

SKD

Schriftenreihe zur kommunalen Daseinsvorsorge

Heft 3

Siegfried Broß:

Krankenhäuser

kommerzielle Wirtschaftsbetriebe

oder Teil der Daseinsvorsorge des Staates?



Berliner Wassertisch

Professor Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß:

Krankenhäuser

—

kommerzielle Wirtschaftsbetriebe

oder

Teil der Daseinsvorsorge des Staates?

Vortrag anlässlich der vom
Interessenverband kommunaler Kliniken e.V.
in Zusammenarbeit mit dem
Berliner Wassertisch/Muskauer Straße
am 23. Januar 2014 in der Urania e.V.
organisierten gleichnamigen Veranstaltung

Schriftenreihe zur kommunalen Daseinsvorsorge

Siegfried Broß: Krankenhäuser – kommerzielle Wirtschaftsbetriebe oder Teil der Daseinsvorsorge des Staates? In: Schriftenreihe zur kommunalen Daseinsvorsorge. Hrsg. v. Berliner Wassertisch/Muskauer Straße. Heft 3. Berlin, Januar 2014.

Download unter:

<http://berliner-wassertisch.info/wp-content/schriftenreihe/BROSS-SKD2014.pdf>

Impressum

Herausgeber:

Berliner Wassertisch/Muskauer Straße

c/o GRÜNE LIGA Berlin e.V.

Prenzlauer Allee 8, 10405 Berlin

<http://berliner-wassertisch.info>

Satz und Layout:

Johanna Söhnigen



ISSN 2198-4735

1 Einführung

In der Bundesrepublik Deutschland besteht das Ideal der „*sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates*“. So hat es das Bundesverfassungsgericht im KPD-Verbotsurteil im Jahr 1956 formuliert (BVerfGE 5, 85, S. 198) und des Weiteren:

„[D]ie Tendenz der Ordnung und die in ihr angelegte Möglichkeit der freien Auseinandersetzung zwischen allen realen und geistigen Kräften wirkt aber [...] in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller. Das Gesamtwohl wird eben nicht von vornherein gleichgesetzt mit den Interessen oder Wünschen einer bestimmten Klasse; annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten wird grundsätzlich erstrebt. [...] Die staatliche Ordnung der freiheitlichen Demokratie muß demgemäß systematisch auf die Aufgabe der Anpassung und Verbesserung und des sozialen Kompromisses angelegt sein; sie muß insbesondere Missbräuche der Macht hemmen.“¹

Damit hat das Bundesverfassungsgericht die grundlegenden Strukturelemente der Staatsform der Bundesrepublik Deutschland umschrieben: Demokratie, Sozialstaat, Rechtsstaat. Hierbei handelt es sich um die von mir so bezeichnete *Makroebene*. Ihr korrespondiert eine darunter liegende *Mikroebene*. Dem folgt das Bundesverfassungsgericht auch in späteren Entscheidungen. So formuliert es etwa in BVerfGE 42, 312, S. 332:

„Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell allumfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen.“²

Zuletzt wurde es formuliert in einem Beschluss vom 23. Oktober 2013 zu einer im Jahr 2002 novellierten Regelung im Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz –, die eine gerichtliche Überprüfung von Vergütungsvereinbarungen in Werkverwertungsverträgen ermöglicht (1 BvR 1842, 1843/11):

„Indem diese Vorschriften sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenwirken, verwirklichen sie zudem die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 8, 274, S. 329; 81, 242, S. 255).“³

¹URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

²URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv042312.html>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

³URL: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20131023_1bvr184211.html.

1 Einführung

Vor diesem Hintergrund sind meine nachfolgenden Ausführungen zu verstehen. Sie stützen sich zusammengefasst und weitergeführt auf meine zahlreichen wissenschaftlichen Arbeiten zu den Problembereichen der Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche und des Sozialstaats seit 2003.⁴

Zudem konnte ich auf mehr als 50 Auslandsdienstreisen wegen Entwicklung oder Stabilisierung von Demokratie, Rechts- und Sozialstaat in etwa 20 Ländern in Europa, Asien, Süd-Amerika und Afrika entsprechende Beobachtungen machen und einschlägige Erfahrungen sammeln.

⁴Zuletzt: Stellungnahme für die Anhörung im Landtag Nordrhein-Westfalen am 3. Dezember 2013 betreffend die Provinzial-Neuordnung zu der LT-Drs. 16/4023 *Vermögensposition der Versicherten bei der Provinzial-Neuordnung sicherstellen*; URL: http://1.hh.de/LT_NRW_Bross2013 (pdf); letzter Zugriff: 10. 1. 2014. Davor vor allem Broß: *Daseinsvorsorge–Wettbewerb–Gemeinschaftsrecht*. In: Juristen-Zeitung (JZ) 2003, S. 874 ff.; Stellungnahme *Zu Risiken und Nebenwirkungen ... Zwang zum Riskiko*, Hauptpodium Teil 2 am Samstag, 19. Juni 2004, des 95. Deutschen Katholikentages in Ulm, 2004; *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Glanzlichter der Wissenschaft – Ein Almanach. Hrsg. v. Deutschen Hochschulverband, Stuttgart 2007, S. 25–33; *Schlanker Staat und Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gefahren für die Steuerungsfähigkeit des Staates und für das Gemeinwohl?* In: Verwaltungszeitung Baden-Württemberg, 2007, Nr. 3, S. 9 ff. u. Nr. 4, S. 13 ff.; *Die Zukunft des Sozialen – in Europa?*, Europapolitische Fachtagung des Paritätischen Gesamtverbandes e.V., Tagung am 13. Dezember 2007 in Berlin; *Subsidiarität und Solidarität zwischen nationalem Sozialrecht und EU-Wettbewerbsordnung; Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge*, Vorgänge 182, 2008, S. 56 ff.; Kongress *Arme Kinder – Reiches Land: Gerechtigkeit*, Veranstaltung von ATTAC in Karlsruhe am 10. Januar 2009 im Tollhaus; *Der Umbau mehr oder weniger existenzieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem*. In: Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen: Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen. Hrsg. v. Martin Hochhuth. In: Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte. Bd. 69. Berlin 2012, S. 9–20; *Wasser, Gas, Strom ... Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann*. In: Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe. Hrsg. v. Berliner Wassertisch/Muskauer Straße, Heft 2, Berlin 2013, URL: <http://berliner-wassertisch.info/wp-content/schriftenreihe/BROSS-SZR2013.pdf> (pdf); *Wirtschaftsordnung und Verfassung – einige kritische Betrachtungen* –, Festschrift für Rolf Stürmer, Tübingen 2013, S. 3 ff.; Siegfried Broß u. Karl-Georg Mayer: *Vorbemerkungen zu den Artikeln 83–87 Rn. 9–12 und Art. 87 Rn. 2f.* In: Grundgesetz-Kommentar. Begründet v. Ingo von Münch. Hrsg. v. Philip Kunig. Bd. 2. 6. Neubearb. Aufl., München 2012, S. 287 ff.

2 Krankenhäuser – kommerzielle Wirtschaftsbetriebe oder Teil der Daseinsvorsorge des Staates?

Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich in drei Abschnitte:

1. Die Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche und das „geistige“ Umfeld; Probleme für die Politikfähigkeit und die Gestaltungsmacht des Staates
2. Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen staatlicher Infrastrukturbereiche nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
3. Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts und dessen Grenzen nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und zur Diskriminierung im Arbeitsleben

2.1 Die Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche und das „geistige“ Umfeld; Probleme für die Politikfähigkeit und die Gestaltungsmacht des Staates

2.1.1 Kurzer Rückblick

Das Thema ist in eine Entwicklung eingebettet, die vor etwa 30 Jahren ihren Anfang nahm. Es ging in einem ersten Schritt in Bezug auf den schlanken Staat um Bürokratieabbau, Verwaltungsinnovation und Steigerung der Verwaltungseffizienz. Im Gefolge dieser Entwicklung wurde die Privatisierung von Bereichen der Daseinsvorsorge in Angriff genommen. So kam es zu den Reformen von Bahn und Post wie auch zur Privatisierung von Energieversorgungsunternehmen und anderer Unternehmen des staatlichen Infrastrukturbereichs (z. B. Müllbeseitigung, öffentlicher Personennahverkehr, Wasserversorgung, Elementarversicherungen, Landesbanken). Diese Entwicklung war nachhaltig von der europäischen Gemeinschaftsebene her beeinflusst, aber auch von der sich gleichzeitig entwickelnden Globalisierung der Wirtschaft. In letzterem Zusammenhang dürfen der Einfluss

von Weltbank, IWF und WTO nicht übersehen werden.¹ Sie wurde rechtswissenschaftlich unter anderem von der Theorie des „Gewährleistungsstaat“ befördert. Hiernach soll der Staat auch aus elementaren Bereichen der Daseinsvorsorge und selbst der öffentlichen Sicherheit zurückgedrängt werden, dergestalt, dass die öffentliche Aufgabe von Privaten allein oder im Zusammenwirken mit dem Staat, dem dann gleichsam nur noch eine Wächterrolle zukommt, wahrgenommen wird.²

2.1.2 Der Staat wird erpressbar

Bei der Initiierung dieser Entwicklung – häufig garniert mit einem „hymnischen Überschuss“ – wurden einer Privatisierung unverrückbar entgegenstehende Grundtatsachen übersehen oder gezielt ausgeblendet. Zunächst macht es keinen Sinn, staatliche durch private Monopole oder gleichwirkende Organisationsstrukturen wie Oligopole oder Kartelle zu ersetzen. Auf diese Weise liefert sich der Staat aus: Er öffnet sich anonymen und intransparenten Akteuren, die demokratisch nicht legitimiert sind, und die er auch nicht steuern kann. Er wird „erpressbar“.³

Regulierungsbehörden können das, was Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gebieten, nicht leisten. Das hat zuletzt die Finanzmarktkrise weltweit drastisch vor Augen geführt: Die sogenannten systemrelevanten Banken (und vereinzelt Versicherungsunternehmen) hatten zwar rücksichtslos ihre Geschäfte zulasten der Allgemeinheit betrieben und den einzelnen Akteuren unerhört hohe Bezüge verschafft, doch die Allgemeinheit wurde gleichsam zum zweiten Mal „zur Kasse gebeten“ (genauer: „gezwungen“), weil sie finanzielle Mittel zu deren Rettung in nicht mehr überschaubaren Größenordnungen aufwenden musste. Diese fehlen nunmehr vor allem im Sozial- und Bildungsbereich. Diese Systemrelevanz gilt es auch bei der Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser und der Bildung von Großkonzernen in diesem Bereich zu beachten. Hier schlummert ein Gefährdungspotenzial für die Volksgesundheit und damit für die Stabilität der Gesellschaft.

Der Staat verliert überdies mit fortschreitender Privatisierung von Infrastrukturbereichen seine Gestaltungsmacht. Die Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsstandort Deutschland werden nicht mehr von ihm, sondern von anonymen Akteuren einschließlich der Ratingagenturen definiert. So hat z. B. die Finanzmarktkrise die Hilflosigkeit der Euro-Staaten gegenüber den Ratingagenturen schonungslos offen gelegt. Man darf sich nichts vormachen: Im Falle der Privatisierung von Krankenhäusern definieren Ratingagenturen

¹Eindrucksvoll in diesem Zusammenhang zuletzt etwa Krätke: *TAFTA: Das Kapital gegen den Rest der Welt*. In: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2014, Heft 1, S. 5–9.

URL: http://1.hh.de/blaetter201401_05-09; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

²Vgl. statt aller: Wolfgang Hoffmann-Riem: *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitätsgewährleistung durch Normen*. In: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 130. Jg., Heft 1, 2005, S. 5–70, hier: S. 9.– Vgl. in diesem Zusammenhang auch Bull, *VerwArch.* 103 (2012), S. 1 ff.; Kment, *VerwArch.* 103 (2012), S. 63 ff.

³Vgl. dazu auch Heike Jahberg: *Interview mit Ex-Verfassungsrichter Broß „Der Staat ist erpressbar“*. In: *Tagesspiegel*, 3.6.2012; URL: <http://1.hh.de/Tagesspiegel20120603>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

2.1 Das geistige Umfeld der Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche

über das Unternehmensrating die Güte der Versorgung der Menschen in der Bundesrepublik Deutschland im Krankheitsfall, ergänzt durch das Gewinnstreben der Unternehmen.

Zudem hat – das belegt meine Feststellung von der Ohnmacht des Staates – das für die Bankenrettung notwendige allgemeine Zinsniveau die seriösen und soliden Anleger und Sparer z.T. existenziell gefährdet, vor allem auch, was die private Vorsorge für das Alter betrifft. Aus diesem Grunde können möglicherweise Lebensversicherungen ihre ursprünglichen Versorgungszusagen nicht mehr halten. Der Staat hat kein Äquivalent geschaffen durch stabile und solide fundierte Anlageobjekte – etwa mit dem von mir seit etwa 20 Jahren propagierten Fondsmodell – und nimmt mit leichter Hand die Destabilisierung der Gesellschaft und damit eine Gefährdung von Demokratie und Rechtsstaat in Kauf.⁴

Diese Politik und deren wissenschaftliche Untermauerung ist des weiteren wenig verständlich, weil die Regulierungsbehörden gerade **nicht** den schlanken Staat repräsentieren, sondern einem Überwachungsstaat den Weg bereiten. Zudem schlagen sie mit ihren Personalkosten in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung wieder namhaft zu Buche. Abgesehen davon, dass öffentliche Leistungen nach Privatisierung nicht billiger, sondern häufig bei schlechterer Qualität fortwährend teurer werden (gerade jetzt etwa erneut Bahn und Post), sind die nachfolgend zu behandelnden Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, die damit verbundene Gefährdung der Menschen in elementaren Grundrechtsbereichen wie auch – wiederum die Belastungen der Allgemeinheit in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung – die verminderten Aufkommen in den Steuer- und Sozialkassen mit einzubeziehen. Die mir aufgefallene einzige Ausnahme von niedrigeren Gebühren sind die für das Telefon. Sie bieten aber kein taugliches Argument, weil vormals die hohen Gebühren aus sozialen Gründen der Quersubventionierung anderer Leistungen der Deutschen Bundespost dienten. Gleichsam das Tüpfelchen auf dem „i“ markiert der Umstand, dass die in den privatisierten Bereichen tätigen Unternehmen teilweise noch mit Steuergeschenken bei „Laune gehalten“ werden müssen.

Die Globalisierung kann wie das Kostenargument ebensowenig als politische Legitimation dienen. Die genannten öffentlichen Infrastrukturbereiche wurden von der Globalisierung nicht beeinflusst, weil die Beförderungen etwa im Personennahverkehr in der Bundesrepublik Deutschland und nicht in anderen Erdteilen stattfinden, wie der Verbrauch von elektrischer Energie und Wasser. Die Versorgung der Menschen im Krankheitsfall gehört ebenfalls hierzu. Sie wird vor Ort und nicht im Ausland wahrgenommen. Die Zusammenhänge und Wirkmechanismen sind im Gegenteil gerade umgekehrt: Die Privatisierung dieser staatlichen Infrastrukturbereiche hat erst insoweit die Globalisierung ermöglicht und gefördert, auf diese Weise den Staat für intransparente und demokratisch nicht legitimierte Einflüsse geöffnet und so angreifbar gemacht.

⁴Vgl. z. B. SZ: *Das arme Fünftel*, Nr. 292 v. 18. 12. 2013, S. 7; URL: http://1.hh.de/SZ_20131218; letzter Zugriff: 10. 1. 2014. Und: SZ: *Bedürftig in Dortmund*, Nr. 294 v. 20. 12. 2013, S. 6.– Vgl. auch Krawalle in Hamburg: SZ: *Schwere Ausschreitungen in Hamburg*, 21. 12. 2013, URL: <http://sz.de/1.1849131>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

2.1.3 Die Würde des Menschen wird gefährdet

Die einseitige Betrachtung des skizzierten Problemfeldes unter rein ökonomischen Gesichtspunkten, die durch ein unreflektiertes Wettbewerbsdenken überhöht und etwa durch die Theorie des „Gewährleistungsstaats“ gestützt wurde, verfehlt zentrale Bindungen und Verpflichtungen der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, die man nicht als „überkommene Gedankenspiele“ abtun kann. Vielmehr dienen sie der Absicherung der grundlegenden Staatsstrukturelemente der Bundesrepublik Deutschland: Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat.

Die ökonomische Betrachtung verbietet sich schon deshalb, weil damit der Mensch zum jederzeit austauschbaren Gegenstand und damit zum Objekt im Staat herabgewürdigt wird. Er wird in Euro und Cent gemessen, so zunehmend bei der Versorgung im Krankheitsfall. Dort wird der Mensch zum Teil behandelt wie ein Wirtschaftsgut, das der Abschreibung unterliegt. Nebenbei bemerkt: Ich pflege eine deutliche und nüchterne Sprache, weil man mit Worthülsen, blumigen und wolkigen Umschreibungen wie auch durch die Hebung selbst des bedrückendsten Problems auf eine hohe Abstraktionsebene den Kern vernebeln und selbst die existentielle Missachtung der Würde des Menschen verbrämen und relativieren kann. Die Grundrechte werden hierdurch insgesamt in ihrer Unabdingbarkeit für unser Staatswesen und die ihm anvertrauten Menschen in ihrem Bestand gefährdet. Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes verbindet sich gerade mit der Würde des Menschen, desgleichen das Demokratie- und auch das Rechtsstaatsprinzip. Der einzelne Mensch wird bei dieser Entwicklung nicht mehr als autonomes Glied des Souveräns wahrgenommen und behandelt.

2.1.4 Das Volksvermögen wird destabilisiert

Hinzu kommt, dass die Anbindung solcher Infrastrukturbereiche an vitale staatliche Grundstrukturen übersehen wird. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem in einer Entscheidung im Jahr 1977 zu Regelungen der gesetzlichen Unfallversicherung ausgeführt (BVerfGE 45, 376, S. 387 f.):

„Das Sozialstaatsprinzip verlangt staatliche Vorsorge und Fürsorge für einzelne oder für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind (vgl. BVerfGE 35, 202, S. 236). Ein durch Ereignisse vor seiner Geburt geschädigtes Kind wird oft in besonderem Maße schutzbedürftig und schon aus diesem Grunde auf die besondere Vorsorge und Fürsorge des Staates angewiesen sein. Es wäre aber zu eng, die Einwirkung des Sozialstaatsprinzips auf das Regelungssystem der gesetzlichen Unfallversicherung nur als Schutz sozial besonders Schwacher zu begreifen. Die sozialstaatliche Pflicht zu einer umfassenden Sicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung wird auch durch das Interesse der Allgemeinheit an der Arbeitswelt als einer wesentlichen Grundlage der Volkswirtschaft begründet: Die mit dem Arbeitsleben der

2.1 Das geistige Umfeld der Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche

*Industriegesellschaft zwangsläufig verbundenen Risiken können nicht von dem einzelnen Arbeitnehmer getragen werden, sondern müssen durch umfassende Systeme der sozialen Sicherung wie insbesondere durch die gesetzliche Unfallversicherung aufgefangen oder doch gemildert werden. Erst hierdurch ist es dem Einzelnen möglich, seinen für die Allgemeinheit wichtigen Beitrag in der Arbeitswelt zu leisten. Je besser das System der sozialen Sicherheit ausgestaltet ist, desto eher werden demnach nicht nur schutzwürdige individuelle Belange gewahrt, sondern wird zugleich dem Allgemeinwohl gedient.*⁵

Selbst wenn man in nicht hinnehmbarer Weise die Menschen ausblendet, müsste dieser vom Bundesverfassungsgericht herausgestellte Gesichtspunkt des Interesses der Allgemeinheit an einer stabilen Gesellschaft „wachrütteln“. Hierzu noch ein anderes Beispiel: Die vormals öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung von Elementarschäden dient auch dem Gemeinwohl und damit der Stabilität eines Gemeinwesens. Jede Immobilie findet über das persönliche Eigentum Eingang in das Volksvermögen und bestimmt damit auch den Wert einer Volkswirtschaft im internationalen Finanzgeflecht. Das haben das Platzen der New Economy im Jahr 2000 und die verheerende Finanzmarktkrise seit 2008 nachhaltig bestätigt. Über die Elementarversicherung wird die Kreditwirtschaft voll umfänglich abgesichert, wenn eine Immobilie infolge eines Elementarschadens nicht mehr werthaltig ist. Das Volksvermögen wird ebenfalls stabilisiert und behält seinen Wert, weil gleichwertiger Ersatz geschaffen werden kann. Nach Privatisierung sind – wie die Naturkatastrophen der letzten Jahre mit Milliarden-Schäden zu Tage gefördert haben – nicht alle Elementarschäden versichert oder nur zu Bedingungen, die sich Teile der Bevölkerung wirtschaftlich nicht leisten können.⁶

2.1.5 Wettbewerb im Bereich der staatlichen Infrastruktur führt in die Irre

Die Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche wurde in Teilen von der Gemeinschaftsrechtsebene erzwungen. Es geht insoweit um Nichtdiskriminierung und ungehinderter Verkehr mit Waren und Dienstleistungen sowie unverfälschten Wettbewerb. Hierbei kamen wiederum Fehlvorstellungen zum Tragen, die mitverantwortlich für zu beobachtende Fehlentwicklungen sind. „Dienste“, die eine Ausprägung grundlegender Staatsstrukturelemente sind, entziehen sich einer ökonomischen Betrachtung und dürfen gerade nicht in Euro und Cent bemessen werden. Andernfalls würden sich Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat in Frage stellen. Zudem ist Wettbewerb definitionsgemäß rücksichtslos und fördert eine Ellbogen-Gesellschaft. So sind die Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts zu den Bindungen und Verpflichtungen gemäß der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde wie auch aller Grundrechte nicht zu verstehen. Hingegen vermag der Markt – wie 2000 und seit 2008 nachhaltig gezeigt – nichts zu richten, sondern Gesellschaften und Staaten wie auch Staatenverbindungen (EU)

⁵URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045376.html>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

⁶Auf diese Zusammenhänge habe ich schon 2004 aufmerksam gemacht: *Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick*. In: NZBau 2004, S. 465–468; hier: S. 467 f.

in ihren demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialen Grundlagen zu gefährden.

Das Wettbewerbsprinzip führt in die Irre: Die auf dem Sozialstaats- und Demokratieprinzip beruhenden staatlichen Infrastrukturbereiche folgen objektiven Regeln. Diese werden ausschließlich von der Verfassung und dem objektiven Gehalt der Grundrechte und vor allem der Menschenwürde vorgegeben. Es ist denkgesetzlich wegen der Hierarchie der Normen mit der Verfassung als das die gesamte Rechtsordnung überwölbende Dach ausgeschlossen, diese über einfache Gesetze ökonomisch zu definieren und so „auszuhebeln“. Da der Mensch hier im Mittelpunkt steht, handelt es sich nicht um kompatible Gegenstände, die wie im Wirtschaftsleben ausgetauscht und gehandelt werden sowie dem Verbrauch unterliegen.

Diese neben der EU von WTO, IWF und Weltbank propagierten Prinzipien gefährden das Zusammenwachsen der Staaten in der EU, sie verhindern aber teilweise die Entwicklung stabiler Staaten und rechtsstaatlicher Demokratien weltweit und sind deshalb dem Weltfrieden nicht förderlich. Nebenbei bemerkt: Viele Staaten sind mangels einer stabilen Gesellschaft und mangels einer staatlichen gefestigten Infrastruktur hoffnungslos unterlegen und werden durch den die Freiheit angeblich sichernden Wettbewerb schlicht überrollt und geschädigt.

Zwei Beispiele hierzu für die Bundesrepublik Deutschland: Seit Jahren wird von Politikern immer wieder ein sogenannter Wettbewerbsföderalismus propagiert. Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist eine solche Forderung ohne tragfähige Grundlage. Alle hier lebenden Menschen haben Anspruch auf den gleichen Grundrechtsschutz und sozialen Standard. Aus dem Krankenhausbereich ist in diesem Zusammenhang auf die „Fallpauschalen“ zu verweisen. Auf diese Weise wird der kranke Mensch gleichsam standardisiert wie ein lebloser Gegenstand. So wird der Mensch seiner Individualität und der ihm eigenen Menschenwürde entkleidet und die strikte Verfassungsbindung des Art. 1 Abs. 1 GG missachtet. Zudem werden Arzt und Pflegepersonal ebenfalls in ihrer ihnen wegen ihrer Individualität zustehenden Eigenverantwortung für die Gesundheit der ihnen anvertrauten Menschen, die der Krankenfürsorge unabdingbar immanent ist, in unvertretbarer Weise herabgewürdigt und behindert. Von der Erörterung naheliegender Fehlanreize aus ökonomischen Gründen für zunehmende OP-Häufigkeit sehe ich im Rahmen des Themas ab.

2.1.6 Negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

Die Privatisierung öffentlicher Infrastrukturbereiche hat zudem für die Arbeitswelt für die betroffenen Menschen, für die Gesellschaft und das gesamte Staatswesen zunehmend verheerende Folgen. Die für eine Privatisierung häufig aufgestellte Behauptung, Private könnten diese Aufgabe billiger und damit für die Allgemeinheit finanziell günstiger erledigen, war schon zu Beginn dieser Entwicklung als substanzlos entlarvt. So wird allgemein übersehen, dass die viel beklagte Bürokratie das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip „gewährleistet“, hingegen die Zusage nach Katastrophenfällen, der Staat werde „unbürokra-

2.1 Das geistige Umfeld der Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche

tisch“ Hilfe leisten, das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verfehlt. Auch wenn es sicher immer wieder überflüssige oder sich in ihrer Sachgerechtigkeit nicht unmittelbar aufdrängende Vorschriften gibt, dienen die geordneten Regelwerke dazu, die Steuermittel transparent sowie ordnungsgemäß und den bestehenden Gesetzen entsprechend zu verteilen und sie keineswegs nach dem Gutdünken einzelner Amtswalter „unters Volk zu bringen“. Solchen rechtsstaatlich-demokratischen Bindungen unterliegt der Private nicht.

Viel schwerer wiegt aber ein anderer Umstand. Es wird gezielt unterdrückt, dass die Ersparnis von privaten Unternehmen häufig nur durch Verstoß gegen bestehende oder durch gezielte Umgehung bestehender gesetzlicher Bindungen erreicht werden kann. Zudem wird die Arbeitswelt zunehmend von privaten Unternehmen ohne Rücksicht auf eine Gemeinwohlverantwortung umgestaltet.⁷ Erfreulicherweise betont das Bundesverfassungsgericht in seinem jüngsten Urteil vom 17. Dezember 2013 zu Art. 14 GG – Garzweiler – trotz eines anders gelagerten Sachverhalts auch die hier gültige Gemeinwohlverantwortung des Eigentümers über Art. 14 Abs. 2 GG (1 BvR 3139, 3386/08).

Der Staat hat mit der Privatisierung öffentlicher Infrastrukturbereiche (und darauf beruhenden Folgemaßnahmen) Hunderttausenden – wenn nicht ein oder zwei Millionen regulären Arbeitsverhältnissen – die rechts- und sozialstaatlich gesicherte Grundlage entzogen. Er ist damit nicht seiner Vorbildrolle für den Arbeits- und Ausbildungsbereich gerecht geworden. Er hat sich vielmehr dieser eminent staatlichen Aufgabe entledigt und damit die Privatwirtschaft sogar noch mittelbar unterstützt, wenn diese selbst ihren Verpflichtungen zum Heranführen von Nachwuchs nicht gerecht wird, sondern Fachkräftemangel und dergleichen trotz eigener Fehlleistungen beklagt. Durch die vom Staat initiierte Entwicklung gingen Impulse aus für eine Auslagerung von Arbeitsplätzen in Billiglohnländer. Erst mit dem Beginn der Privatisierungswelle staatlicher Infrastrukturbereiche setzte die Entwicklung einer Begründung prekärer Arbeitsverhältnisse in großem Umfang ein. Seither besteht Anlass, sich wegen Minijobs, Leiharbeit, Scheinselbständigkeit und Scheinwerkverträgen, Mindestlöhnen, Tariftreue und illegalen Beschäftigungsverhältnissen um die Stabilität der Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland Sorgen zu machen.

2.1.7 Das Klima muss geändert werden

Hiermit ist im Wesentlichen das „geistige“ Umfeld des Themas abgesteckt. Wenn man diesen übergreifenden Zusammenhang nicht mit einbezieht und die Problemstellung auf den unmittelbaren Gegenstand des Themas einengt, gehen entscheidende Gesichtspunkte verloren. Zudem muss das allgemeine Klima geändert werden. Dieses war über viele Jahre geschlossen und unüberwindbar – gleichsam mit einem Tabu belegt – unreflektiert auf Privatisierung um jeden Preis ausgerichtet. Das kann man jetzt noch an den Griechenland, Portugal und anderen Ländern aufgezwungenen Privatisierungsverpflichtungen erkennen.

⁷Vgl. Tim Engartner: *Der große Postraub*. In: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2014, Heft 1, S. 85–92; URL: http://1.hh.de/Engartner2014_Post (pdf); Klaus Ott: *Die Angst der Putzkraft*. In: SZ, Nr. 292, 18. 12. 2013, S. 17; URL: <http://sz.de/1.1846219>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

2.2 Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen staatlicher Infrastrukturbereiche nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

Vorbemerkung:

Auch wenn der Anlass für das Thema ein Rechtsstreit gegen einen Landkreis war, der die Defizite der von ihm getragenen kommunalen Krankenhäuser ausgleicht,⁸ geht es nicht um das Problem der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Die Kommunen sind wegen des föderalistischen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland und der darauf beruhenden dezentralen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse in die Umsetzung des Sozialstaatsprinzips eingebunden. Wegen der örtlichen Nähe und damit der Nähe zu den Menschen wird mit Ausnahme etwa der Aufgaben von Bahn und Post wie auch der großräumigen Energieversorgung die Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene erfüllt. Aus diesem Grunde trifft die Vereinbarung im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD im Kapitel „Starkes Europa“ nicht den Kern der Problemstellung, wenn es heißt, jeder „weiteren Einschränkung der Daseinsvorsorge durch EU-Politiken“ solle offensiv entgegengetreten werden. Nationale, regionale und lokale Besonderheiten in der öffentlichen Daseinsvorsorge sollen durch europäische Politik nicht ausgehebelt werden. Was die Bundesrepublik Deutschland betrifft, geht es um ein grundlegendes integrationsfestes Staatsstrukturelement und nicht darum, dass Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten, ihrer Regionen und Kommunen für ihre im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben erhalten bleiben sollen. Hier könnte man naheliegend daran denken, dass diese Aufgaben wegen des Grundsatzes der Subsidiarität nicht von der Gemeinschaft wahrgenommen werden dürften. Aus verfassungsrechtlichen Gründen dürfen sie von der Bundesrepublik Deutschland von vornherein nicht übertragen werden.

Eine sachgerechte und angemessene Aufbereitung des Themas unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erfordert eine Gesamtbetrachtung der Verfassungsebene. Ich wende mich deshalb zunächst der allgemeinen Grundlage von Sozialstaatsprinzip und Menschenwür-

⁸Gemeint ist der Landkreis Calw in Baden-Württemberg. Vgl. dazu Pressemitteilung des IVKK: „Am 23. Dezember hat das Landgericht Tübingen eine Musterklage des Bundesverbandes deutscher Privatkliniken (BPK) gegen den Landkreis Calw abgewiesen. In dem Verfahren ging es um die Rechtmäßigkeit der Praxis, dass Kommunen und Landkreise ihre Krankenhäuser mit Hilfe von Steuermitteln stützen, wenn sich diese in finanzieller Schieflage befinden. Die Privatkliniken betrachten das als Wettbewerbsnachteil, weil sie ohne solche Zuschüsse auskommen müssen. Sie verwiesen auf die EU-Wettbewerbsregeln. Die Richter sahen dagegen die Subventionen als rechtmäßig an, da es sich bei kommunalen Krankenhäusern um einen Teil öffentlicher Daseinsvorsorge handele, zu der ein Kreis gegenüber seinen Bürgern verpflichtet sei, ein privater Klinikträger hingegen nicht. Der Interessenverband Kommunaler Krankenhäuser hatte dazu ein Expertengutachten beauftragt, das zu dem gleichen Schluss gekommen war (s. www.ivkk.de). [...] Der Verband der Privatkliniken will dagegen an seiner Auffassung festhalten. Über weitere rechtliche Schritte werde noch entschieden, hieß es. Es wird davon ausgegangen, dass es eine grundsätzliche Klärung durch den Bundesgerichtshof geben wird. Auch der IVKK ist daran interessiert.“ (23.12.2013); URL: http://1.hh.de/IVKK_20131223. – Der Spiegel berichtete: Gerichtsurteil: Kommunen dürfen Krankenhäuser weiter subventionieren. In: SPON, v. 23. 12. 2013, URL: <http://1.hh.de/SPON20131223>. Weiter: Ärzteblatt: Subventionen für kommunale Krankenhäuser zulässig. 23. 12. 2013; URL: <http://1.hh.de/Aerzteblatt20131223>.

2.2 Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen

de sowie dem Menschenbild des Grundgesetzes zu, anschließend dem Bereich staatlicher Infrastruktur und schließlich den Krankenhäusern im Besonderen. Der Begriff „*Daseinsvorsorge*“ ist für mich nicht der allein ausschlaggebende, weil mit Definitionen auch viel zerredet werden kann. Für mich kommt es vielmehr jeweils auf einzelne Ausprägungen der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland an, und deshalb ist eine Gesamtbetrachtung der Verfassungsebene unabdingbar.

2.2.1 Allgemeine Grundlagen von Sozialstaatsprinzip und Menschenwürde

a.) Das Bundesverfassungsgericht hat schon in einer seiner ersten Entscheidungen eine direkte Verbindung zwischen der Unantastbarkeit der Würde des Menschen gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG hergestellt. *Das Bekenntnis zum Sozialstaat könne bei der Auslegung des Grundgesetzes wie bei der Auslegung anderer Gesetze von entscheidender Bedeutung sein. Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates könne aber nur der Gesetzgeber tun. Er sei verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität, vor allem dazu verpflichtet, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen* (BVerfGE 1, 97, S. 104f.). Hierbei ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz die Spannung *Individuum – Gemeinschaft* im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden hat, ohne dabei deren Eigenwert infrage zu stellen. *Eine gesetzliche Regelung, die es möglich mache, aus gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen die zum Nutzen des allgemeinen Wohls gebotenen (hier preisrechtlichen) Maßnahmen zu treffen, entspreche dem Sozialstaatsprinzip, das auch die Vertragsfreiheit inhaltlich bestimme und begrenze und dessen Ausgestaltung im Wesentlichen dem Gesetzgeber obliege* (BVerfGE 8, 274, S. 329).

Des Weiteren ist zu beachten, dass Regelungen des Grundgesetzes, die der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern nach Art. 83 ff. dienen, darüber hinaus auch die grundlegenden Staatsstrukturelemente des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG und damit vitale Verpflichtungen eines modernen rechtsstaatlich-demokratischen Staatswesens, das zudem der sozialen Gerechtigkeit als Grundlage für diese Staatsform verpflichtet ist, konturieren.⁹ So haben die Grundgesetzbestimmungen über die Bahn und die Post nicht allein den Sinn, verfassungskräftig festzulegen, ob der Bund oder die Länder zuständig sind, sondern auch und nicht zuletzt, dass in Ausprägung des Sozialstaatsprinzips die Bevölkerung mit den Leistungen von Bahn und Post angemessen und zudem auch in der Fläche versorgt werden.

Schon diese Hinweise bestätigen meine Auffassung, dass es in der Bundesrepublik Deutschland keinen Wettbewerbsföderalismus geben darf und der Wettbewerb für die staatlichen

⁹Im einzelnen hierzu Broß/Mayer 2012.

Infrastrukturbereiche, die Ausprägung von Sozialstaats- und Demokratieprinzip sind, ein krasser Fehlgriff in der Kategorie ist.

b.) In diesem Zusammenhang bedarf es auch der Aufhellung des Menschenbildes des Grundgesetzes. In einer sehr frühen Entscheidung (BVerfGE 6, 32, S.40 – Elfes) hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, *das Grundgesetz habe eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenze. Durch diese Ordnung solle die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden* (unter Hinweis auf BVerfGE 2, 1, S.12f.; 5, 85, S.204 ff.). Dieser Ausgangsentwurf eines Menschenbildes entsprechend dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland wird nur wenig später in einem weiteren grundlegenden Urteil (BVerfGE 7, 198, S.205 – Lüth) um einen zusätzlichen, für den vorliegenden Zusammenhang sehr wichtigen Aspekt, erweitert. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der objektiven Wertordnung, die das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt aufgerichtet hat, *ein Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet. Dies müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten* (bestätigt etwa in BVerfGE 21, 362, S.372).

c.) Daraus ergibt sich schon auf dieser allgemeinen Verfassungsebene, dass grundlegende Bestimmungen des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland und die hieraus für den Staat erwachsenden Verpflichtungen eine Privatisierung der Krankenhäuser dergestalt, dass sie ohne staatlichen Einfluss allein unter kommerziellen Gesichtspunkten betrieben werden können, verbieten. Der Staat höhlt auf diese Weise das Sozialstaatsprinzip aus, was ihm über Art. 79 Abs. 3 GG nicht einmal mit der für die Änderung des Grundgesetzes erforderlichen Mehrheit erlaubt wäre. Der Staat wäre nicht mehr in der Lage, den nach dem Grundgesetz unabdingbaren Grundrechtsschutz für die Menschen zu gewährleisten. Der ungeschmälerter Erhalt und Schutz der grundlegenden Strukturelemente setzt entsprechende bereichsspezifische Organisationsstrukturen zu deren Absicherung voraus. Das sind für das Sozialstaatsprinzip die staatlichen Krankenhäuser und auch Eisenbahn, Post und die Versorgung der Bevölkerung mit Energie und Wasser.

Mit der Überlegung, die grundlegenden Strukturelemente der Staatsorganisation der Bundesrepublik Deutschland durch bereichsspezifische Organisationsstrukturen abzusichern, bewege ich mich auf einem gesicherten Terrain. Die Theorie des „Gewährleistungsstaats“ wird außerdem ihrer Stoßkraft entkleidet. Sie findet in den Staatsstrukturelementen der Staatsorganisation der Bundesrepublik Deutschland keine tragfähige Anbindung.

Das Bundesverfassungsgericht hat für den Grundrechtsschutz der Menschen im Zusammenhang vor allem mit sogenannten Großvorhaben die Verpflichtung des Staates entwickelt, *dass Grundrechtsschutz durch die Ausgestaltung des Verfahrens und damit die Beteiligung der Menschen im Vorbereitungsstadium sicherzustellen sei*. Diese Rechtspre-

2.2 Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen

chung wurde im Jahr 1979 im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren für das Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich begründet (BVerfGE 53, 30). Sie wurde in jüngster Zeit vom Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 17. Dezember 2013 – Garzweiler – bestätigt (1 BvR 3139, 3386/08). Diese Rechtsprechung ist einerseits sehr verdienstvoll, weil sie den Menschen in seiner Betroffenheit von belastenden staatlichen Maßnahmen in den Mittelpunkt rückt und einen Ausgleich schafft zwischen den Belangen des Gemeinwohls und den Belangen des Individuums. Zu kritisieren ist allenfalls, dass insoweit bei den Menschen der Eindruck geweckt werden könnte, sie könnten wirksam und effektiv auf eine solche Planungsentscheidung des Staates Einfluss nehmen. Das ist – wie die vorstehend erwähnte Entscheidung zu Garzweiler belegt – nicht der Fall. Die in Rede stehenden Planungsentscheidungen sind schon von ihren gesetzlich festgelegten Voraussetzungen von so überragendem Gewicht, dass es – von eklatanten Fehlleistungen der zuständigen Behörden abgesehen – von vornherein ausgeschlossen ist, dass sich ein Individualbelang gegen das „Großvorhaben“ durchsetzen könnte.

Allerdings fügt sich diese verfassungsrechtliche Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts widerspruchsfrei in das Gesamtsystem des Grundgesetzes ein. Der einzelne Mensch wird nicht zum Objekt staatlicher Gewalt herabgewürdigt, und es ist ein verfassungsrechtliches Äquivalent für Konstellationen geschaffen, in denen individuelle Grundrechtspositionen gegenüber dem Gemeinwohl zurücktreten müssen.

Das Bundesverfassungsgericht anerkennt mit dieser Rechtsprechung, dass verfassungsrechtliche Positionen nicht der Beliebigkeit anheimgegeben werden dürfen. Für die Staatsstrukturelemente folgt hieraus, dass sie nicht allein und damit rein formal über Art. 79 Abs. 3 GG gegen Aushöhlung oder gar Änderung in irgendeiner Form geschützt sind, sondern gleichsam im Vorfeld flankierende Staatsorganisationsstrukturen unabdingbar sind und deshalb ausgebildet werden müssen. Die grundlegenden Staatsstrukturelemente der Bundesrepublik Deutschland in Gestalt von Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat werden wirksam und sich gleichsam selbsttragend durch bereichsspezifische Teilorganisationsstrukturen gestützt und damit nicht mehr in verfassungswidriger Weise disponibel. Dem „Gewährleistungsstaat“ ist damit eine uneingeschränkte Absage erteilt. Allerdings wird so auch eine „Salamitaktik“ – die im europäischen Integrationsprozess nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann – unterbunden.

d.) Zudem schafft der Staat in dem Maße, in dem sich im Gefolge der Privatisierung staatlicher Krankenhäuser entsprechend den systemrelevanten Banken systemrelevante Krankenhausverbände herausbilden, eine von ihm nicht mehr beherrschbare Gefährdungslage für die Volksgesundheit insgesamt. Es wird in diesem Zusammenhang vor allem auch übersehen, dass der Gedanke der Subsidiarität des Handelns des Staates anstelle von Privaten nicht greift. Da es sich bei dem Sozialstaatsprinzip um ein grundlegendes Strukturelement der Staatsform der Bundesrepublik Deutschland handelt, muss der Staat wegen seiner Garantenstellung selbst mit eigenen Einrichtungen tätig werden. Es ist denkgesetzlich

ausgeschlossen, dass die soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaates in Teilen von Privaten „übernommen“ und damit ihrer Dispositionsfreiheit überantwortet werden darf.

2.2.2 Staatsstrukturelemente sind nicht der Wirtschaftsordnung unterworfen

Die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland gestaltete Wirtschaftsordnung kann nicht dafür ins Feld geführt werden, dass Krankenhäuser privatisiert und wie kommerzielle Wirtschaftsbetriebe geführt werden dürften. Für die Gestaltung der Wirtschaftsordnung zieht das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil (BVerfGE 50, 290, S. 338) folgenden Schluss: *Das Grundgesetz sei wirtschaftspolitisch neutral. Der Gesetzgeber dürfe jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, vor allem die Grundrechte, beachte. Ihm komme also eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu . . . Allerdings dürfe die Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht zu einer Verkürzung dessen führen, was die Verfassung in allem Wandel unverändert gewährleisten wolle, namentlich nicht zu einer Verkürzung der in den einzelnen Grundrechten garantierten individuellen Freiheiten, ohne die nach der Konzeption des Grundgesetzes ein Leben in menschlicher Würde nicht möglich ist.* Die Aufgabe besteht infolgedessen darin, die grundgesetzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung, die dem Gesetzgeber gewahrt bleiben müsse, mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der Einzelne gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch habe.

Abgesehen davon, dass die Staatsstrukturelemente der Bundesrepublik Deutschland und ihre Ausprägungen nicht der Wirtschaftsordnung der Verfassung unterworfen, sondern innerhalb der Verfassung über Art. 79 Abs. 3 GG auf einer höheren Ebene angesiedelt sind, spricht gleichwohl auch diese Konturierung der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland gegen die Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser. Die Wirtschaftsordnung wird von den Staatsstrukturelementen in Verbindung mit der objektiven Wertordnung des Grundrechtsabschnitts in Verbindung mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG definiert und nicht umgekehrt „*von den Interessen oder Wünschen einer bestimmten Klasse.*“

2.2.3 Sozialstaatsprinzip ist Verpflichtung des Staats

Wenn man die Betrachtung nun unter dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge weiter einengt, ergibt sich Folgendes: Das Bundesverfassungsgericht hat in BVerfGE 38, 258, S. 270 f. darauf hingewiesen, dass eine Entwicklung besteht, *in deren Verlauf die öffentliche Hand in wachsendem Umfang im Bereich der Daseinsvorsorge Aufgaben übernehme, die unmittelbar oder mittelbar der persönlichen Lebensbewältigung des einzelnen Bürgers*

2.2 Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen

dienten. Der Staat handelt insoweit nicht als „Wohltäter“, der sich auch wieder zurückziehen könnte, sondern nimmt hier seine Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip wahr. Das Bundesverfassungsgericht zählt in diesem Zusammenhang *die Einrichtungen der Energie- und Wasserversorgung, des Nahverkehrs, der Abfallbeseitigung, der Krankenhäuser, Altenheime und Kindergärten wie auch sonstige Maßnahmen zum Ausbau der örtlichen „Infrastruktur“ im weiteren Sinne* auf.

Einen näheren Aufschluss gibt das Bundesverfassungsgericht einige Jahre später in BVerfGE 66, 248, S. 258 f. Es hat dort im konkreten Fall entschieden, dass etwa die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört. Der maßgebliche Gesichtspunkt ist der Umstand, *es handele sich um eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedürfe, die er aber nicht selbst für sich zur Verfügung stellen könne.*

Als weitere Bereiche der Daseinsvorsorge hatte das Bundesverfassungsgericht in zwei früheren Entscheidungen mit näherer Umschreibung genannt:

– Die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser (BVerfGE 45, 63, S. 78 f.) und hierzu ausgeführt:

„Die angefochtenen Entscheidungen [...] betreffen die Beschwerdeführer [= Gemeinden; Anm. SB] ausschließlich in ihrer spezifischen Funktion als Träger öffentlicher Aufgaben. Gemeinden und Landkreise nehmen als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts im Bereich der Daseinsvorsorge öffentliche Aufgaben wahr, zu denen auch die Einrichtung der Wasserversorgung gehört (vgl. BVerfGE 38, 258, S. 270). Es kommt nicht darauf an, ob die Wasserversorgung in (verwaltungs-)privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Formen durchgeführt wird, sondern allein darauf, daß die daseinsfürsorgende Leistung ihrer Rechtsnatur nach in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erbracht wird. Um die Erledigung dieser Aufgabe sicherzustellen, ist den betroffenen Grundstückseigentümern die wasserrechtliche Erlaubnis versagt worden.“¹⁰

– Weiter ausgreifend hat es im Zusammenhang mit der gesetzlichen Unfallversicherung – wie schon oben unter 2.1.4 erwähnt – das Sozialstaatsprinzip präzisiert (BVerfGE 45, 376, S. 387):

„Das Sozialstaatsprinzip verlangt staatliche Vorsorge und Fürsorge für einzelne oder für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind [...]. Es wäre aber zu eng, die Einwirkung des Sozialstaatsprinzips auf das Regelungssystem der gesetzlichen Unfallversicherung nur als Schutz sozial besonders Schwacher zu begreifen. Die sozialstaatliche Pflicht zu einer umfassenden Sicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung wird auch durch das Interesse der Allgemeinheit an der Arbeitswelt als einer wesentlichen Grundlage der Volkswirtschaft begründet: Die mit dem Arbeitsleben der Industriegesellschaft zwangsläufig verbundenen Risiken können nicht

¹⁰URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045063.html>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

2 Krankenhäuser – kommerzielle Wirtschaftsbetriebe oder Teil der Daseinsvorsorge

*von dem einzelnen Arbeitnehmer getragen werden, sondern müssen durch umfassende Systeme der sozialen Sicherung [...] aufgefangen oder doch gemildert werden.*¹¹

Hierin tritt der objektive Gehalt des Staatsorganisationsprinzips „Sozialstaat“ und dessen Absicherung durch unterhalb der obersten Verfassungsebene ausgebildete Organisationsstrukturen deutlich hervor.¹² Es liegt deshalb im System der Verfassung, dass hier keine Privatisierung stattfinden darf.

2.2.4 Krankenhäuser im Besonderen

a.) Was nun die Krankenhäuser im Besonderen betrifft, ob sie auch in privater Rechtsform oder gänzlich von privaten Dritten geführt werden dürfen, ist zunächst die nachfolgende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu nennen. Bei ihr geht es im Kern um die „Konkurrenz“ zwischen Krankenversorgung und Wissenschaftsfreiheit entsprechend dem zu beurteilenden Verfassungsrechtsbehelf.

In BVerfGE 57, 70 waren Vorschriften des hessischen Universitätsgesetzes von 1978 angegriffen. Mit Verfassungsbeschwerden wandten sich Professoren des Fachbereichs Humanmedizin gegen Bestimmungen des hessischen Universitätsgesetzes über die Organisation der Universitätskliniken, vor allem die Bestellung und die Befugnisse von Abteilungsleitern, durch die sie sich in ihrem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG verletzt fühlten. Für den vorliegenden Zusammenhang ist die Feststellung hervorzuheben, dass die Krankenversorgung ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ist, für dessen Schutz der Staat von Verfassungs wegen (auch im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG) zu sorgen habe (S. 99). Diesen Gesichtspunkt hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung mehrfach betont (so in BVerfGE 78, 179, S. 192; 80, 1, S. 24 und 82, 209, S. 230 f.).

Es hält daran fest. Zu nennen ist hierzu zuletzt eine Entscheidung aus dem Jahr 2005. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war der Ausschluss eines gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung stand, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode (BVerfGE 115, 25). Das Bundesverfassungsgericht hat dies beanstandet und unter anderem darauf hingewiesen, *dass bei der näheren Bestimmung und Entfaltung der Schutzfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip maßgebliche Bedeutung zukomme. Der Schutz des Einzelnen in Fällen von Krankheit sei in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates.*

¹¹URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045376.html>; letzter Zugriff: 10. 1. 2014.

¹²Vgl. z. B. Art. 87 Abs. 2 GG und hierzu Broß/Mayer 2012.

2.2 Verfassungsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen für Privatisierungen

b.) Der Staat darf sich der Erfüllung von Grundaufgaben in Beachtung seiner Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Unantastbarkeit der Würde des Menschen gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und in Respektierung des Freiheitsgrundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG nicht durch Übertragung auf private Dritte zur Wahrnehmung entziehen. Das würde eine Verletzung des Art. 79 Abs. 3 GG und damit einen Verfassungsbruch bedeuten.

In Anbetracht der in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden Krankenhäuser in privater Rechtsform und von privaten Unternehmen ist es unausweichlich, die volle Privatisierung weiterer staatlicher Kliniken – sei es auf Bundes-, Länder- oder Kommunalebene – zu unterlassen und dort, wo die Möglichkeit besteht – wie etwa bei dem Rückwerb der öffentlichen Wasserversorgung in Berlin und in anderen Städten – den Weg der (Rück-)Übernahme, z. B. über eine Fondslösung, zu beschreiten.

Was die bestehenden staatlichen Krankenhäuser betrifft, ist deren Förderung und der Ausgleich der bei ihnen entstandenen finanziellen Verluste wettbewerbsrechtlich sowohl nach nationalem Recht wie auch europäischem Gemeinschaftsrecht unbedenklich. Diese Kategorien sind nicht einschlägig und greifen deshalb nicht, weil es denkgesetzlich ausgeschlossen ist, grundlegende Strukturelemente der obersten Verfassungsebene und ihre Ausprägungen an unterhalb der Verfassung stehenden gesetzlichen Bestimmungen zu messen. Vielmehr ist gerade das Gegenteil geboten: Der Wettbewerb steht unter der Verfassung und nicht über der Verfassung.

c.) Zu diesem Abschnitt abschließend ist selbstverständlich schon aus Gründen der wissenschaftlichen und politischen Redlichkeit auf die Problematik der Finanzierbarkeit einzugehen, gleichwohl nicht in dem Sinn einer ökonomischen Betrachtung.

Das Bundesverfassungsgericht sieht vor dem Hintergrund des Regelungsgeflechts des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland sehr wohl das Problem der „Machbarkeit“. Allerdings ist seine Sichtweise verfassungsrechtlich korrekt nicht an ökonomischen Maßstäben ausgerichtet, was seine vorstehenden Überlegungen desavouieren würde. Es hat hierzu in seinem wegweisenden Urteil vom 18. Juli 1972 im Zusammenhang mit den absoluten Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger (numerus clausus, BVerfGE 33, 303) entschieden, *dass – auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind – sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen stehen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann* (BVerfGE 33, 303, S. 333).

Des Weiteren hat das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (BVerfGE 82, 209, S. 230) betont, *unmittelbares Ziel des Krankenhausfinanzierungsgesetzes sei die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser ... Der Gesetzgeber betrachte ein wirtschaftlich gesundes Krankenhauswesen als Voraussetzung für die bedarfsgerechte Krankenversorgung der Be-*

2 Krankenhäuser – kommerzielle Wirtschaftsbetriebe oder Teil der Daseinsvorsorge

völkerung und für sozial tragbare Krankenhauskosten. Die Bedeutung dieser Gemeinwohlbelange sei außerordentlich hoch einzuschätzen. Die bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhauspflege sei ein unverzichtbarer Teil der Gesundheitsversorgung, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut ansehe. Aber auch der soziale Aspekt der Kostenbelastung im Gesundheitswesen habe erhebliches Gewicht. Er wirke sich in erster Linie auf die gesetzliche Krankenversicherung aus, deren Stabilität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts große Bedeutung für das Gemeinwohl habe.

Aus diesen Stellungnahmen ergibt sich, dass der Staat in Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtungen aufgrund des Sozialstaatsprinzips Gestaltungsmöglichkeiten hat, er aber nicht unter ökonomischen Gesichtspunkten die grundlegenden Staatsstrukturelemente preisgeben darf. Er muss dann den Staatshaushalt umgestalten und erforderlichenfalls für ein erhöhtes Steueraufkommen sorgen.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Problematik zu Recht sehr ernst, weil es um die Grundlagen der staatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland geht. So hat es zum Rechtsstaatsprinzip schon vor Jahrzehnten in BVerfGE 36, 264, S. 272 ff. befunden, *dass der Staat in personeller und sachlicher Hinsicht alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen müsse, damit die Strafverfahren und damit die Belastungen für die Betroffenen einschließlich einer Untersuchungshaft den Anforderungen der Freiheitsrechte des Grundgesetzes gemäß gering gehalten werden.* In einem neueren Beschluss aus dem Jahr 2006 hat das Bundesverfassungsgericht ergänzend darauf hingewiesen, *dass diese Anforderungen das Justizwesen insgesamt einschließlich des nichtrichterlichen Personals erfassen und eine Personalausdünnung auch auf dieser Ebene nicht hinzunehmen ist.*¹³

Der Vorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts, auf den ich jetzt einzugehen habe, steht in den übertragenen Bereichen über dem deutschen Verfassungsrecht. Allerdings handelt es sich beim Sozialstaatsprinzip um einen Bereich der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland, der weder in seiner Gesamtheit noch in einzelnen Ausprägungen übertragen werden darf, und so es geschehen sein sollte, wäre dies nach nationalem Verfassungsrecht wegen Art. 146 GG unbeachtlich. Die Bundesrepublik Deutschland befände sich nämlich dann in einem partiellen europäischen Bundesstaat, was aufgrund der bestehenden nationalen Verfassungsrechtslage ausgeschlossen ist.¹⁴

¹³Vgl. EuGRZ 2006, S. 279 = StV 2006, S. 248.

¹⁴Einzelheiten hierzu bei Broß: *Verfassungssystematische und verfassungspolitische Überlegungen zum Erfordernis eines nationalen Referendums über die Verfassung der Europäischen Union.* In: Recht – Wirtschaft – Kultur. Herausforderungen an Staat und Gesellschaft im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Hans Hablitzel zum 60. Geburtstag. Hrsg. v. Michael Wollenschläger, Eckhard Kreckel u. Johann Egger, Berlin 2005, S. 55–66; hier: S. 63.

2.3 Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts und dessen Grenzen nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und zur Diskriminierung im Arbeitsleben

Vorbemerkung: Zunächst ist es zur Einstimmung erforderlich, den klimatischen Hintergrund auf der Gemeinschaftsebene aufzuhellen. Dazu ein kurzer Überblick:

Art. I – 3 des Entwurfs einer Verfassung der Europäischen Union von 2004 nennt in Abs. 3 unter den Zielen der Union unter anderem einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb (Amtsblatt der Europäischen Union vom 16. Dezember 2004, Reihe C, Nr. 310¹⁵). Die Brisanz dieser Zielbestimmung wurde verkannt. Zum Binnenmarkt rechnen nach der Privatisierung auch die großen Infrastrukturbereiche der Daseinsvorsorge. Ungezügelter Wettbewerb ist aber definitionsgemäß rücksichtslos, weil er sich wirksam jeweils nur zulasten der Mitwettbewerber entfalten kann. Auch die Beschlüsse von Brüssel am 26. Juni 2007 und die Ergebnisse der Regierungskonferenz von Lissabon vom 18. und 19. Oktober 2007 zum beabsichtigten Reformvertrag änderten hieran nichts Grundlegendes. Zu der insoweit abgemildert Fassung (Titel I Nr. 3 Abs. 1) wird noch ein Protokoll beigefügt, das den Binnenmarkt und den Wettbewerb betrifft. Hier werden grundlegende Fehlvorstellungen bezüglich der Erfüllung staatlicher Aufgaben vor dem Hintergrund von Sozialstaat und Menschenwürde deutlich. Es werden unreflektiert Binnenmarkt, ausgewogenes Wirtschaftswachstum, wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, Vollbeschäftigung, sozialer Fortschritt wie soziale Gerechtigkeit, sozialer Schutz, Solidarität zwischen den Generationen und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu einem bunten Strauß zusammengeflochten. Die hierdurch heraufbeschworenen Zielkonflikte und Reibungsflächen werden übersehen, wie auch der Umstand, dass die in der Grundrechtecharta zusammengestellten individuellen Rechtspositionen in großem Umfang nur verfehlt werden können.¹⁶

Der Widerspruch des Gemeinschaftsziels „*Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten*“ und „*wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft*“ wird auf vielen Feldern deutlich und der Konflikt zwischen den Mitgliedstaaten bricht bis heute stets erneut auf. Es wurde übersehen, dass die Startbedingungen der neu aufgenommenen Mitgliedstaaten nach der Erweiterung der ursprünglichen Sechser-Gemeinschaft nur selten ein vergleichbares Niveau hatten. Aus diesem Grunde waren vor allem nach der Erweiterung zum 1. Mai 2004 und in den Folgejahren gestufte Beitritte unabdingbar.¹⁷

Es geht nicht allein um politische Gegensätze, wie sie gegenwärtig im Gefolge der Finanzmarktkrise und etwa in Bezug auf Rumänien und Bulgarien wie auch die Asylpolitik der

¹⁵URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:FULL:DE:PDF> (pdf).

¹⁶Einzelheiten hierzu bei Broß: *Grundrechte und Grundwerte in Europa*. In: JZ 2003, S. 429 ff.

¹⁷Einzelheiten hierzu bei Broß: *Überlegungen zum gegenwärtigen Stand des europäischen Einigungsprozesses: Probleme, Risiken und Chancen*. In: EuGRZ 2002, S. 574 ff.

Gemeinschaft auftreten, sondern insgesamt darum, dass sich die Gemeinschaft in Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsfeldern im Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip und ohne die Frage nach dem „Integrationsmehrwert“ zu stellen, ausgedehnt hat und ohne auf die dadurch geweckten Zentrifugalkräfte Bedacht zu nehmen. Gegensätze können nicht nur in Folge offen artikulierter gegenläufiger Interessen zwischen einzelnen Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft auftreten, sondern auch durch erhebliche substantielle Gefälle von Standards in den Mitgliedstaaten. Insoweit ist die viel gepriesene europäische Mobilität ambivalent: Die Werbung Deutschlands um Zuwanderung gefährdet die gesellschaftliche Stabilität in anderen Staaten, weil dort Familien zerrissen und Kindern ein oder beide Elternteile abhanden kommen wie den Staaten die qualifizierten Fachkräfte für die Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft.

In dem unter **2.2** bereits kurz erwähnten Rechtsstreit vor dem Landgericht Tübingen ging es darum, ob ein Landkreis das Defizit der von ihm getragenen Krankenhäuser übernehmen dürfe oder ob darin ein Verstoß gegen die Regeln des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbs liege, weil insofern ein Wettbewerbsvorteil kommunaler Krankenhäuser gegenüber den von anderen (vor allem privaten) Krankenhausträgern betriebenen vergleichbaren Einrichtungen entstehe. Die Klage wurde abgewiesen. Der Landkreis dürfe die entstandenen Defizite ausgleichen.¹⁸

2.3.1 Fehlkonstruktion innerhalb der Verträge (EUV u. AEUV)

a.) Ausgangspunkt der gemeinschaftsrechtlichen Betrachtung sind Art. 4 Abs. 2 S. 1 und 2 EUV und Art. 14 AEUV. Nach Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere Art. 14 AEUV legt fest, dass *unbeschadet des Art. 4 EUV und der Art. 93, 106 und 107 AEUV und in Anbetracht des Stellenwerts, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge tragen, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.*

Art. 106 und 107 AEUV betreffen den Wettbewerb und das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen. Was die staatlichen Krankenhäuser betrifft, hat der Europäische Gerichtshof eine differenzierte Rechtsprechung entwickelt, die allerdings zunächst die staatlichen Krankenhäuser nicht von den Wettbewerbsregelungen des Europäischen Gemeinschafts-

¹⁸Vgl. dazu Mitteilungen des IVKK e.V. unter: URL: <http://www.ivkk.de/mitteilungen>.

2.3 Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts und dessen Grenzen

rechts ausnimmt, weil die medizinischen Dienstleistungen als wirtschaftliche entsprechend dem Art. 14 AEUV angesehen werden.¹⁹

Letztlich gelingt es weder Kommission noch Europäischem Gerichtshof, sich völlig frei von einem unangemessenen Wettbewerbsdenken zu machen. Die Fehlkonstruktion liegt allerdings in den Verträgen, weil es sich – jedenfalls nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland – bei der Versorgung der Menschen im Krankheitsfall nicht um eine Tätigkeit von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt. Vielmehr wird die staatliche Einrichtung zur Wahrung der Würde des Menschen im Krankheitsfall tätig und das wegen der Verpflichtung aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit der des Art. 1 Abs. 1 GG. Bei den genannten Regelungen steht noch eine Vorstellung im Hintergrund, die ich schon vor Jahren unmissverständlich kritisiert habe. Es ging seinerzeit um den Art. 4 Abs. 2 EGV. Nach diesem verfolgte die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft ordnungspolitisch den Grundsatz „*einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*“ und demgemäß die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe des Vertrages und der darin vorgesehenen Zeitfolge gemäß Art. 3 Buchst. g „*ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt*“. Auch die Präambel des Vertragsentwurfes widmete sich in ihrem vierten Absatz dem Wettbewerbsgedanken. Unter diesen Vorzeichen wurde auf die Mitgliedstaaten ein großer Privatisierungsdruck für öffentliche Unternehmen und Aufgaben ausgeübt. Offenbar hatte man diese eklatante Fehlleistung in Bezug auf die vitalen staatlichen Infrastrukturbereiche erkannt. Die diesbezüglichen Regelungen tauchen jetzt weder im EUV noch im AEUV auf. Sie sind gleichsam in Art. 14 AEUV „versteckt“ worden.

b.) Es besteht argumentativ keine Schwierigkeit, diese Vorschriften vor dem aufgezeigten verfassungsrechtlichen Hintergrund der Bundesrepublik Deutschland und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs so auszulegen, dass etwa staatliche Krankenhäuser in Wahrnehmung ihres Sozialstaatsauftrags keine Unternehmen sind, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder aber, dass wegen des Sozialstaatsauftrags eine Befreiung erteilt werden müsse. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2009 zu dem Vertrag von Lissabon (BVerfGE 123, 267) und dem Verfahren wegen arbeitsrechtlicher Diskriminierung aus dem Jahr 2010 (BVerfGE 126, 286) liegt ein anderer Lösungsweg näher.

2.3.2 Grundlegende Staatsstrukturelemente sind unantastbar

a.) Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 1993 zu dem Vertrag von Maastricht wegen der Übertragung von nationalen Zuständigkeiten und Aufgaben auf die Gemeinschaftsebene für den vorliegenden Zusammenhang einschlägige Vorgaben gemacht (BVerfGE 89, 155). Es hat seinerzeit einen allgemeinen Obersatz des Inhalts gebildet, *es sei im Anwendungsbereich des Art. 23 GG ausgeschlossen, die Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesre-*

¹⁹Hierzu etwa EuGH Rs. C- 264/01 u. a. – AOK- Bundesverband u. a.; EuGH Rs. C-475/99 – Glöckler.

publik Deutschland durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Deutschen Bundestages so zu entleeren, dass das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG für unantastbar erkläre, verletzt werde (LS 1). Dem Deutschen Bundestag müssten Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben (LS 4 S.2). Auch wenn das Bundesverfassungsgericht insoweit noch keine Gegenstände benannt hat, sind doch die grundlegenden Staatsstrukturelemente angesprochen. Es hat zunächst das Demokratieprinzip in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellt, weil es die demokratische Wahl nach Art. 38 GG als „Aufhänger“ genommen hat. Die Verortung in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit der Unantastbarkeit aller grundlegenden Staatsstrukturelemente in Art. 79 Abs. 3 GG erstreckt sich deshalb auch auf das hier in Rede stehende Sozialstaatsprinzip (wie auch das Rechtsstaatsprinzip).

Eine weitere Überlegung stützt dieses Ergebnis. Zum einen müssen dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben. Hierbei muss es sich gerade um die grundlegenden Staatsstrukturelemente handeln, weil die Übertragung eines solchen – nicht notwendigerweise aller drei – die Bundesrepublik Deutschland in einen Teilbundesstaat auf europäischer Ebene integrieren würde. Das ist aber nach Art. 146 GG und dem bisher öffentlich erklärten Willen aller Mitgliedstaaten als Herren der Verträge nicht gewollt. Diese Sicht der Dinge vermag allein zu gewährleisten, dass nicht im Wege einer „Salamitaktik“ scheinbar Elemente eines grundlegenden Staatsstrukturelementes herausgelöst und auf die Gemeinschaftsebene übertragen werden. Auf diese Weise könnte gerade die Sperrwirkung von Art. 79 Abs. 3 und Art. 146 GG umgangen werden.

b.) Dem steht nun das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts entgegen (BVerfGE 123, 267). Es hält in dessen Leitsatz 4 fest, *dass es nicht nur wie bisher prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte hielten*. Darüber hinaus prüfe das Bundesverfassungsgericht, *ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt sei*. Hierzu rechnet das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht, die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen, die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften. Sonach ist das Sozialstaatsprinzip – wie nicht anders zu erwarten – integrationsfest und damit ist es auch unzulässig, einzelne Teilbereiche in dessen Ausprägung zu übertragen, weil es dadurch eine verfassungswidrige Aushöhlung erfahren würde.

2.3.3 Klärung notwendig

a.) Im Hinblick auf den erreichten Vertragsstand der europäischen Integration vor dem Hintergrund der Initiativen der Kommission und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss überlegt werden, wie wegen der Zeitenfolge von Vertragsschluss im Jahr 2007 (und vorgehende Fassung) und Klarstellung der Verfassungsrechtslage der Bundesrepublik Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2009 weiter zu verfahren ist.

Eine Anrufung des Europäischen Gerichtshofs durch ein Instanzgericht der Bundesrepublik Deutschland liegt zwar zunächst nahe, scheidet aber deshalb aus, weil es um die Verfassungsrechtslage der Bundesrepublik Deutschland geht. Darüber hat der Europäische Gerichtshof (wie auch der Europäische Gerichtshof zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Straßburg) nicht zu befinden. In einem Rechtsstreit vor einem Instanzgericht – wie dem zuvor geschilderten vor dem Landgericht Tübingen – müsste dieses bei entsprechendem Parteivortrag inzident und ohne vorherige Anrufung des Europäischen Gerichtshofs (wie auch des Bundesverfassungsgerichts) dahingehend entscheiden, dass eine auf Verletzung von Wettbewerbs- und Beihilfevorschriften des Gemeinschaftsrechts gestützte Klage gegen staatliche Krankenträger unbegründet ist, weil es sich um einen „integrationsfesten“ Bereich der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland handelt. Er hätte nicht übertragen werden dürfen oder aber, er darf nicht in die erörterten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts hineingelesen werden.

b.) Diesen Weg weist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 wegen gemeinschaftsrechtswidriger Altersdiskriminierung. Angefochten war ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts, das unter Beachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Befristungen von Arbeitsverhältnissen im Hinblick auf das Alter für unzulässig erklärte (BVerfGE 126, 286). In diesem Zusammenhang führt das Bundesverfassungsgericht aus (BVerfGE 126, 302), *das Bundesverfassungsgericht sei berechtigt und verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen oder aufgrund von Kompetenzausübungen im nicht übertragbaren Bereich der Verfassungsidentität erfolgten, und gegebenenfalls die Unanwendbarkeit kompetenzüberschreitender Handlungen für die deutsche Rechtsordnung festzustellen.*

In dem seinerzeitigen Streitfall hat das Bundesarbeitsgericht korrekt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beachtet. Diese betraf nicht einen integrationsfesten Bereich. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass von der Gemeinschaftsebene her mit dem Diskriminierungsverbot von den Vertragsstaaten keine das gesamte Vertragswerk und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung überspielende umfassende Universalzuständigkeit der Kommission und des Europäischen Gerichtshofs geschaffen werden sollte. Die Prüfung, ob eine Materie im Wege der begrenzten Einzelermächtigung verfassungsgemäß auf die Gemeinschaftsebene übertragen worden ist, hat deshalb immer als

erster Schritt zu erfolgen und erst anschließend – bejahendenfalls – kann sich die Frage der Diskriminierung unter die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts stellen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet die Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland, bei entsprechenden Konstellationen in völkerrechtlich vertragsgemäßer Weise erforderlichenfalls auf eine Klarstellung von Vertragsbestimmungen hinzuwirken oder ein Vertragsänderungsverfahren einzuleiten. Umgehungs- oder Vermeidungsstrategien gefährden die Zuverlässigkeit, die Berechenbarkeit und das Vertrauen in einen korrekten und transparenten Völkerrechtsverkehr.

c.) Die genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geben allerdings Anlass, auch in anderer Hinsicht die Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche näher und – wenig überraschend – kritisch zu überdenken. Die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland muss nicht nur nach außen in Richtung eines vereinten Europas aufrecht erhalten bleiben, sondern auch nach innen. Durch die Preisgabe staatlicher Infrastrukturbereiche, die grundlegende Staatsstrukturelemente wie das Sozialstaats- und Rechtsstaats- wie auch das Demokratieprinzip auszuhöhlen und zu schwächen vermögen, geht die Verfassungsidentität der „sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaats“ in der Bundesrepublik Deutschland verloren.

3 Fazit

Nach allem ist der Staat auf allen Ebenen – einschließlich der kommunalen Ebene – verpflichtet, das Sozialstaatsprinzip zu wahren. Das steht einer Privatisierung staatlicher Krankenhäuser ohne Steuerungsmöglichkeiten durch den Staat entgegen. Entstehende Defizite muss er – so auch die Kommunen – in Erfüllung des Sozialstaatsprinzips selbstverständlich ausgleichen. Die ökonomische Betrachtung und die Behandlung der Fürsorge der Menschen im Krankheitsfall unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ist verfassungswidrig. Das Europäische Gemeinschaftsrecht bildet keinen Hinderungsgrund, weil es sich um einen nicht übertragbaren Bereich nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland handelt.

Abkürzungen und Siglen

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht(Entscheidung)
BvR	Verfassungsbeschwerde
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GG	Grundgesetz
IWF	Internationaler Währungsfonds
JZ	JuristenZeitung
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
SPON	Spiegel online
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung
WTO	World Trade Organization

Autor

Siegfried Broß, Jg. 1946, studierte Rechtswissenschaften an der Eberhard Karls Universität Tübingen und an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Bis 1998 Richter am Bundesgerichtshof, anschließend bis 2010 Richter am Bundesverfassungsgericht. Lehrt seit 2002 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Zahlreiche Ehrungen, darunter Ehrendoktorwürde Universitas Islam Indonesia in Yogyakarta (2009). Ehrenvorsitzender der Internationalen Juristen-Kommission (IJK) und der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Veröffentlichungen u. a.: *Wirtschaftsordnung und Verfassung – einige kritische Betrachtungen*. In: Festschrift für Rolf Stürner, Tübingen 2013, S. 3 ff.; *Wasser, Gas, Strom ... Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann*. In: Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe, Heft 2, Berlin 2013, URL: <http://berliner-wassertisch.info/wp-content/schriftenreihe/BROSS-SZR2013.pdf> ; *Der Umbau mehr oder weniger existentieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem*. In: Hochhuth 2012, S. 9–20; *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Universitas-Orientierung 2007, S. 995–1009; *Daseinsvorsorge und notwendige Staatsaufgaben. Was sollen Staat, Kommunen und Private tun (dürfen)?* In: Vorgänge 2008/2, S. 56–69; *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Glanzlichter der Wissenschaft 2007, S. 25–33; *Daseinsvorsorge-Wettbewerb-Gemeinschaftsrecht*. In: JZ 2003, S. 874ff.

