerade um die Frage, was „per se“ des Staates ist. Die in der Mitteilung genannten Bereiche (innere und äußere Sicherheit, Justiz, auswärtige Beziehungen und „andere hoheitliche Aufgaben“) enthalten entweder Selbstverständlichkeiten oder lassen die entscheidende Frage unbeantwortet. Der selbe Einwand betrifft auch die anderen, von der Kommission ausgeklammerten Aufgaben wie Bildung, Sozialversicherung und „soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht“.

Vorwerfen lassen muss sich die Kommission, dass sie zwar als Hüterin der Verträge auftritt, in ihrer Mitteilung aber eindeutig und einseitig die Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften in den Vordergrund stellt. Diese Sichtweise ist heute keinesfalls mehr ausreichend. Mit der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 5 durch den Vertrag von Maastricht und der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in Artikel 16 durch den Vertrag von Amsterdam sowie der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten in Artikel 6 EU-Vertrag, ebenfalls eingeführt durch den Vertrag von Amsterdam, müssen neuere vertragliche Vorgaben berücksichtigt werden. Hinzuweisen ist auch auf Artikel 36 der in Nizza feierlich proklamierten Grundrechtecharta. Festgehalten ist darin, dass die EU den Zugang zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge „anerkennt und achtet“. Auch hier stellt sich die Aufgabe, im Einzelfall die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gemeinsam mit den Bestimmungen des Vertrages in den Blick zu nehmen.

Zuzustimmen ist somit Professor Schwarze, der vor Kurzem darauf hingewiesen hat, „dass das Konzept der gemeinwohlorientierten Daseinsvorsorge nicht mehr allein als rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmefall zu interpretieren ist“ (EuZW 2001, S. 337). Daseinsvorsorge ist damit zu einem eigenständigen Strukturmerkmal der EU geworden.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die uneingeschränkte und unbedingte Herrschaft der Wettbewerbsbestimmungen nicht durch den Vertrag gedeckt ist. Die Kommission ist als Hüterin der Verträge verpflichtet, weitere Gesichtspunkte in ihre Entscheidungspraxis einzubeziehen. Hier müssen jetzt die neuen Vorgaben, die die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge mit dem Vertrag von Amsterdam gemacht haben, berücksichtigt werden.

Kern des Anliegens ist die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten für die Daseinsvorsorge. Es ist an den Mitgliedstaaten, die Ziele zu bestimmen und die Mittel dafür festzulegen. Kein Einwand besteht, wenn die Kommission sich eine Kontrolle „offenkundiger Fehler“ vorbehalten will. Genauso wenig wie die Kommission aber in die Entscheidungsbefugnisse der Mitgliedstaaten verbietend eingreifen darf, darf sie von sich aus Ansprüche auf Leistungen der Daseinsvorsorge formulieren, die dann von den Mitgliedsstaaten einzulösen wären. Positiv wie negativ – die Gestaltungsmacht der Mitgliedstaaten ist von der EU zu respektieren. Über die Verhinderung von offenkundigem Missbrauch hinaus darf es keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Kommission geben. Dies würde ja bedeuten, dass die Kommission ihr Ermessen an die Stelle der dafür zuständigen Mitgliedstaaten setzen würde.

Als allgemeines Prinzip sollte weiter formuliert werden, dass die Wettbewerbsvorschriften auch bei wirtschaftlichen Leistungen dann nicht einschlägig sind, wenn keine wesentlichen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel gegeben sind. „Minima non curat commissio“ – diesen Grundsatz sollte auch eine immer größer werdende EU beherzigen. Einrichtungen, die Daseinsvorsorge auf lediglich lokaler oder regionaler Ebene verwirklichen, sind kein geeigneter Gegenstand für eine Brüsseler Kontrolle. Dies folgt bereits aus dem Subsidiaritätsprinzip.

Die Frage der Daseinsvorsorge ist auch deshalb so relevant, weil dadurch Grundfragen der Staatlichkeit angesprochen werden. Die öffentliche Aufgaben haben sich im Laufe der vergangenen Jahrzehnte mehr und mehr in den Leistungsbereich, von der Eingriffs- in die Leistungsverwaltung verlagert. Kein Zufall ist es, dass in der verfassungsrechtlichen Diskussion der Charakter der Grundrechte als Teilhaberechte

neben dem als Abwehrrechte zunehmend in den Vordergrund gerückt ist.

Daseinsvorsorge organisiert die Solidarität in einem Gemeinwesen und steuert damit auch einen guten Teil seiner Legitimität bei. Indem öffentliche Dienstleistungen für jedermann, ohne Unterbrechung, zu einem vertretbaren Preis, in hoher Qualität gleich zugänglich sind, ist Daseinsvorsorge ein Grundprinzip gesellschaftlichen Zusammenhalts. Dieser wird zuallererst auf lokaler Ebene gebildet. Aus gutem Grunde sind es daher die Kommunen, die an vorderster Stelle für den Erhalt der Daseinsvorsorge eintreten.

„Daseinsvorsorge“ bedeutet allerdings nicht, dass die vorhandenen Strukturen unverändert bleiben müssen. Auch im Kreise der Ministerpräsidenten der Länder besteht Einvernehmen, dass die Sicherung der Daseinsvorsorge nicht mit einer Konservierung der vorhandenen Strukturen gleichgesetzt werden darf. Entscheidend ist, dass diese Leistungen die Bürger erreichen. Nachgedacht werden muss immer wieder über die Formen, in denen dies geschieht. Dass hier die Entwicklungen im Fluss sind, zeigt zum Beispiel die Diskussion über das in der Kommunalwirtschaft bislang zentrale Örtlichkeitsprinzip.

III.

Über die inhaltlichen Fragen hinaus gibt das Stichwort „Daseinsvorsorge“ Anlass auch zu einigen Bemerkungen zu Strategie und Taktik der deutschen Europapolitik.

Ausgangspunkt der Debatte war für die Länder sicherlich das Vorgehen der EU-Kommission gegenüber den Landesbanken. In der Entwicklung der Geschehnisse lassen sich exemplarisch Stärken und Schwächen der deutschen Europapolitik beobachten.

Erstens: Bemerkenswert ist zunächst, dass es ein in erster Linie innerstaatliches Problem war, das von interessierter Seite auf die europäische Ebene gehoben wurde. Es steht zu vermuten, dass Hintergrund der Beschwerden, die Auslöser für das Handeln der Kommission waren, die Konkurrenzsituation zwischen privaten Geschäftsbanken und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland war.

Nichts widerlegt schlagender die Vorstellung von einer „Deutschland AG“, dass ein derartiger Konflikt inzwischen nicht innerstaatlich geregelt, sondern auf europäischer Ebene ausgetragen wird.

Zweitens: In dem Konflikt wird deutlich, dass in Deutschland immer noch europarechtliche Vorgaben nicht genügend berücksichtigt werden. So kommentierte zum Beispiel das „Handelsblatt“ die Probleme bei der Übertragung der Wohnungsbauvermögen an die Landesbanken, als „Quittung für frühere Versäumnisse“ (Handelsblatt vom 2. Oktober 1997). Wenn die geplante, bis dahin unübliche Transaktion mit der Brüsseler Kommission besprochen worden wäre, wäre es wahrscheinlich nicht zur Einleitung des Verfahrens gegen die West-LB gekommen. Die Übertragungsmodalitäten hätten bereits im Vorfeld den Bedenken der Kommission angepasst werden können.

Drittens: Statt einer Bereinigung von konkreten Konflikten im bilateralen Kontakt mit der EU-Kommission, besteht in Deutschland eine Neigung dazu, das Problem „grundsätzlich“ zu lösen. Dieses Vorgehen ist allerdings nicht immer produktiv. So hat der Hinweis auf die Rolle der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in der Erklärung zum Vertrag von Amsterdam gerade weitere Recherchen der Kommission nach sich gezogen. Diese haben die deutsche Ausgangssituation nicht unbedingt verbessert.

Der selbe Mechanismus wird auch in dem Bestreben deutlich, das Thema auf eine abstraktere Ebene zu heben. Was zunächst ein isoliertes Problem der Westdeutschen Landesbank war, wurde so zu einer Frage des Bestands des öffentlich-rechtlichen Kreditwesens. Schließlich ging es dann um das ganz große Thema „Daseinsvorsorge.“

Fragen lässt sich, ob mit dieser Verquickung sowohl den Landesbanken als auch der Daseinsvorsorge gedient war. Erheblicher Argumentationsaufwand war nötig, um den Nutzen global agierender Landesbanken („gleichermaßen zu Hause in Sindelfingen und Singapur“) mit der Daseinsvorsorge für Bürger und Unternehmen vor Ort zu verknüpfen.

Viertens: Mit dieser „Ausweitung der Kampfzone“ kam etwas weiteres dazu. Zunehmend fühlten sich Einrichtungen betroffen, die zunächst keinesfalls im Visier der Kommission standen. Bald sahen sich Kommunale Spitzenverbände und Wohlfahrtsverbände in ihren angestammten Aufgaben der Versorgungswirtschaft und im Sozialbereich ebenfalls bedroht. Dies galt auch für die Sparkassen, obwohl Wettbewerbskommissar Monti bei zahlreichen Gelegenheiten betont hatte, dass Sparkassen mit örtlichem Wirkungskreis nichts zu befürchten hätten.

Der Konflikt wurde dadurch zu einem innenpolitischen Thema, das nach energischem Handeln von Bund und Ländern rief.

Erst nach Monaten harter Auseinandersetzungen ist man seit kurzer Zeit dort angekommen, wo man schon 1999 hätte sein können, bei Feinabstimmungen zu einer Daseinsvorsorge unter wettbewerbsrechtlichen Bedingungen. Diese Gespräche mit der Kommission laufen derzeit vielversprechend und konstruktiv.

Notwendig ist hier jedoch noch viel Feinarbeit. Es kann nicht im deutschen Interesse sein, dass „Daseinsvorsorge“ zu einem Synonym für Marktabschottung und verkrustete Strukturen wird. Zusammengefasst: Der Schlüssel ist der Respekt vor nationaler Gestaltung der Daseinsvorsorge, verbunden mit einer Missbrauchsaufsicht durch die Kommission, dazuhin der „de-minimis-Gedanke“.

Es stellt sich die Frage, inwieweit es darüber hinaus auf europäischer Ebene ein geschlossenes Konzept geben kann. Notwendig werden flexible Regelungen sein, die offen für neue Entwicklungen sind. Vielleicht sollte der Hinweis von Forsthoff beherzigt werden, der es dahin stehen ließ, „ob eine Durchnormierung dieser beweglichen und an wechselnde Lagen anpassungsbedürftigen Materie wirklich erstrebenswert wäre.“