

Steinbach, Axel

**Working Paper**

## Das Spannungsverhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Sozialrecht

Diskussionspapier, No. 2004/15

**Provided in Cooperation with:**

Technische Universität Berlin, School of Economics and Management

*Suggested Citation:* Steinbach, Axel (2004) : Das Spannungsverhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Sozialrecht, Diskussionspapier, No. 2004/15, Technische Universität Berlin, Fakultät Wirtschaft und Management, Berlin

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/36431>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# Das Spannungsverhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Sozialrecht

Ass. jur. Axel Steinbach

Berlin, Februar 2004

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>AUSGANGSLAGE</b> .....	<b>5</b>
1.1	GRÜNBUCH DER KOMMISSION ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE....	6
1.2	FEHLEN SEKTORSPEZIFISCHER EUROPÄISCHER RICHTLINIEN IM BEREICH DER SOZIALEN DIENSTE .....	7
1.3	SCHAFFUNG EINES JUSTITIABLEN RAHMENS FÜR DIE ANWENDUNG EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS STATT EINZELFALLENTSCHEIDUNGEN DES EUGH.....	8
<b>2</b>	<b>RECHTLICHER STATUS QUO UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER RECHTSPRECHUNG VON EUGH UND EUG</b> .....	<b>9</b>
2.1	GRUNDFREIHEITEN UND EUROPÄISCHES WETTBEWERBSRECHT .....	10
2.1.1	<i>Die vier Grundfreiheiten</i> .....	10
2.1.2	<i>Art. 86 EGV - Öffentliche Unternehmen</i> .....	11
2.1.3	<i>Art. 16 EGV - Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</i> .....	13
2.1.4	<i>Art. 152 V EGV - Öffentliches Gesundheitswesen</i> .....	13
2.1.5	<i>Solange-bis-Urteil des BVerfG</i> .....	13
2.2	BEREICHE DEUTSCHER SOZIALVERSICHERUNG MIT WETTBEWERBSRECHTLICHER RELEVANZ .....	14
2.2.1	<i>Liberalisierung des Leistungsbezugs</i> .....	15
2.2.2	<i>Liberalisierung des Angebots von Versicherungs- und Versorgungsleistungen</i> .....	15
<b>3</b>	<b>RELEVANTE EUROPÄISCHE GESETZESVORHABEN DER NÄHEREN ZUKUNFT</b> .....	<b>16</b>
3.1	DER ENTWURF EINER EUROPÄISCHEN VERFASSUNG UND DIE GRUNDRECHTECHARTA..	16
3.2	VERBINDLICHKEIT SOZIALER GRUNDRECHTE .....	17
3.3	MEHRHEITSBESCHLUSS VERSUS EINSTIMMIGKEITSPRINZIP .....	18
3.4	BEGRENZTE EINZELKOMPETENZ VERSUS ALLGEMEINE DIENSTLEISTUNG .....	19
<b>4</b>	<b>EINE EUROPÄISCHE SOZIALVERSICHERUNG - EIN ZUKUNFTSENTWURF? .....</b>	<b>19</b>
4.1	ÄUßERE UND INNERE FINANZIERUNG .....	19
4.2	ABLÖSUNG DES TERRITORIALPRINZIPS.....	20
4.3	ANPASSUNGSDRUCK DURCH OFFENE KOORDINIERUNG.....	20
4.4	ANPASSUNGSDRUCK DURCH „SOZIALE GLEICHHEIT“ IN DER EUROPÄISCHEN VERFASSUNG ..	21
<b>5</b>	<b>RESÜMEE</b> .....	<b>21</b>
	<b>LITERATUR</b> .....	<b>23</b>

Der vorliegende Beitrag ist auf Initiative von Herrn Professor Dr. Klaus-Dirk Henke und Frau Dipl.-Volkswirtin Katja Borchardt, Fakultät Wirtschaft und Management, Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht, Fachgebiet Finanzwissenschaft und Gesundheitsökonomie an der Technischen Universität Berlin entstanden. Bei beiden möchte ich mich herzlich für ihre Unterstützung und die wertvollen Anregungen bei der Entstehung dieses Beitrags bedanken.

## Zusammenfassung

Das Sozialrecht in Deutschland gerät zunehmend unter den Einfluss europäischer Regelungen. In den nächsten Jahren sind für diesen Bereich eine fortschreitende Liberalisierung und große strukturelle Veränderungen zu erwarten. Bislang besitzt die EG/ EU für den Bereich des Sozialrechts lediglich eine subsidiäre Zuständigkeit. Grundsätzlich ist jeder Mitgliedsstaat selbst für die Ausgestaltung seiner sozialen Dienste verantwortlich.

Seitens der Europäischen Kommission bestehen jedoch Bestrebungen, einen gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für das Sozialrecht zu schaffen und weitere Kompetenzen an sich zu ziehen.

Dies ist folgerichtig, da der Binnenmarkt mit seinen Bestimmungen zu Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht den Mitgliedsländern bereits einen ordnungs- und wirtschaftspolitischen Strukturrahmen vorgibt, innerhalb dessen nur noch wenig Gestaltungsspielraum bleibt.

Der EuGH hat klargestellt, dass Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht bereits jetzt auf weite Teile der Sozialversicherung anwendbar sind, sofern die Leistungen von selbständigen Trägern erbracht werden. Lediglich wenn die in Frage stehende Leistung aufgrund einer Zwangsmitgliedschaft und unabhängig von der Höhe der Einzahlungen des Versicherten erbracht wird, kommt Wettbewerbsrecht nicht zur Anwendung. Der EuGH betont aber, dass jede Leistung eines Sozialversicherungsträgers gesondert auf ihre Wettbewerbsrelevanz zu betrachten ist.

Hinsichtlich einer Liberalisierung der sozialen Dienste bestehen in vielen Mitgliedsstaaten Bedenken, da hiermit die Erwartung von einer Verminderung des sozialen Schutzes verbunden ist.

In den letzten Jahren hat jedoch gerade die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten zu einer Verbesserung der sozialen Dienste beigetragen. Ambulante Gesundheitsleistungen können jetzt europaweit in Anspruch genommen werden.

In der Universaldienstrichtlinie und der EU-Grundrechtecharta sind außerdem soziale Schutzrechte festgeschrieben, die teilweise weit über die sozialen Garantien in den Mitgliedsstaaten hinausgehen.

Ein gemeinsames europäisches Sozialrecht könnte einen Sozialabbau im europäischen Standortkampf verhindern und soziale Standards sichern.

## **Abstract: The strained relation between European competition law and national social law**

European rules gain increasing influence on German social law. There are to be expected far-reaching structural changes in the years to come. Up to now the EC/ EU has only a subsidiary competence for the sector of social law. Basically each member state is responsible itself for the organisation of the social services.

Efforts are being made by the European Commission to create a common framework for social law and to gain more power.

This is consistent because the Single Market with its rules of fundamental freedoms and competition law defines an economic and legal framework for policy that leaves little scope.

The European Court of Justice (ECJ) points out, that fundamental freedoms and competition law are applicable to the most parts of social insurance, if benefits are produced by independent institutions. Only in the case there exists a compulsory membership and benefits don't depend on the amount of payments, competition law can't be applied. The ECJ emphasizes, that every benefit of a social insurance institution must be examined separately in view of its relevance for competition law.

In many member states exist doubts about the liberalization of social services, because they expect a reduction of social protection. But just the jurisdiction of the ECJ regarding fundamental freedoms has contributed to improve social services in recent years. Outpatients' services may be used all over Europe now.

Universal Service Directive and Charta of Fundamental Rights are fixing protective social rights that go beyond social guarantees provided by the member states.

A common European social law may prevent a reduction of social standards due to competition of business locations and assure social standards.

# 1 Ausgangslage

Das deutsche Sozialrecht gerät zunehmend unter den Einfluss europäischer Regelungen. Zwar ist jeder Mitgliedsstaat für die Ausgestaltung seines jeweiligen nationalen Sozialrechts selbst verantwortlich. Dies ergibt sich aus den in Art. 5 EGV<sup>1</sup> niedergelegten Prinzipien der begrenzten Einzelkompetenz (Abs. 1) und der Subsidiarität (Abs. 2). Der Europäische Gerichtshof bestätigt diese Sicht mit der von ihm vertretenen Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedsstaaten unberührt lasse, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten<sup>2</sup>. Folgerichtig ergibt sich dies auch daraus, dass der Gemeinschaft nicht der völkerrechtliche Status eines Staates zukommt und sie ihre Kompetenzen aus den zwischen den Mitgliedsstaaten geschlossenen Verträgen herleitet.

Bislang enthält der EG-Vertrag nur vereinzelte Bestimmungen<sup>3</sup> mit sozialem Bezug, die lediglich Aufgaben, Ziele oder Gemeinschaftspolitiken, nicht aber die Durchsetzung einer gemeinsamen Sozialordnung bestimmen. Die Kompetenzen der Gemeinschaft dienen bislang nur dazu, die verschiedenen Sozialsysteme insoweit zu koordinieren als es notwendig war, um Wettbewerbsverzerrungen auf dem gemeinsamen Markt durch ungleiche Schutzniveaus abzubauen oder zu verhindern<sup>4</sup>. „Sozialstaat ist die EU nur innerhalb ihrer engen, stark wirtschaftlichen Zielsetzungen und Kompetenzen“<sup>5</sup>.

Demgemäß stellt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrem im Mai 2003 vorgelegten Grünbuch fest: „Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die mit der Wohlfahrt- und Sozialschutzaufgabe in Zusammenhang stehen, fallen eindeutig in die einzelstaatliche, regionale und lokale Zuständigkeit. Dennoch wird gleichzeitig die Aufgabe der Gemeinschaft anerkannt, die Zusammenarbeit und Koordinierung in diesen Bereichen zu fördern“<sup>6</sup>.

Gleichwohl wird es für die Mitgliedsstaaten zunehmend schwierig, einzelstaatliche Lösungen für ihre Sozialsysteme zu finden, da der Strukturrahmen innerhalb dessen sie sich bewegen, inzwischen weitgehend durch gemeinschaftsrechtliche Regelungen vorgegeben ist<sup>7</sup>.

Bedeutung haben insbesondere die vertragliche festgelegten vier Grundfreiheiten<sup>8</sup>, die Verpflichtung zu Haushaltsdisziplin, Art. 104 EGV und die in Art. 81 ff. EGV festgelegten Wettbewerbsregeln sowie die auf der Grundlage dieser Vertragsbestimmungen ergangenen Bestimmungen (Sekundärrecht) und die Rechtsprechung. Die Bestimmungen zur Wirtschafts- und Finanzordnung der Mitgliedsländer sind damit bereits soweit konkretisiert, dass für die Ausgestaltung der einzelstaatlichen Systeme, vorliegend der in Frage stehenden Sozialsysteme, nur noch wenig Gestaltungsspielraum verbleibt.

---

<sup>1</sup> Bestimmungen aus EUV und EGV erfolgen entsprechend der Neunummerierung der Artikel gemäß Art. 12 des Vertrages von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, der am 1. Mai 1999 in Kraft getreten ist.

<sup>2</sup> Europäischer Gerichtshof (1984), S. 523, Rn. 16

<sup>3</sup> vgl. Art. 2, Art. 3 Buchstaben i, j, k, p, Art. 136 ff., Art. 152 ff. EGV

<sup>4</sup> Bieback (2003), S. 580

<sup>5</sup> Ebenda, S. 579, vgl. auch Art. 3 I j, k sowie Art. 136 ff. und 152 EGV

<sup>6</sup> Kommission (2003), S. 11, Tz. 31.

<sup>7</sup> Bieback (2003) S. 579

<sup>8</sup> Art. 23 ff. EGV Freier Warenverkehr, Art. 39 ff. EGV Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 49 ff. EGV Freier Dienstleistungsverkehr, Art. 56 ff. EGV Freier Kapital- und Zahlungsverkehr

Insbesondere die Wettbewerbsregeln werden in den letzten Jahren verstärkt auch auf das Sozialrecht der Mitgliedsländer angewandt. Grund für diese vergleichsweise spät einsetzenden Bestrebungen einer Vereinheitlichung ist der EG-Vertrag selbst, der in seinem Art. 3 eine zeitliche Abfolge der Angleichung verschiedener Bereiche des Gemeinschaftslebens vorsieht. Dort ist die Sozialpolitik in Art. 3 Abs. 1, lit. j vergleichsweise spät genannt. Die zunehmende Mobilität der Unionsbürger führt - wegen der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Sozialleistungen - ebenfalls zu einem zunehmenden Bedürfnis zur Harmonisierung dieses Bereiches.

### **1.1 Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse**

Derzeit besteht keine Rechtssicherheit, in welchem Umfang die europäischen Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln auch auf Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse anzuwenden sind. Zu den Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse gehören auch weite Teile des deutschen Sozialrechts<sup>9</sup>.

Die Kommission hat in der Vergangenheit mehrfach versucht, die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse darzustellen<sup>10</sup>. Am 21. Mai 2003 hat die Kommission ein Grünbuch<sup>11</sup> zu Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse vorgelegt<sup>12</sup> (im Folgenden nur noch „Grünbuch“). Hierin fasst die Kommission auf 74 Seiten den bislang erreichten Rechtsstand sowie die in Diskussion befindlichen Fragen zusammen. Anhand eines 30 Fragen umfassenden Katalogs werden alle Beteiligten aufgefordert, sich zu den im Grünbuch aufgeworfenen Fragen zu äußern.

Gegenstand des Grünbuchs sind „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“. Nach der Definition der Kommission handelt es sich hierbei um „..... marktbezogene ... [und] ... nichtmarktbezogene Dienstleistungen ... , die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“<sup>13</sup>.

Derselbe Begriff kommt bereits an zwei anderen Stellen des EG-Vertrages vor, in Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV, jedoch in beiden Fällen mit der Einschränkung auf Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichem* Interesse.

Durch die allgemeinere Formulierung im Grünbuch wählt die Kommission bewusst einen umfassenderen Ansatz zur Regelung nicht nur wirtschaftlicher Bereiche des Lebens in der Gemeinschaft<sup>14</sup>.

So hebt die Kommission in der Einführung zum Grünbuch hervor, dass Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells seien und eine entscheidende Rolle bei der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung spielten<sup>15</sup>. Die Kommission ist sich bewusst darüber, dass es Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gibt, deren Befriedigung die Märkte allein nicht gewähren können<sup>16</sup>. Die Kommission weist

---

<sup>9</sup> vgl. SGB I-XI, sowie Ausführungen unten zu 2.2

<sup>10</sup> Kommission (1996) sowie Kommission (2001)

<sup>11</sup> Grünbuch ist die Zusammenfassung des Sach- und Diskussionsstand zu einer politischen Frage. Herausgeber ist die Europäische Kommission. Der Einband des Buches ist grün (daher „Grünbuch“). Einzelpersonen, Parteien und Verbände können sich zu aufgeworfenen Fragen Stellung nehmen.. Unter Berücksichtigung dieser Rückäußerungen erstellt die Kommission schließlich ein sog. Weißbuch (weißer Einband).

<sup>12</sup> Siehe oben Fn. 6

<sup>13</sup> Kommission (2003), S. 7, Tz. 16.

<sup>14</sup> vgl. Knauff (2003), S. 453

<sup>15</sup> Kommission (2003), S. 3, Tz. 2

<sup>16</sup> Kommission (2003), S. 9, Tz. 22

darauf hin, dass solche Dienstleistungen in der Vergangenheit häufig von den Behörden selbst erbracht wurden, zunehmend jedoch von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden<sup>17</sup>. Dies führt zwangsläufig zu größerer Transparenz und mehr Wettbewerb zwischen den die Dienstleistung erbringenden Unternehmen.

Die Kommission unterteilt die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in drei Kategorien:

- 1) *Von großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen erbrachte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*
- 2) *Andere Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*
- 3) *Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten und Dienstleistungen ohne Auswirkungen auf den Handel*

Während die erste Kategorie v. a. die netzgebundenen Wirtschaftszweige der Telekommunikation, Post, Strom, Gas und Verkehr umfasst, fallen Leistungen sozialer Träger in die Kategorien zwei oder drei.

Die Kommission betont zwar ausdrücklich ihre nur subsidiäre Zuständigkeit für den Bereich sozialer Belange, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass es Aufgabe der Gemeinschaft sei, Zusammenarbeit und Koordinierung in diesem Bereich zu fördern<sup>18</sup>. Unter Punkt 1 des Fragenkatalogs stellt die Kommission die Frage, ob hochwertige Dienstleistungen in den Zielekatalog der Gemeinschaft aufgenommen werden sollten und die Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen der Kategorien zwei und drei zusätzliche Befugnisse erhalten solle. Hieraus lässt sich schließen, dass bei der Kommission die Bereitschaft vorhanden ist, den Bereich durch Gemeinschaftsrecht weiter zu vereinheitlichen.

## **1.2 Fehlen sektorspezifischer europäischer Richtlinien im Bereich der sozialen Dienste**

Bislang hat die Gemeinschaft lediglich den netzgebundenen Bereich<sup>19</sup> der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch entsprechende Verordnungen und Richtlinien geregelt<sup>20</sup>.

Abgesehen von den bereits eingangs erwähnten allgemeinen Zielvorgaben, fehlen für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten (Kategorie zwei und drei) sektorspezifische Rechtsvorschriften.

Hier stellt die Kommission die Frage, ob für diese Art von Dienstleistungen ein allgemeiner Gemeinschaftsrahmen erstrebenswert sei und welche Instrumente für die Umsetzung eines solchen Rechtsrahmens gewählt werden sollten<sup>21</sup>. Auch hier wird die Tendenz deutlich, einen sektorspezifischen Rechtsrahmen für soziale Dienstleistungen zu schaffen.

Die Kommission weist darauf hin, dass bei der Entwicklung eines Gemeinschaftsrahmens für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse,

---

<sup>17</sup> Kommission (2003), S. 9, Tz. 23

<sup>18</sup> Kommission (2003), S. 11, Tz. 31.

<sup>19</sup> Umfassende sektorspezifische Rechtsvorschriften gibt es für die Bereiche elektronische Kommunikation, Postdienste, Gas- und Stromversorgung sowie den Verkehrssektor

<sup>20</sup> vgl. Art. 249 EGV bzgl. Verfahren und Geltung von Verordnungen und Richtlinien

<sup>21</sup> Kommission (2003), S. 16, Tz. 42

insbesondere für die sozialen Leistungen folgende Elemente herangezogen werden sollten: Universaldienst<sup>22</sup>, Kontinuität und Qualität der Leistung, Erschwinglichkeit der Dienste sowie Nutzer- und Verbraucherschutz<sup>23</sup>. Insbesondere die Universaldienstrichtlinie soll sicherstellen, dass den Bürgern auch auf einem liberalisierten Markt jederzeit und an jedem Ort des Gemeinschaftsgebietes zu einem erschwinglichen Preis Zugang zu den Diensten gewährt wird.

Unter der Überschrift „Verantwortungsvolles Regieren: Organisation, Finanzierung und Evaluierung“ weist die Kommission darauf hin, dass es den Mitgliedsstaaten grundsätzlich frei stehe, ob sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse über ihre Verwaltung direkt erbringen oder ob sie Dritte mit der Leistungserbringung beauftragen<sup>24</sup>. Angesprochen ist damit der Problembereich der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften auf nicht direkt in den staatlichen Verwaltungsaufbau eingegliederte Verwaltungseinheiten sowie öffentliche Unternehmen (vgl. unten 2.1.2). Die Kommission weist darauf hin, dass nach ihrer Ansicht die Erbringer von allgemeinen Dienstleistungen einschließlich der Inhouse-Leistungserbringer (gemeint sind wohl öffentliche Unternehmen) trotz der Ausnahmevorschrift des Art. 86 EGV grundsätzlich den vertraglichen Wettbewerbsbestimmungen unterliegen<sup>25,26</sup>.

Im Hinblick auf die Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse stellt die Kommission die Frage, ob unter dem Gesichtspunkt von Transparenz und Wettbewerb bestimmten Finanzierungsverfahren der Vorzug zu geben sei. Die besondere Bedeutung der gemeinschaftsweiten Evaluierung der Leistungen wird hervorgehoben.

### **1.3 Schaffung eines justitiablen Rahmens für die Anwendung Europäischen Wettbewerbsrechts statt Einzelfallentscheidungen des EuGH**

Die Schaffung eines gemeinschaftsrechtlichen Rahmens für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insbesondere die sozialen Dienste, ist durch die der Gemeinschaft vertraglich zustehenden Kompetenzen gedeckt. Dies zeigt schon die Nennung des Bereichs in Art. 3 Abs. 1, lit. j EGV sowie in den anderen o. g. Vorschriften<sup>27</sup>. Dass die Liberalisierung im Vergleich zu anderen Bereichen vergleichsweise spät erfolgt, mag viele überraschen, ändert aber an der kompetenzrechtlichen Zuständigkeit nichts.

Die Schaffung eines justitiablen Rechtsrahmens ist jedoch auch wünschenswert. Bislang existiert in diesem Bereich weitgehend nur Richterrecht, das schon seiner Natur nach immer nur Einzelfallentscheidung, nicht aber Ersatz für die Regelung eines ganzen Lebensbereich wie den der sozialen Dienste sein kann.

Auch die Befürchtung, der in Deutschland traditionell weitreichende Schutz sozialer Belange sei gefährdet, dürfte weitgehend unbegründet sein. Die Kommission selbst fordert im Grünbuch die Kontinuität und Erschwinglichkeit der sozialen Leistungen<sup>28</sup>, neu dürfte lediglich die Form sein, in der sie erbracht werden. Koenig spricht in diesem Zusammenhang von „Daseinsvorsorge durch Wettbewerb“<sup>29,30,31</sup>.

---

<sup>22</sup> vgl. hierzu auch Universaldienstrichtlinie (2002), S. 51

<sup>23</sup> Kommission (2003), S. 18, Tz. 49

<sup>24</sup> Kommission (2003), S. 28, Tz. 79

<sup>25</sup> Kommission (2003), S. 28, Tz. 80

<sup>26</sup> vgl. Knauff (2003), S. 454

<sup>27</sup> vgl. oben Fn. 3

<sup>28</sup> Kommission (2003), S. 19

<sup>29</sup> vgl. Knauff (2003), S. 455

## 2 Rechtlicher Status Quo unter Berücksichtigung der Rechtsprechung von EuGH und EuG

Frage ist zunächst, ob und wenn ja welche gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auf das deutsche Sozialrecht anwendbar sind.

Das deutsche Sozialrecht ist maßgeblich im Sozialgesetzbuch, Bücher I bis XI niedergelegt, wobei Buch II derzeit nicht besetzt ist. Geregelt werden u. a. die Arbeitsförderung (SGB III), die gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), die gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) und die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI). Darüber hinaus existieren für weitere Bereiche Bestimmungen in gesonderten Gesetzen. Das Sozialgesetzbuch gehört dem Rechtskreis des öffentlichen Rechts an. Damit sind auch die hierauf beruhenden Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur (in Abgrenzung zu privatrechtlichen Rechtsverhältnissen). Abgrenzungskriterium zwischen privatem und öffentlichem Recht ist nach der heute vorherrschenden Sonderrechtstheorie, ob ein bestimmter Sachverhalt „Rechtssätzen unterworfen ist, die für jedermann gelten oder einem Sonderrecht des Staates (oder sonstigen Träger öffentlicher Aufgaben wie Gemeinden usw.), das im Interesse der Erfüllung öffentlicher Aufgaben das allgemeine (bürgerliche) Recht durch Einführung einer für den konkreten Normenkomplex neuen Rechtsfigur abändert“<sup>32</sup>.

Bislang haben v. a. die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten Einfluss auf den Normenkomplex des deutschen Sozialrechts ausgeübt, da sie Schutz- und Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind und damit Grundlage individueller Schutzrechte des Einzelnen gegen den Staat sein können.

Anwendbar auf das Gemeinschaftsrecht sind jedoch auch viele Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts, deren Relevanz für diesen Bereich vielfach unterschätzt wird und deren Anwendung bislang unterblieben ist, da andere Bereiche des wirtschaftlichen Lebens Gegenstand der Liberalisierungsbemühungen waren.

Ansatzpunkt ist der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“, der in Art. 86 EGV Erwähnung findet. Anders als der Staat selbst, können nämlich seine Unternehmen sehr wohl dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen werden. Wie bereits unter Punkt 1.3 dargestellt, ist das Wettbewerbsrecht zumindest immer dann anwendbar, wenn der Staat soziale Dienstleistungen nicht direkt, sondern durch beauftragte Dritte erbringt. Dies können sowohl private wie auch öffentliche Einheiten sein. Handelt es sich um Private, ist das Wettbewerbsrecht ohne jede Einschränkungen anwendbar, schwieriger wird die Sachlage beim Handeln öffentlicher Einheiten.

Zunächst ist daher die Frage zu beantworten, wann (noch) Handeln des Staates vorliegt, das wettbewerbsrechts-frei ist, und wann eine öffentliche Einheit aktiv wird, deren Handeln dem europäischen Wettbewerbsrecht unterliegt. Die Abgrenzung erfolgt danach, wer Träger der jeweiligen Stelle öffentlicher Verwaltung ist. Sind der Bund, das Land oder eine Kommune selbst Träger der jeweiligen Verwaltungseinheit, ist ihr Handeln wettbewerbsrechts-frei, handelt es sich dagegen um eine aufgrund von besonderen Rechtsvorschriften errichtete selbständige juristische Person, wie etwa eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung öffentlichen Rechts, sind auf diese

---

<sup>30</sup> Storr (2002) S. 364 ff.

<sup>31</sup> Weiß (2002), S. 359 ff.

<sup>32</sup> vgl. Kopp, (2000), § 40, Rn. 15

Einrichtungen nach Ansicht der Kommission<sup>33</sup> die Vorschriften des Wettbewerbsrechts anwendbar<sup>34</sup>. In Deutschland wird beispielsweise die gesetzliche Krankenversicherung durch selbständige Körperschaften öffentlichen Rechts wahrgenommen, die im Sinne der Definition als „Dritte“ zu bezeichnen wären. Die darüber hinausgehende Frage, ob es sich bei dem „Dritten“, konkret der in Frage stehenden deutschen Körperschaft öffentlichen Rechts, auch um ein „öffentliches“ Unternehmen im Sinne des Art. 86 EGV handelt, ist hiervon zu trennen und nach europäischem Recht zu beurteilen. Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Verwaltungseinheiten erfolgt zunächst nach im deutschen Recht entwickelten Unterscheidungsmerkmalen. Erst dann kann man sich der Frage zuwenden, ob auch die Unternehmenseigenschaft vorliegt, für die Art. 86 eine Rolle spielt. Wird schon das Vorliegen einer selbständigen staatlichen Einheit verneint, ist für die Prüfung des Art. 86 gar kein Raum mehr (vgl. unten 2.1.2). Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die hier herausgestellten selbständigen Verwaltungseinheiten häufig auch die Voraussetzungen für ein öffentliches Unternehmen i. S. des Art. 86 EGV erfüllen werden<sup>35</sup>.

## **2.1 Grundfreiheiten und europäisches Wettbewerbsrecht**

### **2.1.1 Die vier Grundfreiheiten**

Neben den Wettbewerbsregeln sind v. a. die vier Grundfreiheiten die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen für die fortschreitende Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. Hierzu zählen der freier Warenverkehr (Art. 23 ff. EGV), die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 ff. EGV), der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. EGV) sowie der freie Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 56 ff. EGV). Die Grundfreiheiten verbieten jede Maßnahme, die „... geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“<sup>36</sup>.

Die Grundfreiheiten sind einerseits Schutz- und Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft sowie ihren einzelnen Mitgliedsstaaten, dienen darüber hinaus aber auch der Gemeinschaft als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eigener Rechtsvorschriften<sup>37</sup>. Im Gesamtgefüge des EG-Vertrages ergänzen die Grundfreiheiten den in Art. 5 EGV aufgestellten Grundsatz der Subsidiarität. Die Schaffung eines detaillierten Normensystems durch die Gemeinschaft wäre mit dem Grundsatz der Subsidiarität nicht vereinbar, andererseits bedarf die Harmonisierung des Binnenmarktes einer einheitlichen Ausrichtung<sup>38</sup>.

Insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit haben bislang bei der Liberalisierung der sozialen Dienste eine Rolle gespielt. Anwendung fanden diese beiden Grundfreiheiten fast ausschließlich in der Rechtsprechung des EuGH, sektorspezifische Regelungen fehlen bislang wie bereits unter 1.2 ausgeführt. Die Entscheidungen des EuGH betreffen jeweils nur konkrete Einzelfragen, trotzdem lässt sich hieraus bereits eine gewisse Tendenz zu einer grundsätzlichen Anwendung der Grundfreiheiten auch auf die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ablesen.

---

<sup>33</sup> Kommission (2003), S. 28, Tz. 79

<sup>34</sup> vgl. zur Abgrenzung selbständiger Stellen öffentlicher Verwaltung Kopp (2003), § 1, Rn. 53 m.w.N.

<sup>35</sup> vgl. unten 2.1.2

<sup>36</sup> „Dassonville-Formel“ in Europäischer Gerichtshof (1974), S. 837, Rn. 5 (Dassonville)

<sup>37</sup> vgl. Art. 94 EGV

<sup>38</sup> vgl. Classen, Claus Dieter in Europa-Recht (2000), S. XVIII

### 2.1.2 Art. 86 EGV - Öffentliche Unternehmen

Art. 86 EGV enthält in seinen Absätzen 1 und 2 eine Regel- Ausnahmebestimmung. Regel ist zunächst, dass die Bestimmungen des EG-Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV auch für öffentliche Unternehmen gelten. Öffentliche Unternehmen sollen also im Vergleich zu privaten keinerlei Vorteile genießen. Eine Ausnahme gilt gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV nur dann, wenn der Fall eines Unternehmens, das mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut ist, zu entscheiden ist. Zu beachten ist, dass es sich hierbei nicht nur um ein öffentliches, sondern auch um ein privates Unternehmen handeln kann, da Absatz 2 - anders als Absatz 1 - keine Einschränkung auf öffentliche Unternehmen kennt.

Die Anforderungen an den Ausnahmetatbestand sind hoch. Voraussetzung ist gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV, dass die Wettbewerbsregeln die dem betroffenen Unternehmen übertragene Aufgabe „verhindern“. Die bloße Beeinträchtigung ist nicht ausreichend<sup>39</sup>.

Frage ist, ob die oben behandelten Träger deutscher Sozialleistungen, die aus dem direkten Verwaltungsaufbau ausgegliedert sind, in den Anwendungsbereich von Art. 86 EGV fallen oder nicht.

Unternehmen ist - unabhängig von seiner rechtlichen Einordnung - jede Einheit, die am Markt zur Erzielung eines Leistungsaustausches tätig wird<sup>40</sup>, unabhängig von der rechtlichen Einordnung der handelnden Einheit als privat- oder öffentlich-rechtlich. Wegen der Hervorhebung der tatsächlichen Merkmale marktmäßigen Handelns wird in diesem Zusammenhang auch von dem sog. „funktionalen Unternehmensbegriff“ gesprochen. Demgemäß hat der Europäische Gerichtshof z. B. sowohl die arbeitsvermittelnde Tätigkeit der deutschen Bundesanstalt für Arbeit als auch der italienischen Arbeitsvermittlungsbehörden als unternehmerische Tätigkeit eingestuft<sup>41</sup>. Auf die Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an, es muss jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen<sup>42</sup>. „Erforderlich ist außerdem eine gewisse organisatorische Selbständigkeit. Wird der Staat unmittelbar, ohne Einschaltung selbständiger Verwaltungseinheiten, unternehmerisch tätig, ist Art. 86 unanwendbar“<sup>43</sup>.

Während Art. 86 Abs. 1 EGV nach seinem Wortlaut auf öffentliche Unternehmen beschränkt ist, gilt Art. 86 Abs. 2 EGV für öffentliche als auch private Unternehmen, sofern sie mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut sind. Hierunter fallen alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge<sup>44</sup>.

Aus den vorstehenden Definitionen ergibt sich, dass in Deutschland Art. 86 EGV auf die staatliche Sozialhilfe nicht anwendbar ist. Träger der Sozialhilfe sind gemäß § 96 Bundessozialhilfegesetz die Kommunen. Bei den Kommunen als handelnder Einheit fehlt es bereits an der für die Qualifizierung als Unternehmen erforderlichen Selbständigkeit, da sie unmittelbar in den dreistufigen deutschen Staatsaufbau eingegliedert und ihnen insoweit die von der Rechtsprechung geforderte

---

<sup>39</sup> Jung in Groeben (2003), Art. 86, Rn. 44 ff. m.w.N.

<sup>40</sup> Jung in Groeben (2003), Art. 86, Rn. 11

<sup>41</sup> Europäischer Gerichtshof (1991), S. I-1979, Rn. 21 ff., Europäischer Gerichtshof (1997), S. I-7119, Rn. 20 ff.

<sup>42</sup> vgl. I. F. Hochbaum, in: GTE, EU-/ EGV, Art. 90, Rn. 16

<sup>43</sup> vgl. Jung in Groeben (2003), Art. 86, Rn. 11

<sup>44</sup> Jung in Groeben (2003), Art. 86, Rn. 11 m.w.N.

Eigenständigkeit fehlt. Außer Frage steht, dass natürlich die Kommunen für andere, hier nicht behandelte Bereiche, sehr wohl als selbständige Handlungseinheiten, etwa im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung anzusehen sind. Hierzu zählt jedoch die Sozialhilfe nicht.

Schwieriger ist die Abgrenzung, wenn Träger der sozialen Dienstleistungen selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, wie beispielsweise im Fall der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung.

Bei Anwendung der o. g. Definitionsmerkmale wäre eine öffentlich-rechtliche Krankenkasse jedenfalls eine selbständig handelnde Einheit, die am Markt zur Erzielung eines Leistungsaustausches tätig wird. Der EuGH<sup>4546</sup> verneint jedoch im Fall von Sozialversicherungsträgern das für die Qualifikation als Unternehmen weiterhin erforderliche Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“, wenn folgende zwei Voraussetzungen vorliegen:

- 1) Zwangsmitgliedschaft<sup>47</sup>,
- 2) Unabhängigkeit von Einzahlungen und Leistungsanspruch.

Diese Ansicht hat das EuG für das spanische Gesundheitssystem in seinem jüngsten Urteil FENIN/Kommission<sup>48</sup> bestätigt. Die Einrichtung des spanischen Gesundheitssystems SNS (Servicio Nacional de Salud) tritt zwar am Markt als monopolartiger Nachfrager für medizinische Erzeugnisse auf und entfaltet damit erhebliche Marktmacht. Das EuG hat ihm jedoch die Unternehmenseigenschaft abgesprochen, da es nach dem Solidaritätsgrundsatz ausgestaltet sei und damit maßgeblich auf den o. g. zweiten Ausschlussgrund für das Fehlen wirtschaftlicher Tätigkeit - die Unabhängigkeit von Einzahlungen und Leistungsanspruch - abgestellt. Eine letztinstanzliche Bestätigung des Urteils durch den EuGH fehlt jedoch in der vorliegenden Sache noch.

Das vorstehende Beispiel zeigt, dass die vom EuGH entwickelte Definition zur Abgrenzung unmittelbar staatlicher oder staatlich-unternehmerischer Tätigkeit noch Ungenauigkeiten aufweist.

Nachvollziehbar ist die Eingrenzung staatlich-unternehmerischer Tätigkeit auf selbständig handelnde Einheiten des Staates.

Nicht ganz passgenau erscheint jedoch die vom EuGH vorgenommene Verneinung der Unternehmenseigenschaft für nicht wirtschaftlich handelnde Unternehmen, vorliegend die Sozialversicherungsträger.

Nach der allgemeinen ökonomischen Definition liegt wirtschaftliche Tätigkeit bereits dann vor, wenn ein Subjekt am Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Nach dieser allgemeinen Definition werden also auch die Sozialversicherungsträger wirtschaftlich tätig, da sie Versicherungsleistungen am Markt anbieten, sei es auch in Form einer Zwangsmitgliedschaft und medizinische Dienstleistungen teilweise direkt, teilweise mittelbar nachfragen.

---

<sup>45</sup> Weiß (2003), S. 167

<sup>46</sup> Europäischer Gerichtshof (1993), S. I-637, Rn. 18 ff. sowie W. Weiß in : Callies/Ruffert (2002), Art. 81, Rn. 86

<sup>47</sup> Bei freiwilliger Mitgliedschaft der Versicherten entfällt Unternehmenseigenschaft nicht, vgl. Europäischer Gerichtshof (1995), S. I-4013, Rn. 17 ff.

<sup>48</sup> vgl. EuG (2003), S. 283 ff.

Will man die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger ausschließen, kann Abgrenzungskriterium nicht die wirtschaftliche Tätigkeit, sondern nur der wirtschaftliche Zweck sein.

Allein in der nichtwirtschaftlichen Zweckrichtung wird der gesonderte Gehalt der Sozialversicherungsträger kenntlich und allein dieser Begriff nimmt die vom EuGH aufgestellten Kriterien für die Abgrenzung wirtschaftlicher Tätigkeit (s. o.) sinnvoll in sich auf.

Die Beispiele zeigen auch, dass Deutschland bei der Liberalisierung der sozialen Dienste nicht jeder Steuerungsmöglichkeiten beraubt ist. Die Übertragung und Wahrnehmung bestimmter sozialer Dienste durch den Staat selbst oder durch öffentliche Körperschaften beeinflusst entscheidend die Voraussetzungen für die Anwendung von europäischem Wettbewerbsrecht.

Wie hier die zur Verfügung stehenden juristischen Gestaltungsmöglichkeiten genutzt werden und ob sie genutzt werden, ist jedoch letztlich eine politische Frage.

#### 2.1.3 Art. 16 EGV - Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Art. 16 EGV ist erst durch den Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag eingefügt worden. Seine Bedeutung wird von der Lehre jedoch allgemein als gering erachtet. Jung<sup>49</sup> hält ihn lediglich für eine Handlungsaufforderung, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu fördern. Die in Art. 86 EGV enthaltene grundsätzliche Anwendung der Wettbewerbsregeln auf öffentliche Unternehmen sozialer Dienste, wird durch Art. 16 EGV nicht ausgeschlossen. Denn Daseinsvorsorge und Wettbewerbsprinzip sind unterschiedliche Abwägungsbelange. Während die Daseinsvorsorge ein allgemeines Postulat ist, ist der Wettbewerb ein Mittel, um diese oder andere Ziele zu verwirklichen<sup>50</sup>. Im Übrigen wird Art. 86 EGV auch nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 16 EGV nicht eingeschränkt, denn dieser gilt lediglich „unbeschadet der [in] ... Art. 86 ... [EGV] ...“ enthaltenen Bestimmungen.

#### 2.1.4 Art. 152 V EGV - Öffentliches Gesundheitswesen

Art. 152 EGV schafft keine eigene originäre Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Gesundheitspolitik. Die Mitgliedsstaaten sind für die Gestaltung ihrer nationalen Gesundheitssysteme selbst verantwortlich, Art. 152 Absätze 1 und 5 EGV. Die Bestimmung ist in Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1, lit. p EGV zu lesen, wonach die Gemeinschaft auf einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus festgelegt wird. Vorrangiges Ziel ist die Koordination der Gesundheitsschutzpolitiken der einzelnen Mitgliedsstaaten.

#### 2.1.5 Solange-bis-Urteil des BVerfG

Ziel der Liberalisierung der sozialen Dienste ist - zumindest auch - die Förderung des sozialen Wohls der EU-Bürger. Insbesondere soziale Versicherungsleistungen werden marktmäßig von den Anbietern nur unter Beachtung des Äquivalenzprinzips erbracht. D. h. größere Risiken wie z. B. Vorerkrankungen oder ein höheres Alter führen zu höheren Versicherungsprämien. Sozial schwache Bürger können sich daher den Versicherungsschutz oft nicht leisten. Der Verlust - zumindest eines sozialen Grundschutzes - ist jedoch mit den in Deutschland und den meisten anderen EU-Staaten herrschenden Wertvorstellungen nicht vereinbar. Bei den nationalen und europäischen Entscheidungsträgern besteht daher weitgehend

---

<sup>49</sup> Jung in Calliess/Ruffert (2002), Art. 16, Rn. 11

<sup>50</sup> vgl. Groeben (2003), Art. 16, Rn. 28

Einigkeit, dass ein wünschenswerter sozialer Grundschutz durch den Markt nicht gesichert werden kann und eines begleitenden staatlichen Reglementariums bedarf.

Das zeigt schon die Existenz der Universalrichtlinie sowie der Versuch der Kommission, den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mit einem Grünbuch vorzustrukturieren und voraussichtlich durch einen gemeinschaftsrechtlichen Rahmen zu sichern.

Wünschenswert wäre, dass soziale Rechte nicht nur im Rahmen einfacher nationaler Gesetze oder einer europäischen Richtlinie, sondern auch auf verfassungsrechtlicher Ebene abgesichert sind. Nur so sind sie dem Zugriff wechselnder politischer Überzeugungen und unterschiedlicher finanzieller Ausstattung der Haushalte entzogen.

Die im EG-Vertrag enthaltenen sozialen Rechte<sup>51</sup> sind überwiegend Zielbestimmungen, jedoch keine konkret einklagbaren Individualrechte mit Verfassungsrang. Auch die vier Grundfreiheiten des EG-Vertrags sind ihrem Wesen nach keine sozialen Schutzrechte, sondern primär wirtschaftliche Freiheitsrechte, die der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes und nicht dem Einzelnen zu dienen bestimmt sind.

Die einschlägigen Entscheidungen des EuGH dienen daher nicht primär der Verwirklichung von sozialen Rechten des Einzelnen, sondern „auch“, d. h. in den meisten Fällen nutzt die vorrangig verfolgte Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts auch den Bürgern.

Obwohl der EG-Vertrag keine ausdrücklichen Grundrechtsbestimmungen enthält<sup>52</sup>, kann der EuGH über die in Art. 6 Abs. 2 EUV enthaltene Verweisvorschrift die grundrechtlichen Verbürgungen in den Mitgliedsstaaten unter Bezug nehmen. Dies gilt jedoch nur insoweit, als es sich dabei um das gemeinsame Vielfache der respektiven Grundrechtsgarantien aller Mitgliedstaaten handelt. Es handelt sich somit um einen Minimalkatalog.

Insbesondere das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in der Vergangenheit einen darüber hinausgehenden Grundrechtsschutz gefordert. In seiner als „Solange-bis-Urteil“ bekanntgewordenen Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass es nur dann von einer Überprüfung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs absehen werde, wenn dieses einen den deutschen Grundrechten vergleichbaren Rechtsschutz gewähre<sup>53</sup>.

## **2.2 Bereiche deutscher Sozialversicherung mit wettbewerbsrechtlicher Relevanz**

Unabhängig von der Frage, ob die Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einen verbindlichen Rechtsrahmen schaffen wird oder nicht, ist das deutsche Sozialrecht derzeit in zweierlei Hinsicht unter dem Einfluss europäischer Regelungen: a) durch die Auswirkung der Grundfreiheiten, hier insbesondere die genannte Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit sowie b) durch das Wettbewerbsrecht, Art. 81 ff. EGV. Der EuGH hat die Eigenschaft ärztlicher Tätigkeit und medizinischer Erzeugnisse als

---

<sup>51</sup> vgl. oben Punkt 1, Ausgangslage

<sup>52</sup> zur Grundrechtscharta vgl. unten Punkt 3.1

<sup>53</sup> Bundesverfassungsgericht (1986), S. 340

„Dienstleistung“ i. S. des Art. 50 EGV bzw. Ware i. S. der Art. 23 ff. EGV klargestellt<sup>54</sup>.

In Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz des deutschen Sozialrechts ist v. a. die unter 2.1.2 angesprochen Qualifizierung von öffentlichen Einrichtungen als Unternehmen von Bedeutung. Zwar gelten z. B. Sozialversicherungsträger derzeit nicht als öffentliche Unternehmen und sind mithin von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen, die Rechtsprechung in diesem Bereich befindet sich jedoch „im Fluß“.

### 2.2.1 Liberalisierung des Leistungsbezugs

Wie bereits dargestellt, fehlt es im Bereich des Sozialversicherungsrechts an sektorspezifischen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft. Gleichwohl sind jedoch einige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes ergangen, die den Bereich bereits vorstrukturieren. Gegenstand ist v. a. die Inanspruchnahme von ambulanten und stationären Leistungen durch die Versicherten.

Zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland existieren bislang lediglich zwei europäische Regelwerke, die Verordnungen 1408/71 und 574/72. Es geht darin um die Krankenversorgung von „Wanderarbeitnehmern“, d. h. kurzfristig im europäischen Ausland weilenden inländischen Versicherten und die Notversorgung von Urlaubern. Für den Fall einer nicht-notfallmäßigen bewussten Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen durch einen im Inland Versicherten, gab es bislang keine Regelung. Die deutschen Kassen lehnten daher in diesen Fällen die Erstattung entstandener Kosten ab. Zur Begründung führten sie aus, die Erstattung sei mit dem Sachleistungsprinzip nicht vereinbar, außerdem gefährde die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland Finanzierung und Gleichgewicht des deutschen Gesundheitssystems.

Der EuGH hat dem in den Rechtssachen Kohll und Decker<sup>55</sup> entgegengehalten, dass das Recht zur Inanspruchnahme von medizinischen Dienstleistungen durch die EU-Bürger nicht auf das Gebiet ihres nationalen Sozialversicherungsträgers begrenzt werden könne. Hierin liege ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs<sup>56</sup>

Diese Stoßrichtung hat der EuGH in seiner weiteren Rechtsprechung beibehalten und im Mai 2003 zuletzt in der Sache Müller-Fauré<sup>57</sup> bestätigt. Danach verstößt die Genehmigungspflicht einer ambulanten medizinischen Versorgung im EU-Ausland gegen den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs. Lediglich bei der Inanspruchnahme stationärer Behandlung ist die Genehmigungspflicht und die damit verbundene Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt, um den regionalen Krankenhausbedarf planbar zu machen<sup>58</sup>.

### 2.2.2 Liberalisierung des Angebots von Versicherungs- und Versorgungsleistungen

Grundsätzlich ist jede Dienstleistung im Bereich des europäischen Binnenmarktes an den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften zu messen. Das gilt auch für Leistungen von Versicherungen und Versorgungseinrichtungen. Lediglich für den Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung macht der EuGH hier eine Ausnahme<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Europäischer Gerichtshof (1990), S. I 4685

<sup>55</sup> Europäischer Gerichtshof (1998)

<sup>56</sup> vgl. zur sozialen Dimension und Integrationswirkung der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Kohll und Decker: Henke (2003), S. 11 f.

<sup>57</sup> Europäischer Gerichtshof (2003a)

<sup>58</sup> vgl. Fn. 57

<sup>59</sup> vgl. oben 2.1.2

Der EuGH nimmt jedoch die sozialen Dienstleistungen nicht pauschal aus der Anwendung des Regelungen des EG-Vertrages heraus. Vielmehr ist jede einzelne Leistung des betroffenen Trägers auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten und dem Wettbewerbsrecht zu überprüfen<sup>60</sup>.

Die Quersubventionierung unterschiedlicher Versicherungsbereiche bei einem Träger der Sozialversicherung - etwa die Subventionierung Pflichtversicherter durch freiwillig Versicherte in der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung - begründen keinesfalls die Ausnahme<sup>62</sup> von der Anwendung der Binnenmarktvorschriften, sie verbieten diese Form der Subventionierung jedoch auch nicht. Die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht ist nach den unter 2.1.2 entwickelten Kriterien, 1) Zwangsmitgliedschaft und 2) Unabhängigkeit von Einzahlungen und Leistungsanspruch, für jeden Versicherungsbereich getrennt vorzunehmen.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ergibt sich die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Bereichs der freiwilligen Versicherung bei der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung.

Seine Haltung hat der EuGH erst in der jüngst ergangen Entscheidung zur Internetapotheke „DocMorris“ bestätigt. Danach ist der Versandhandel nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel zulässig, lediglich bei verschreibungspflichtigen Medikamenten kann eine Abgabe durch Apotheken vorgeschrieben werden<sup>63</sup>.

### **3 Relevante europäische Gesetzesvorhaben der näheren Zukunft**

#### **3.1 Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und die Grundrechtecharta**

Die Europäische Union besitzt bislang keine gemeinsame Verfassung, der beim Gipfel in Brüssel im Dezember 2003 vorgelegte Verfassungsentwurf ist wegen Differenzen über die zukünftigen Mehrheitsverhältnisse bei Abstimmungen in der Union gescheitert.

Jedoch existiert bereits eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die der Europäische Rat am 7.12.2000 in Nizza verabschiedet hat. Hierin kann man bereits einen ersten Schritt zu einer gemeinsamen europäischen Verfassung sehen, da ein Grundrechtekatalog traditionell Bestandteil einer Verfassung ist und dieser gewöhnlich vorangestellt wird. Beispiel sind die Art. 1 - 19 im deutschen Grundgesetz.

Frage ist, inwieweit die in der Grundrechtecharta enthaltenen Regelungen Auswirkungen auf die Entwicklung der sozialen Dienste in der Gemeinschaft nehmen können.

Die Grundrechtecharta ist in sieben Kapitel unterteilt und enthält alle klassischen Grundrechte. Neben der Würde des Menschen (Kapitel I) sind auch dem Recht auf Freiheit und Gleichheit zwei eigene Kapitel gewidmet (Kapitel II und III).

Es fällt auf, dass auch die sozialen Grundrechte unter der Überschrift „Solidarität“ in einem eigenen Kapitel geregelt sind (Kapitel IV). Hierin liegt ein Novum im Vergleich zur bisherigen europäischen Tradition, da soziale Grundrechte gewöhnlich außerhalb der jeweiligen Grundrechtskataloge in eigenen Gesetzen oder Verträgen geregelt

---

<sup>60</sup> vgl. Weiß (2003), S. 184 sowie Burgi (2002), S. 267

<sup>61</sup> zur Krankenhausbedarfplanung vgl. Koenig, KHuR (2001), S. 38 ff.

<sup>62</sup> vgl. auch Terwey (2003), S. 9

<sup>63</sup> EuGH (2003)

sind<sup>64</sup>. Die sozialen Grundrechte haben damit eine Heraufstufung auf Verfassungsrang erfahren.

Für die vorliegende Arbeit sind insbesondere die Art. 34 - 36 EU-Grundrechtecharta von Interesse. Art. 34 EU-Grundrechtecharta regelt die soziale Sicherheit und soziale Unterstützung, Art. 35 verbrieft das Recht auf Zugang zur Gesundheitsversorgung und Art. 36 regelt den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Die Auswirkungen der genannten Vorschriften sind derzeit jedoch in zweierlei Hinsicht beschränkt: 1. Die Formulierung der meisten Grundrechte ist relativ allgemein gehalten und vermag nicht Grundlage eines direkten Anspruchs zu sein. So lautet etwa Art. 36 Satz 1 EU-Grundrechtecharta: „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ...“. Demgegenüber enthält Art. 35 Satz 1 EU-Grundrechtecharta [Gesundheitsschutz] ein einklagbares Recht: „Jede Person hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“. Zwar nimmt auch Art. 35 eine Einschränkung des Anspruchs auf die jeweiligen einzelstaatlichen Bestimmungen vor, anerkennt den Anspruch auf Gesundheitsschutz jedoch dem Grunde nach.

2. Schwerer als die allgemeine Formulierung vieler Grundrechte wiegt der Umstand, dass die EU-Grundrechtecharta derzeit nur sehr eingeschränkt gilt. Gemäß Art. 51 EU-Grundrechtecharta gilt sie für Organe und Einrichtungen der Union nur subsidiär, gegenüber den Mitgliedsstaaten gilt sie ausschließlich bei der Durchführung von europäischem Gemeinschaftsrecht. Die EU-Grundrechtecharta kommt also in den wenigsten Fällen zur Anwendung. So gilt sie z. B. weder für das Verhältnis deutscher Staatsbürger zu staatlichen Sozialversicherungsträgern, noch bei der Anwendung von Bestimmungen des deutschen Sozialgesetzbuches.

### **3.2 Verbindlichkeit sozialer Grundrechte**

Trotz der geschilderten Defizite kann den in der EU-Grundrechtecharta geregelten sozialen Grundrechten in der weiteren Entwicklung der Gemeinschaft eine erhebliche Bedeutung zuwachsen. Schröder<sup>65</sup> weist darauf hin, dass der Gemeinschaft aufgrund ihrer beschränkten Aufgabenzuständigkeit<sup>66</sup> derzeit gar nicht die Kompetenz zur Verabschiedung einer Grundrechtecharta zukomme. Folgerichtig fehle der Charta auch aus diesem Grunde die rechtliche Verbindlichkeit. Jedoch könne sie ein Integrationsziel darstellen, das über die Herstellung eines gemeinsamen Marktes hinausgehe<sup>67</sup>. Bieback weist darauf hin, dass soziale Grundrechte wichtig für die Bildung einer politischen Identität in der Gemeinschaft seien. Die Grundrechtecharta könne Baustein für einen „Verfassungspatriotismus“ in der Gemeinschaft sein<sup>68</sup>.

Auch im Bereich der Rechtsprechung des EuGH kann die Grundrechtecharta trotz ihrer fehlenden Verbindlichkeit bereits jetzt Wirkung entfalten. Bislang hat der Europäische Gerichtshof mangels eines verbindlichen Grundrechtekatalogs in den

---

<sup>64</sup> vgl. Bieback (2003), S. 583

<sup>65</sup> vgl. Schröder (2002), S. 849 ff.

<sup>66</sup> die sich aus EU- und EG-Vertrag ergebenden Zuständigkeit sind primär wirtschaftliche, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen

<sup>67</sup> vgl. Schröder (2002), S. 851

<sup>68</sup> Bieback (2003), S. 586

Europäischen Verträgen Grundrechte immer über die Brückenvorschrift des Art. 6 Abs. 2 EUV aus den Grundrechtsgarantien in den Verfassungen der Mitgliedsländer abgeleitet<sup>69</sup>. Der EuGH könnte jedoch in Zukunft darauf verzichten, über Art. 6 Abs. 2 EUV selbst für die jeweils zur Entscheidung anstehenden Fälle relevante Grundrechte aus den Verfassungen der Mitgliedsstaaten herauszuarbeiten und stattdessen die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber habe diese Arbeit schon in Form der vorliegenden EU-Grundrechtecharta vollzogen.

Somit könnte die EU-Grundrechtecharta über den Umweg richterlicher Rechtsbildung kurzfristig rechtliche Verbindlichkeit erlangen. Zwar hat der EuGH diesen Weg bislang nicht beschritten, die Generalanwälte am EuGH haben ihn jedoch bereits vorgezeichnet<sup>70</sup>.

### 3.3 Mehrheitsbeschluss versus Einstimmigkeitsprinzip

Seit dem Europäischen Rat in Nizza im Dezember 2000 hat die Gemeinschaft für verschiedene Politikbereiche die qualifizierte Mehrheitsentscheidung eingeführt. Der Mehrheitsbeschluss<sup>71</sup> ersetzt das bisher in vielen Bereichen gültige Einstimmigkeitsprinzip und soll die Handlungsfähigkeit der Union auch nach dem Beitritt der osteuropäischen Beitrittsländer erhalten. Außerdem erfolgte eine Neugewichtung der Stimmen im Ministerrat, dem derzeit wichtigsten Gesetzgeber der Europäischen Union<sup>72</sup>.

Konkret wurde für 27 Bestimmungen des EG-Vertrages die Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit eingeführt, für 22 tritt die Änderung zeitgleich mit der Aufnahme der neuen osteuropäischen Mitgliedsstaaten am 01.05.2004 in Kraft<sup>73</sup>, für die übrigen zu einem späteren Zeitpunkt.

Für die Sozialpolitik (Artikel 42 und 137 EGV) legt der Vertrag von Nizza ausdrücklich die Beibehaltung des Status quo, also das Einstimmigkeitsprinzip fest<sup>74</sup>.

Der Bereich der sozialen Dienste ist offensichtlich bewusst von der Einführung des Mehrheitsentscheids ausgenommen worden. Die angestrebte Liberalisierung dieses Bereiches kann jedoch nur gelingen, wenn Reformen nicht durch die erzwungene Berücksichtigung von Partikularinteressen (Einstimmigkeitsprinzip) verhindert werden. Die Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen dürfte davon abhängen, ob es gelingt, das Bild eines europäischen Sozialstaates zu entwerfen, dessen Entwurf gegenläufige europäische Traditionen und Interessen überwindet. Ortega y Gasset weist in seiner staatsphilosophischen Schrift „Der Aufstand der Massen“ im Jahr 1930 zu Recht darauf hin, dass es nur zur Staatsschöpfung kommen könne, wenn es

---

<sup>69</sup> vgl. Europäischer Gerichtshof (2002b)

<sup>70</sup> vgl. Bieback (2003), S. 587 mit Hinweis auf Generalanwalt Tizzano vom 08.02.2001 in Rechtssache C-173/99 (BECTU) vom 26.06.2001

<sup>71</sup> Mehrheitsbeschluss = qualifizierte Mehrheit; zum Zeitpunkt des Nizzavertrages sind das mind. 169 von 237 Stimmen. Da der Mehrheitsentscheid erst zum 01.01.2005 eingeführt wird und zu diesem Zeitpunkt neue Mitgliedsstaaten aufgenommen werden, verändert sich die Stimmzahl bereits mit Inkrafttreten der Bestimmung. Außer der stimmenmäßigen Mehrheit muss der zustimmende Teil der Stimmen mindestens 62% der EU-Bevölkerung und die Mehrheit der Mitgliedsstaaten repräsentieren. Damit muss im Kern eine 3-fach qualifizierte Mehrheit vorliegen. Die beiden letztgenannten Mehrheitserfordernisse sind jedoch nur auf Antrag eines Mitglieds zu prüfen.

<sup>72</sup> die vier großen Länder D., F., GB. u. I. erhalten je 29 Stimmen (vor Nizza: 10), kleine weniger, Lux. z. B. 4

<sup>73</sup> z. B. Art. 18 II EGV (Freizügigkeit der Bürger), Art. 133 V EGV (Aushandlung int. Übereinkünfte betr. Handel mit Dienstleistungen und Handelsaspekte des geistigen Eigentums), Art. 181 (wirt. Zus.arbeit mit Drittländern)

<sup>74</sup> Dem Rat wird allerdings das Recht konzediert, einstimmig zu beschließen, das Mitentscheidungsverfahren i. S. des Art. 251 EGV in denjenigen Bereichen der Sozialpolitik einzuführen, die derzeit noch der Einstimmigkeit unterliegen. Hiervon wird allerdings der Bereich der sozialen Sicherheit ausgenommen

den Völkern gelingt, sich von überlieferten Gemeinschaftsstrukturen frei zu machen und darüber hinaus eine andere, bisher unbekannte zu erfinden<sup>75</sup>. Wichtiger als die Vergangenheit ist der Traum und das Planen einer gemeinsamen Zukunft<sup>76</sup>. Hieraus ergibt sich, dass ein durch Regierungen und Rechtsprechung verwirklichtes Europa kaum Chancen auf Akzeptanz hat, jedoch die von einem gemeinsamen Zukunftsentwurf der Bürger getragene Idee die größte Überzeugungskraft hat. Vor einem solchen Hintergrund werden auch Mehrheitsentscheidungen auf eine breite Akzeptanz stoßen.

### **3.4 Begrenzte Einzelkompetenz versus allgemeine Dienstleistung**

Derzeit hat jedes Mitgliedsland der Europäischen Union sein eigenes System von sozialen Diensten. Dies ist v. a. dem bereits erwähnten Subsidiaritätsprinzip geschuldet. Verfügbarkeit und Qualität sozialer Leistungen tragen heute wesentlich zur Attraktivität eines Standorts bei und sind damit wichtige Faktoren im europäischen Wettbewerb.

Bleiben die Einzelstaaten auch weiterhin für die Ausgestaltung der sozialen Systeme verantwortlich, ist damit nicht notwendig der Erhalt hoher sozialer Standards verbunden. Im Gegenteil. Hohe Sozialtransfers („Lohnnebenkosten“) verschlechtern die Position im transnationalen Wettbewerb und führen so zu einem sich gegenseitig verstärkenden Verlust sozialer Garantien. Vor diesem Hintergrund ist eine Vereinheitlichung allgemeiner Dienstleistungen, insbesondere der sozialen Dienste in Europa mehr als wünschenswert.

## **4 Eine europäische Sozialversicherung - ein Zukunftsentwurf?**

### **4.1 Äußere und innere Finanzierung**

Soweit europäisches Gemeinschaftsrecht in dem aufgezeigten Umfang auf die Leistungen der deutschen Sozialversicherungsträger zur Anwendung kommt, müssen sie sich im Rahmen ihrer äußeren und inneren Finanzierung zwei großen Herausforderungen stellen: zum einen müssen sie ein Versicherungsangebot konzipieren, das auf dem europäischen Versicherungsmarkt konkurrenzfähig ist, um die Abwanderung von Beitragszahlern zu anderen Versicherungsunternehmen zu unterbinden und gleichzeitig neue eigene Kunden in Deutschland und im europäischen Ausland zu werben. Zum anderen müssen sie selbst ein transnationales Preis- und Nachfragebewusstsein entwickeln<sup>77</sup>, um medizinische Leistungen möglichst kostengünstig einzukaufen, um damit im europäischen Wettbewerb bestehen zu können.

---

<sup>75</sup> Ortega (1930), S. 165

<sup>76</sup> Ortega (1930), S. 187

<sup>77</sup> Terwey (2003), S. 5

## **4.2 Ablösung des Territorialprinzips**

Das deutsche Sozialrecht ist durch den Begriff der Territorialität geprägt. D. h. Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung oder der Arbeitsförderung können im Regelfall nur im Geltungsbereich des Gesetzes, also in Deutschland in Anspruch genommen werden<sup>78</sup>.

Seit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Kohll/Decker sowie zuletzt Müller-Fauré, haben die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung die Möglichkeit, ambulante und stationäre medizinische Versorgung europaweit in Anspruch zu nehmen, mit der Einschränkung, dass eine stationäre Behandlung im Regelfall einer vorherigen Genehmigung bedarf. Das Urteil zur Internetapotheke DocMorris<sup>79</sup> zeigt, dass der EuGH die Binnenmarktregeln zunehmend auch auf den Bereich der Leistungsanbieter sozialer Dienste ausweitet. Es ist damit zu rechnen, dass Patienten die neuen Rechte insbesondere auch dann in Anspruch nehmen, wenn die nationalen Gesundheitssysteme unzureichend arbeiten. In Großbritannien existieren z. B. für bestimmte Operationen jahrelange Wartezeiten, hier ist der Anreiz für eine Reise in das benachbarte Ausland groß.

## **4.3 Anpassungsdruck durch offene Koordinierung**

Die Methode der offenen Koordinierung (MOK) ist ein politisches Instrument der Gemeinschaft, das daher auch keine rechtlich Verbindlichkeit besitzt. Die Gemeinschaft hat es zu Beginn der 90er Jahre zur Koordinierung des europäischen Arbeitsmarkts entwickelt<sup>80</sup>. Im Vordergrund steht die politische Selbstbindung und damit die Vereinheitlichung der nationalen Politiken<sup>81</sup>. Spätestens seit dem Europäischen Rat in Lissabon im Jahr 2000 wird die MOK auch auf andere Politikbereiche wie Bildung, Soziales, Gesundheit und Wirtschaft angewendet. Die MOK erfolgt gewöhnlich in vier Schritten<sup>82</sup>:

1. Festlegung von Leitlinien für die zu erreichenden Ziele
2. Festlegung von Indikatoren zur Überwachung der Reformen
3. Festlegung quantitativer und qualitativer Indikatoren sowie „benchmarks“ zum Vergleich der Mitgliedsstaaten untereinander („best practice“)
4. Überprüfung und Evaluierung der Erfahrungen

Im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>83</sup> weist die Kommission darauf hin, dass bei der Evaluierung der nationalen Systeme die Vereinheitlichung der Bewertungskriterien einen Vergleich erst möglich und überhaupt sinnvoll macht. Ein solches Instrumentarium vorausgesetzt, wird der Vergleich der nationalen Sozialsysteme einen erheblichen Anpassungsdruck auf die Mitgliedsstaaten ausüben. Die makroökonomische Leistungsfähigkeit jedes Systems wird messbar, Kosten und Nutzen direkt vergleichbar<sup>84</sup>. Sinnvoll erscheint es, aufgrund dieser

---

<sup>78</sup> vgl. z. B. § 30 SGB I, § 3 SGB IV

<sup>79</sup> vgl. Fn. 63

<sup>80</sup> Ausgangspunkt war das Weißbuch „Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung“ der Europäischen Kommission aus dem Jahr 1993

<sup>81</sup> vgl. Bodewig (2003), S. 513

<sup>82</sup> vgl. Hauser (2002), S. 3 ff.

<sup>83</sup> Kommission (2003), S. 33; zur Evaluierung von Dienstleistungen siehe Kommission (2002)

<sup>84</sup> Terwey (2003), S. 6

Erkenntnisse v. a. Ineffizienzen im System abzubauen, nicht aber die direkte Vergleichbarkeit zur Absenkung der sozialen Leistungen auf das niedrigste gemeinsame Niveau zu nutzen. Terwey fordert in diesem Zusammenhang eine „soziale Nachhaltigkeit“<sup>85</sup> bei der Ableitung von Folgen aus der Evaluierung. Hierin nimmt er eine Forderung auf, die auch durch europäische Normen, wie die EU-Grundrechtecharta und die Universaldienstrichtlinie an den Gesetzgeber herangetragen werden.

#### **4.4 Anpassungsdruck durch „soziale Gleichheit“ in der Europäischen Verfassung**

Art. 21 der EU-Grundrechtecharta verbietet die Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

Das Diskriminierungsverbot ist rechtssystematisch in das Kapitel „Gleichheit“ der EU-Grundrechtecharta eingegliedert und enthält, anders als die meisten anderen Grundrechte, aufgrund seiner Formulierung einen konkreten Unterlassungsanspruch des Einzelnen.

Vorausgesetzt die EU-Grundrechtecharta erhält in Zukunft die bislang fehlende rechtliche Verbindlichkeit und erstarkt zum Vollrecht, ergibt sich insbesondere aus diesem umfassenden Diskriminierungsverbot in Verbindung mit den in Art. 34 bis 36 EU-Grundrechtecharta geregelten sozialen Rechten ein Anspruch der Bürger auf soziale Dienste.

Bieback weist darauf hin, dass die Gleichheitsrechte notwendige Voraussetzung der sozialen Rechte seien<sup>86</sup>, gleichsam Konkretisierung der grundrechtlich gebotenen Gleichheit.

Die Verwirklichung grundrechtlich gewährter Freiheits- und Gleichheitsrechte ist in vielen Fällen erst dadurch gewährleistet, dass der Staat eine entsprechende Infrastruktur zur Verfügung stellt. So ist etwa die grundrechtlich geschützte Freiheit der Berufsausbildung nur dann gewährleistet<sup>87</sup>, wenn der Staat ein ausreichendes Angebot an Studienplätzen bereithält<sup>88</sup>.

Auf den Bereich der sozialen Dienste übertragen, heißt das, dass der Staat gehalten ist, eine der Verwirklichung der sozialen Grundrechte entsprechende Infrastruktur sozialer Dienste vorzuhalten. Ob dies in Form privater oder öffentlicher Unternehmen oder durch unmittelbar von staatlichen Stellen erbrachte Leistungen geschieht, ist dabei ohne Belang.

## **5 Resümee**

Die von der Europäischen Gemeinschaft verstärkte Liberalisierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insbesondere der sozialen Dienste, ist zu begrüßen. Sie ist Schlusspunkt der Verwirklichung des Binnenmarktes der

---

<sup>85</sup> vgl. Terwey(2003), S. 7

<sup>86</sup> Bieback (2003), S. 584

<sup>87</sup> Bieback, a.a.O.

<sup>88</sup> Bundesverfassungsgericht (1972)

Gemeinschaft und zugleich Beginn eines über die wirtschaftliche Zusammenarbeit hinausgehenden Integrationsschrittes.

Zulässigkeit und Folgen der Harmonisierung der sozialen Dienste lassen sich daher nicht allein auf der Grundlage der derzeit geltenden Normen beantworten, der Frage kommt auch ein richtungsweisender politischer Gehalt zu.

Die Erfahrungen bei den netzgebundenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wie Post und Telekommunikation zeigen, dass die Liberalisierung zu einer erheblichen Preissenkung und damit zu einer Verbesserung des Versorgungsniveaus der Bevölkerung geführt hat. Ähnliches ist auch für den Bereich der sozialen Dienste zu erwarten, wenn Sozialversicherungsträger einem nationalen und europaweiten Wettbewerb ausgesetzt werden<sup>89</sup>. Wettbewerb und Privatisierung der Daseinvorsorge heißt jedoch nicht Verlust von sozialem Schutz. Eine Vielzahl von Regelungen wie Universaldienstrichtlinie oder die EU-Grundrechtecharta dienen dem Schutz sozial Schwacher. Abgebaut werden aber ineffiziente und überdimensionierte Strukturen in der öffentlichen Verwaltung und bei Sozialversicherungsträgern. Denn neben der Gewähr sozialer Teilhabe ist auch der sparsame und effiziente Umgang mit öffentlichen Geldern von Verfassungs wegen geboten.

---

<sup>89</sup> aufgrund von GATS-Bestimmungen haben auch Anbieter aus Drittländern Zugang zu bestimmten Bereichen liberalisierter Dienstleistungsmärkte. Die Kommission strebt eine Koordinierung entsprechender europäischer Regelungen mit den GATS-Bestimmungen an. vgl. auch Kommission (2003), S. 35 f.

## 6 Literatur

**Bieback, K.-J. (2003):** Die Bedeutung der sozialen Grundrechte für die Entwicklung der EU, in: Sozialrecht in Deutschland und Europa (ZFSH/SGB), Heft 10, 2003, S. 579 ff.

**Bodewig, T. (2003):** Die offene Methode der Koordinierung in der EU, der Lissabon-Prozess und der Verfassungskonvent, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 17, 2003, S. 513

**Bundesministerium der Finanzen (2000):** Freizügigkeit und soziale Sicherung in Europa, Gutachten erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, in: Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 69, Bonn, 2000

**Bundesverfassungsgericht (1972):** Urteil 1 BvL 32/70 und 25/71 vom 18.07.1972, in: Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts. Band 33, S. 303 ff. (Solange-bis-Urteil)

**Burgi, M. (2002):** Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, in: Verwaltungsarchiv, Bd. 93, 2002, S. 255 ff.

**Caesar, R. (2002):** Eine neue Aufgabenverteilung zwischen EU und Mitgliedsländern?, in: Theurl, E., Thöni, E. (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Finanzierung öffentlicher Aufgaben, Wien, 2002

**Calliess, C., Ruffert, M. (2002):** Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EUV/EGV, 2. A., Luchterhand Verlag, 2002

**Europa-Recht (2000):** Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 16. A., DTV-Verlag, 2000

**Europäischer Gerichtshof (1974):** Rechtssache 8/74 in: Sammlung 1974, 837 ff. (Dassonville)

**Europäischer Gerichtshof (1982):** Rechtssache C-238/82 in: Sammlung 1984, 523 ff. (Duphar u. a.)

**Europäischer Gerichtshof (1990):** Rechtssache C-159/90 in: Sammlung 1991, I-4685 ff. (Grogan u. a.)

**Europäischer Gerichtshof (1991):** Rechtssache C-41/90 in: Sammlung 1991, I-1979 (Klaus Höfner und Fritz Elser/Macrotron GmbH), 23.04.1991

**Europäischer Gerichtshof (1993):** Rechtssache C-159/91 und C-160/91 in: Sammlung 1993, I-637 ff. (Poucet und Pistre)

**Europäischer Gerichtshof (1995):** Rechtssache in: Sammlung 1995, I-4013 ff. (Fédération française des sociétés d'assurance)

**Europäischer Gerichtshof (1997):** Rechtssache C-55/96 in: Sammlung 1997, I-7119 ff. (Job Centre)

**Europäischer Gerichtshof (1998):** Rechtssache C-120/95 in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 1769 ff. (Nicolas Decker/Caisse de maladie des employés privés) und Rechtssache C-158/96 in Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 1771 ff. (Raymond Kohll/Union des caisses de maladie)

**Europäischer Gerichtshof (2000):** Rechtssache C-180-184/98 in: Sammlung 2000, I-6451 (Pavel Pavlov und andere/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, verbundene Rechtssachen)

**Europäischer Gerichtshof (2002a):** Urteil in der Rechtssache C-218/00 (Cisal di Battostello Veneziano & C. Sas/INAIL) vom 21.01.2002 (noch nicht in der amtlichen Sammlung)

**Europäischer Gerichtshof (2002b):** Urteil in der Rechtssache C-238/99 vom 15.10.2002 (noch nicht in der amtlichen Sammlung)

**Europäische Gerichtshof (2003a):** Urteil in der Rechtssache Mueller-Fauré vom 13.05.2003 (noch nicht in der amtlichen Sammlung)

**Europäische Gerichtshof (2003b):** Urteil in der Rechtssache Deutscher Apothekenverband e. V./ 0800 DocMorris NV und Herrn Waterval vom 11.12.2003 (noch nicht in der amtlichen Sammlung)

**EuG (2003):** Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental [FENIN]/Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 04.03.2003 (noch nicht in der amtlichen Sammlung), in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Heft 9, 2003, S. 283 ff.

**Greß, S. et al. (2003):** Europäisierung des Gesundheitswesens - Perspektiven für Deutschland, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2003

**Groeben, von der, H. et al.(2003):** Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2, Art. 81-97 EGV, 6. A., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003

**Hauser, R. (2002):** Vortrag im Rahmen der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung am 19. 2. 2002 in Berlin, Taubenstraße 42/43, durchgeführten Auftaktveranstaltung zum Aktionsprogramm zur Förderung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung der Sozialen Ausgrenzung 2002/ 2006

**Henke, K.-D. (2003):** Wie lassen sich Gemeinwohl und Wettbewerb in der Krankenversicherung miteinander verbinden? Eine nationale und europaweite Herausforderung, Diskussionspapier Technische Universität Berlin, Wirtschaftswissenschaftliche Dokumentation, Nr. 2/2003, 2003

**Henke, K.-D., Berhanu, S., Mackenthun, B. (2003):** Die Zukunft der Gemeinnützigkeit von Krankenhäusern, Diskussionspapier Technische Universität Berlin, Wirtschaftswissenschaftliche Dokumentation, Nr. 14/2003, 2003

**Knauff, M. (2003):** Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 15, 2003, S. 453 ff.

**Koenig, C., Sander, C. (2000):** Zur Vereinbarkeit des Festbetragssystems für Arzneimittel mit dem EG-Wettbewerbsrecht, in WuW 10/2000, S. 975-987

**Kopp, F., Schenke, R.(2000):** Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 12. A., München, 2000

**Kopp, F., Ramsauer, U.(2003):** Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. A., München, 2003

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften (1996):** Mitteilungen über Leistungen der Daseinsvorsoger in Europa, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1996, Nr. C 281, S. 3 ff. und Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2001, Nr. C 17 , S. 4 ff.

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2001):** Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, KOM(2001) 598 vom 17.10.2001

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2002):** Mitteilung der Kommission - Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM(2002) 331 vom 18.06.2002

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2003):** Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endgültig vom 21.05.2003

**Marhold, F. (2001):** Auswirkungen des europäischen Wirtschaftsrechts auf die Sozialversicherung, in: Theurl, E. (Hrsg.), Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende. Analysen und Perspektiven, Heidelberg, 2001

**Ortega y Gasset, J. (1930):** Der Aufstand der Massen, Neuauflage, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1993

**Sartorius (2003):** Sartorius II, Textsammlung Internationale Verträge, Europarecht, Verlag C. H. Beck, München, Stand 01.04.2003

**Schmitt Glaeser, W. (1993):** Verwaltungsprozeßrecht: Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung, 12. A., Boorberg Verlag, Stuttgart, 1993

**Schröder, M. (2002):** Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung, in: Juristen Zeitung, 57. Jg., Heft 18, 2002, S. 849 ff.

**Schulte, B. (2000):** Neuere Entwicklungen des Europäischen Sozialrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, in: Bayerische Verwaltungsblätter, 12/2000, S. 362 ff.

**Schulte, B. (2001a):** Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitswesen, Teil 1: Bestandsaufnahme, in: Arbeit und Sozialpolitik, 55. Jg., 7-8/2001, S. 36-49

**Schulte, B. (2001b):** EG-rechtliche Rahmenbedingungen für nationale Sozialpolitik, in: Schmähl, W. (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen einer nationalen Sozialpolitik in der Europäischen Union, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Band 281, Berlin 2001, S. 34 ff.

**Schulte, B. (2002):** Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitswesen, Teil 2: Perspektiven, in: Arbeit und Sozialpolitik, 56. Jg., 1-2/2002, S. 43-57

**Stelzer, D. (2000):** Die „personalen“ Anwendungsbereiche des deutschen und des europäischen primären Wettbewerbsrechts für die Krankenkassen in der GKV in „institutioneller“ und „funktionaler“ Hinsicht, in: Die Sozialversicherung, Juli 2000, S. 169 ff.

**Storr, S. (2002):** Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse - Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste - in: Die öffentliche Verwaltung, 55. Jg. Heft 9, 2002, S. 357 ff.

**Terwey, F. (2003):** Aktuelle Entwicklungen in der europäischen Sozialpolitik, Redebeitrag zur Mitgliederversammlung des Verbands Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR), Stuttgart, 13.05.2003

**Universaldienstrichtlinie (2002):** Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, L 108, S. 51

**Weiß, W. (2002):** Privatisierung und Staatsaufgaben, Mohr Verlag, 2002

**Weiß, W. (2003):** Öffentliche Unternehmen und EGV, in: Europarecht, 38. Jg., Heft 2, 2003, S. 165 ff.

Über den Autor:

Der Autor ist Volljurist und forschend insbesondere im Bereich der künftigen Entwicklung der öffentlichen Dienste in Deutschland und Europa tätig.

Kontakt: [axelsteinbach@hotmail.com](mailto:axelsteinbach@hotmail.com)