

DEUTSCHE SOZIALVERSICHERUNG
EUROPAVERTRETUNG

MAISON EUROPÉENNE DE LA PROTECTION SOCIALE

Rue d'Arlon 50 B-1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 230.75.22

Telefax: +32 2 230.77.73

E-Mail: dsv@esip.org

www.deutsche-sozialversicherung.de



**Sozialversicherung
als „soziale Dienstleistung“ im Binnenmarkt:
kein angemessenes Konzept für Europa**

**Gemeinsame Stellungnahme
der Spitzenorganisationen
der Deutschen Sozialversicherung**

vorgelegt im April 2005

**Sozialversicherung
als „soziale Dienstleistung“ im Binnenmarkt:
kein angemessenes Konzept für Europa**

Gemeinsame Stellungnahme

*der Spitzenorganisationen
der Deutschen Sozialversicherung*

vorgelegt im April 2005

Zusammenfassung:

**Verlust sozialer Zielsetzungen als Folge einer europäischen Marktintegration der
Sozialversicherung**

- Die Wahrung und Nutzung des europarechtlichen Prinzips der Subsidiarität auf dem Gebiet der Sozialen Sicherheit erfordert eine grundsätzliche Neujustierung des Verhältnisses mitgliedstaatlicher Souveränität in Fragen der Sozial- und Gesellschaftspolitik einerseits und europarechtlicher Dominanz der Marktorientierung aller gesellschaftlichen Bereiche andererseits. Die Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung wollen hiermit eine solche Diskussion anstoßen.
- Die Rolle des europäischen Rechts bei der Gestaltung der Zukunft Europas reduziert sich in den letzten Jahren immer mehr auf eine rein marktorientierte/wirtschaftliche Betrachtung aller Bereiche des gesellschaftlichen Lebens. Eines der Hauptanliegen der europäischen Rechtsentwicklung ist dabei die radikale Marktöffnung bisher in öffentlicher Regie erledigter Aufgaben.
- Damit wird zugleich Versuchen interessierter Kreise der Weg bereitet, die Sozialversicherung unabhängig von einem eventuellen Mehrwert oder sogar unter Inkaufnahme zusätzlicher Belastungen für die Betroffenen zu **liberalisieren** und letztlich zu **privatisieren**.

- Die Sozialversicherung als solche wird bislang in wesentlichen Teilen nicht als wirtschaftlich-unternehmerische Aktivität betrachtet. Die nicht zuletzt auch vom Europäischen Gerichtshof geförderte Dynamik eines europarechtlichen Verständnisses vom „**unternehmerischen Handeln**“ erfasst jedoch prinzipiell sämtliche öffentliche Sektoren – bis hin zu hoheitlichen Tätigkeiten.
- Zugleich hat der Europäische Gerichtshof – gestützt auf die im EG-Vertrag verankerte Dienstleistungsfreiheit – eine Rechtsentwicklung eingeleitet, die gerade solche öffentlichen Sektoren dem freien **Markt öffnet**, die bislang (noch) als „nichtwirtschaftlich“ gelten. Damit wird die im EG-Vertrag verankerte Kompetenzordnung gezielt unterlaufen. Auch die künftige Europäische Verfassung beschränkt die europäische Regelungsbefugnis auf solche Leistungen von allgemeinem Interesse, die „wirtschaftlicher“ Natur sind.
- Die „grobe Linie“ der marktorientierten Rechtsentwicklung wird flankiert durch entsprechende rechtsschöpfende Ausdehnungen von **Spezialgebieten des europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts**. Hierbei handelt es sich zur Zeit vor allem um Entwicklungen auf den Feldern des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe, des Beihilferechts und der Dienstleistungsfreiheit.
- Die Pflicht zur **Auftragsvergabe** wird systematisch auf solche Aufgaben ausgedehnt, welche die öffentliche Hand bisher in Eigenregie erledigt hat. Auch hier ist es die Rechtsprechung des EuGH, die - in zum Teil eigenwilliger Auslegung der europäischen Vergaberichtlinien - eine Marktöffnung letztlich auch dort erzwingt, wo es die Mitgliedstaaten nicht vorgesehen haben. Die Kommission geht noch ein Stück weiter und möchte selbst reine „In-house-Leistungserbringer“ in den allgemeinen Wettbewerb einbeziehen. In letzter Konsequenz führt dies dazu, dass eine öffentliche Einrichtung sich am Markt bewerben muss, wenn sie die ihr obliegenden Aufgaben selbst erledigen will. Zugleich zwingt die Rechtsprechung öffentliche Auftraggeber dazu, Unteraufträge ihrerseits in einem formellen Ausschreibungsverfahren zu vergeben. Dies benachteiligt öffentliche Unternehmen systematisch gegenüber privaten Anbietern.
- Auch das europarechtliche **Beihilfeverbot** wird sukzessive derart ausgebaut, dass bislang (und traditionell) in öffentlicher Regie erbrachte Leistungen privatisiert werden. Ein öffentlicher Träger muss, wenn er am Markt öffentliche Leistungen erbringt, wie ein privates Unternehmen handeln. Das zwingt ihn vor allem, sein Handeln mit einer

Gewinnerzielungsabsicht zu verbinden, denn der Verzicht auf einen marktüblichen Gewinn stellt eine Beihilfe dar. Die Erzielung eines marktüblichen Gewinns wird aber oft schon daran scheitern, dass eine öffentliche Einrichtung Unteraufträge in einem formalen Verfahren vergeben muss und hierdurch zusätzliche Kosten entstehen, die private Mitbewerber nicht tragen müssen. Damit befindet sich die öffentliche Hand europarechtlich in einer Situation, die sie aus dem Markt drängt.

- Diese Konsequenz ist kommissionsseitig durchaus gewollt. Im Rahmen des EU-Konzepts zu „**öffentlich-privaten Partnerschaften**“ ist dem Staat ein verändertes Rollenverständnis zugedacht: Er nimmt Abstand von seiner Funktion als direkter Akteur und reduziert seine Aufgaben auf Organisation, Regulierung und Controlling.
- Bestätigt und beschleunigt wird dieser Trend durch die aktuelle Debatte über die Zukunft der **Daseinsvorsorge**. In diesem Zusammenhang wurde von der Kommission ein Konzept für „soziale und gesundheitliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (social services) entwickelt, welches behauptet, bei voller Berücksichtigung der Ziele der Sozialpolitik ließen sich prinzipiell alle sozialen Leistungen von kommerziellen Unternehmen in einem europaweiten bzw. globalen Wettbewerb erbringen. Bezogen auf die Sozialversicherung würde dies bedeuten, die Pflichtversicherung durch eine Versicherungspflicht zu ersetzen, was im Übrigen ganz auf der Linie des EuGH in der Rechtssache „Freskot“ liegen würde.
- Auch die europäische **Dienstleistungsfreiheit** soll der autonomen Gestaltung sozialer Dienstleistungen deutliche Grenzen setzen. Eigenschaften des Leistungsgegenstands, Qualitätsstandards und Haftungsfragen werden bei Bedarf noch öffentlich geregelt, im Interesse des Binnenmarkts allerdings nicht auf nationaler Ebene, sondern durch EU-Vorschriften.

Andererseits hat die Dienstleistungsfreiheit der Patientenmobilität wesentliche Impulse verliehen. Der Zuwachs an Rechten und Möglichkeiten erfordert allerdings eine erhöhte Verantwortung aller Beteiligten, um Qualitätsstandards und Preise zu kontrollieren. Die jüngste EU-Gesetzesinitiative zu „Dienstleistungen im Binnenmarkt“ zielt dagegen auf eine angebotsseitige Verbesserung der Marktzugänge. Hier wird vor allem dafür Sorge zu tragen sein, dass die bewährten kostendämpfenden qualitätssichernden Steuerungselemente erhalten bleiben.

- Sozialschutz, Soziale Sicherheit und öffentliche Gesundheit sind keine am Markt handelbaren Wirtschaftsgüter, denen - wenn überhaupt - Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden, sondern sie sind selbst Ausdruck und Sinnbild des Gemeinwohls. Das marktorientierte Konzept sozialer Dienste würde zu einer **Erosion der „Ziele der Sozialpolitik“** beitragen, verbunden mit einem **Verlust an demokratischen Steuerungsmöglichkeiten**. Es geht daher nicht nur um die Art und Weise der Organisation (marktnah oder marktfern), sondern letztlich um den Inhalt und Umfang des öffentlich gewährleisteten Sozialschutzes. Die Wahl der einzusetzenden Mittel ist im Hinblick auf die verfolgten Ziele der Sozialpolitik keineswegs neutral.

0. Hintergrund

Nach dem EG-Vertrag liegt es in der alleinigen Kompetenz der Mitgliedstaaten, ihre Sozialschutz- und Gesundheitssysteme auszugestalten. Auch der europäische Verfassungsvertrag sieht hier keine explizite Änderung der nationalen Zuständigkeiten vor. Wegen der unstreitig gegebenen Wechselbeziehungen mit verschiedenen Sphären des Wirtschaftslebens geht jedoch die Europäisierung bzw. Globalisierung der Wirtschaft auch an der Sozialversicherung nicht spurlos vorüber.

Bis zu einem gewissen Grad ist dies mit dem Fortschreiten des europäischen Integrationsprozesses unvermeidbar. In den letzten Monaten lassen sich jedoch verstärkte Aktivitäten auf EU-Ebene beobachten, die - durchaus angetrieben von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - nicht nur eine schleichende, sondern im Falle ihres Erfolges eine galoppierende substanzielle Aushöhlung der Kompetenz der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihres Sozialschutzes zur Folge haben würden. Es ist insbesondere das Konzept der **„Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“** bzw. „Leistungen der Daseinsvorsorge“, mit dem auf europäischer Ebene auch solche Leistungen dem europäischen Wirtschaftsrecht unterworfen werden sollen, die bisher noch nicht durch besondere gemeinschaftliche Rechtsakte dem grenzüberschreitenden Wettbewerb geöffnet wurden. In dieses Bild würde sich auch der zukünftige Art. III-122 des Europäischen Verfassungsvertrags einfügen, der die Kompetenzen Europas bei der Gestaltung der Grundzüge und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse stärkt. Zu den Diensten sollen nun offenbar auch Sozialversicherungen einschließlich ihrer Vorsorge- bzw. Versicherungsfunktion zählen¹.

In der Debatte um die Zukunft der Daseinsvorsorge laufen etliche andere - auch ältere - Stränge europäischer Rechts- und Politikentwicklung zusammen. Daher bewegt sich die Debatte nicht im luftleeren Raum, sondern wurde durch eine Reihe von Trends vorweggenommen, die auf Feldern stattfinden, für die Europa eindeutig eine Kompetenz besitzt. Dennoch war die nun eingeschlagene Bewegungsrichtung hin zu einem rein marktorientierten „Europäischen Gesellschafts- und Sozialmodell“ nicht von vornherein absehbar. Die weiteren Schritte sollten daher nicht ohne bewusste politische Entscheidung unter Berücksichtigung der damit verbundenen Konsequenzen erfolgen.

¹ Grünbuch der Europäischen Kommission "Zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" vom 21. Mai 2003, KOM (2004)270 endg.; Weißbuch der EU-Kommission zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“; KOM (2004) 374 endg. v. 12. 5. 2004; „Fragebogen der Europäischen Kommission zu Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“; „Background Document Legal Framework“:

Die Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung beschränken sich in der folgenden Stellungnahme daher auch nicht darauf, alle Beteiligten an den Umfang und die Schranken ihrer Kompetenzen und Zuständigkeiten zu erinnern. Es geht vielmehr darum, sich der Konturen und Tragweite der anstehenden Entscheidungen bewusst zu werden, vor allem aber darum, die Handlungsoptionen aufzuzeigen, soweit sie durch die Instrumente des Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts gesteuert werden.

1. **Wirtschaftliche Betätigung und Unternehmenseigenschaft als Einfallstor für das europäische Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht**

Bezogen auf den Sozialschutz hat der Europäische Gerichtshof wiederholt bestätigt, dass öffentliche Träger der Sozialversicherung **keine „Unternehmen“** im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts sind. Zuletzt geschah dies im sogenannten „Festbetragsurteil“ vom 16.03.2004²; dort hat das Gericht festgestellt, dass die gesetzlichen Krankenkassen und deren Verbände bei der Festsetzung von Arzneimittel-Festbeträgen keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und damit keine Unternehmen sind, so dass auch das europäische Kartellrecht nicht zur Anwendung kommt.

Aus denselben Erwägungen, die den wirtschaftlichen Charakter einer Betätigung ausschließen, verbietet es sich auch, das Resultat dieser Aktivitäten als marktgängiges Produkt im Sinne der europäischen Grundfreiheiten zu beurteilen, etwa als **„Dienstleistung“**³.

Dessen ungeachtet wird die Unterscheidung zwischen **„wirtschaftlichen“** und **„nichtwirtschaftlichen“** Leistungen immer umstrittener und ihr Sinn im Rahmen der Diskussion über die Zukunft der Daseinsvorsorge teilweise schon offen in Frage gestellt. Das Problem jeder trennscharfen, aber bis auf weiteres noch unverzichtbaren Unterscheidung ist bereits in der allgemein akzeptierten Formel enthalten, wonach „wirtschaftlich“ jede Tätigkeit ist, die darin besteht, „Güter oder Dienstleistungen in einem gegebenen Markt anzubieten“. Oft wird sogar pauschal jeder Einkauf von Gütern als wirtschaftliche und damit unternehmerische Tätigkeit angesehen; auch nach einer Entscheidung des Gerichts Erster Instanz⁴ sind die diesbezüglichen Meinungsverschiedenheiten längst noch nicht beigelegt. Es bleibt dann nur noch die Frage, unter welchem Blickwinkel darüber entschieden wird, **ob ein Markt „gegeben“ ist**: einem nationalen oder einem europäischen. Entsprechend dem von der Kommission – und latent auch vom Europäischen Gerichtshof – vertretenen „dynamischen Ansatz“ ist ein globa-

² EuGH, Urteil vom 16.03.2004 („AOK -Bundesverband“) in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

³ EuGH, Urteil vom 22. 5. 2003, Rs. C-355/00 (Freskot“)

⁴ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 4. März 2003, Rs. T-319/99 („Fenin“),

ler Blickwinkel ausschlaggebend: Den Ausschlag gibt, ob eine bestimmte Tätigkeit „zumindest im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“. Dabei kommt es nach Auffassung der Kommission⁵ nicht einmal auf die Finanzierung an: Selbst wenn vom Nutzer überhaupt kein Entgelt bzw. Gebühr zu zahlen sei, weil der Leistungserbringer von der öffentlichen Hand entschädigt werde, könne eine wirtschaftliche Betätigung vorliegen. Auf diese Weise lasse sich unternehmerische Tätigkeit mit dem Solidaritätsgedanken verbinden.

Entsprechend diesem europäischen Gesellschaftsverständnis, welches als „wirtschaftlich“ und „unternehmerisch“ jede Aktivität ansieht, die am Markt stattfinden könnte, wird das auf Marktintegration und Handelserleichterung ausgerichtete globale Umfeld hierbei in immer weiteren Sektoren eine prinzipielle Organisierbarkeit durch den Markt unterstellen. Ganz in diesem Sinne hat die Kommission wiederholt – zuletzt im Grünbuch zur Daseinsvorsorge⁶ – betont, dass „die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten dynamische, veränderliche Züge trägt, wobei in den vergangenen Jahrzehnten die Zahl der Tätigkeiten, die wirtschaftliche Bedeutung erlangt haben, immer weiter angewachsen ist“.

Den Spitzenverbänden der deutschen Sozialversicherung ist bewusst, dass es nicht nur der von ihnen repräsentierte Bereich ist, der von den geschilderten Entwicklungen betroffen ist, sondern dass diese Aktivitäten Teil eines größeren Problems sind. Daher erscheint ein auf die Sozialversicherung beschränkter, sektorenspezifischer Lösungsansatz nicht ausreichend. Die beste und in sich stimmigste Lösung ist an dieser Stelle eine grundlegende Überarbeitung des europarechtlichen Verständnisses der Grenzen zwischen „marktbezogener“, „wirtschaftlicher“ bzw. „unternehmerischer“ Aktivität unter unbestrittener Geltung europäischen wirtschaftspolitischen Ordnungsrechts einerseits und solchen Aktivitäten andererseits, die wegen ihres allgemeinen gesellschaftlichen Bezugs bei gleichzeitiger Abwesenheit privatnütziger Gewinnerzielung dem ausschließlichen Gestaltungsermessen der Mitgliedstaaten unterliegen. Dies impliziert in den nicht liberalisierten Sektoren eine **Neujustierung des Unternehmensbegriffs**. Als wirtschaftliche Aktivitäten würden nach diesem neuen Verständnis nur noch solche gelten, die am Markt mit privater Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden. Tätigkeiten dagegen, die einem gesetzlich definierten Auftrag entsprechen, überwiegend aus öffentlichen Mitteln einschließlich Sozialabgaben finanziert werden und die nicht mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, wären jedenfalls nicht im Sinne europäischen Rechts als unternehme-

⁵ Europäische Kommission GD Wettbewerb, Staatliche Beihilfen und Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen, – Non-Paper – 12. 11. 2002, RdNr. 79.

⁶ KOM(2003)270 endg. vom 21. 5. 2003.

risch bzw. wirtschaftlich anzusehen. Entsprechendes gilt für die Beurteilung einer Tätigkeit als (wirtschaftliche) „Dienstleistung“ im Sinne des EG -Vertrags. Eine solche Definition ließe die Kompetenz jedes einzelnen Mitgliedstaats unberührt, in seinem Verantwortungsbereich weitergehende Liberalisierungsmaßnahmen zu treffen.

2. Vorgaben des EuGH für eine marktkonforme Reorganisation öffentlicher Sektoren

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2003⁷ verfolgt der EuGH einen verglichen mit seiner bisherigen Rechtsprechung vollständig neuen Ansatz. Die Frage der Zulässigkeit eines (Sozial-) Versicherungs-„monopols“ wird formal nicht mehr am Maßstab des Wettbewerbsrechts geprüft, sondern am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit⁸. Hierbei werden – und das ist das Neue – der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit gleich zwei Hürden entgegengesetzt. In einem ersten Schritt wird gefragt, ob es sich bei der umstrittenen Versicherung um eine „Dienstleistung“ im Sinne des EG -Vertrags handelt. Diese Frage wird verneint, wobei die Argumente hierfür aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache „*Poucet-Pistre*“⁹ weitgehend schon vertraut sind, auch wenn diese sich im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts bewegte. In einem zweiten Schritt wird nun aber zusätzlich hinterfragt, ob die „Einrichtung des Pflichtversicherungssystems als solche“ ein Hindernis für die freie Erbringung von Dienstleistungen darstellen kann. Im Kern geht es darum, ob man diese Systeme nicht auch anders, d.h. **marktkonformer hätte ausgestalten können** – und müssen.

Dabei ist es dem EuGH durchaus bewusst, dass nicht unbedingt immer alle durch die Pflichtversicherung abgedeckten Risiken auch bei privaten Versicherungsgesellschaften versichert werden können, da die Rentabilität eines solchen Versicherungsabschlusses zweifelhaft sein könnte. Auf der anderen Seite könne sich jedoch herausstellen, dass das System auch „versicherbare Risiken“ erfasse; in diesem Fall und insoweit könne es ein Hindernis für die freie Dienstleistungserbringung darstellen, welches dann nur durch einen im Allgemeininteresse liegenden zwingenden Grund zu rechtfertigen sei. Die Rechtfertigung sei am Maßstab der mit dem System verfolgten „sozialpolitischen Ziele“ zu beurteilen, etwa dem Anliegen eines all-

⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache „Freskot“ (C -355/00)

⁸ Dass die Vertragskonformität hier am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit geprüft wurde, dürfte eher Zufall sein; ebenso gut hätte sich der Ansatz angeboten, als Maßstab eine mögliche „Beschränkung des Wettbewerbs“ heranzuziehen, vgl. EuGH, Urt. v. 19. Februar 2002, Rs. C-309/99 („Wouters“), Rz. 86, wobei in diesem Fall die kartellrechtliche Ausgangskonstellation eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverstoßes präjudizierte.

⁹ EuGH, Urt. v. 17. 2. 1993, Rs. Poucet u.a. ./ . Assurance générale de France, C-159/91 und 169/91

gemeinen, „angemessenen“ Versicherungsschutzes zu einheitlichen Beiträgen, deren Höhe von dem individuellen Risiko unabhängig ist. Auch dann jedoch müsse der „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ gewahrt sein. In diesem Zusammenhang hinterfragt der EuGH insbesondere den Umfang des Versicherungsschutzes, oder mit anderen Worten, ob nicht auch ein geringeres Schutzniveau genügen würde. So deutet das Gericht etwa an, dass die Pflichtversicherung, um verhältnismäßig zu sein, nur eine „Mindestdeckung“ bieten und somit einer ergänzenden privaten Deckung Raum lassen sollte. Weiterhin sei, so der EuGH, im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen, ob die Finanzierung des Systems und damit die Erfüllung seiner im wesentlichen sozialen Aufgaben gefährdet wäre, wenn es den Betroffenen gestattet würde, sich bei privaten Versicherern gegen bestimmte durch die Pflichtversicherung gedeckte Risiken zu versichern und im entsprechenden Verhältnis von der Zahlung der Abgabe befreit zu werden. Der durch Art. 86 des EG-Vertrags erzeugte Rechtfertigungszwang für marktbezogene Leistungen der Daseinsvorsorge wird auf diese Weise „am Vertrag vorbei“ auf alle öffentlichen Leistungen von allgemeinem Interesse erstreckt, und zwar gänzlich unabhängig von ihrem „wirtschaftlichen Charakter“.

Das angesprochene Urteil des EuGH in der Rechtssache „Freskot“ hat noch nicht explizit ein klassisches System der Sozialen Sicherheit ins Visier genommen, sondern vielmehr die Frage, ob es sich im vorliegenden Fall um ein solches handele, offen gelassen, weil sie am Ergebnis ohnehin nichts ändere. Das Gericht hat jedoch zu erkennen gegeben, dass die europäischen Grundfreiheiten unter gewissen Voraussetzungen einer marktfernen Organisation von öffentlichen bzw. gemeinwohlorientierten Leistungen entgegenstehen können, unabhängig davon, ob man sie als „Soziale Sicherheit“ qualifiziert oder nicht. Bedauerlicherweise relativiert sich auf diesem Wege die bisherige Rechtsprechung, wonach die Sozialversicherung wegen ihres solidarischen Charakters als solche nicht dem europäischen Marktrecht unterliegt. Denn nunmehr wird die Frage gestellt werden, ob die Sozialversicherung nicht derart hätte organisiert werden müssen, dass sie dem Marktrecht unterliegt. Es wird dann nicht mehr der Nachweis genügen, dass die Sozialversicherungsträger keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und damit weder „Dienstleistungserbringer“ noch „Unternehmen“ sind, sondern es wird möglicherweise in einem weiteren Schritt geprüft werden müssen, ob man nicht die Pflichtversicherung vollständig oder zumindest teilweise durch eine Versicherungspflicht mit Zulassung von Wettbewerb durch kommerzielle Anbieter ersetzen könnte, ohne dass dadurch die „Ziele der Sozialpolitik“ („unverhältnismäßig“?) beeinträchtigt werden.

3. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

Auch mit Hilfe des europäischen öffentlichen Vergaberechts sollen bisher in öffentlicher Regie durchgeführte Arbeiten liberalisiert und dem grenzüberschreitenden Markt geöffnet werden. Dies kommt zunächst in den äußerst restriktiven Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs an die Zulässigkeit einer **Übertragung öffentlicher Aufgaben** an externe, gleichwohl aber von der **öffentlichen Hand wesentlich mitgetragene Einrichtungen** zum Ausdruck. Schon in seiner Entscheidung „Teckal“¹⁰ hat der Europäische Gerichtshof an die Zulässigkeit einer vergabefreien Auftragserteilung an eine vom Auftraggeber rechtlich getrennten Einheit („In-house-Beauftragung“) harte Anforderungen gestellt: Der öffentliche Auftraggeber muss über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über eine eigene Dienststelle, und diese Einrichtung muss ihre Tätigkeiten größtenteils für jene öffentliche Stelle oder Stellen verrichten, die ihre Anteile innehaben. Diese Ausnahme ist nach der jüngsten einschlägigen Entscheidung des EuGH¹¹ jedoch nicht auf Vereinbarungen zwischen getrennten Verwaltungen (verschiedener öffentlicher Träger) übertragbar; hier besteht prinzipiell Vergabepflicht. Auch schließt nach einer weiteren aktuellen Entscheidung des EuGH¹² jede noch so geringe Beteiligung privaten Kapitals an der beauftragten Einrichtung ein vergabefreies „Inhouse-Geschäft“ aus. Selbst Kooperationen von öffentlichen Trägern ohne jegliche Beteiligung privaten Kapitals werden nun von der Kommission unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten vor dem EuGH angegriffen (Fall „Hinte“ – kommunale Zweckverbände). Dass es dabei um die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht, ändert nichts am Ergebnis. Sogar die unmittelbare Vorbereitung und Ausübung hoheitlicher Rechte (hier: Enteignung) wird inzwischen von der Kommission als eine vergabepflichtige Tätigkeit angesehen, selbst wenn die auf diese Weise erzeugten Regeln und Entscheidungen staatliche Regeln und Entscheidungen bleiben und damit als solche nicht am Maßstab der für die Unternehmen geltenden Bestimmungen des EG-Vertrags gemessen werden¹³.

Schließlich wird den öffentlichen Einrichtungen zunehmend auch die Befugnis abgesprochen, die ihnen obliegenden Aufgaben in **eigener Regie** bzw. durch Rückgriff auf eigene personelle und sachliche Ressourcen zu erfüllen. Zwar hatte sogar die Generaldirektion „Wettbewerb“ der Europäischen Kommission noch im Jahr 2002 den Mitgliedstaaten das Recht zugesprochen, in den noch nicht liberalisierten Sektoren selbst zu entscheiden, in welcher Form eine gemeinwirtschaftliche Leistung erbracht wird, d.h. ob der Staat die Versorgung sicherstellt

¹⁰ EuGH, Urt. v. 18. November 1999, Rs. C-107/98.

¹¹ EuGH, Urt. v. 13. Januar 2005, Rs. C-84/03 („Kommission gg. Spanien“).

¹² EuGH, Urt. v. 11. Januar 2005, Rs. C-26/03. („Stadt Halle“).

¹³ EuGH, Urt. v. 19. Februar 2002, Rs. C-309/99 („Wouters“), Rz. 68.

oder die Aufgabe öffentlichen oder privaten Unternehmen überträgt“¹⁴. Jedoch schon im Weißbuch „Daseinsvorsorge“ hat die EU-Kommission ihrer Überzeugung Ausdruck verliehen, wonach "Inhouse"-Leistungserbringer, z. B. Eigeneinrichtungen, im europäischen Wettbewerb nicht anders zu behandeln sind als jedes andere beliebige Unternehmen. Damit gibt sie ihren Willen kund, das Terrain der in öffentlicher Eigenregie ausgeübten Befugnisse der EU-Mitgliedstaaten weiter einzugrenzen. Im Kern besagt die Hypothese der Kommission, dass öffentliche Stellen die ihnen obliegenden Aufgaben nicht mehr selbst erledigen dürfen, sondern „outsourcen“ und transparent vergeben müssen. Sie dürfen sich dann zwar durchaus um ihren eigenen Auftrag bewerben, dies aber in einem „diskriminierungsfreien Wettbewerb“ mit anderen Anbietern. Denn ganz im Einklang mit dem funktionalen Unternehmensbegriff kann es nicht mehr darauf ankommen, ob ein öffentlicher Träger bestimmte Arbeiten selbst erledigt oder diese von einer von ihm kontrollierten Einrichtung erledigen lässt: In jedem Fall läge eine wirtschaftliche Tätigkeit vor, die nicht nur im Markt erbracht werden „kann“, sondern auch „muss“:

Auch mit dem Grünbuch "zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen"¹⁵ vom 30.04.2004 versucht die EU-Kommission, bisher noch nicht vom Vergaberecht erfasste Kooperationen (Dienstleistungskonzessionen oder institutionalisierte Zusammenarbeit) dem Zwang zur öffentlichen und vor allem grenzüberschreitenden Ausschreibung zu unterwerfen.

Auf der anderen Seite gilt seit einer jüngeren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs¹⁶ ein „Sonderrecht“ für öffentliche Einrichtungen, die sich dem Wettbewerb stellen und in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren den Zuschlag erhalten. Anders als ihre kommerziellen Mitbewerber können sie Unteraufträge nicht frei vergeben, sondern müssen diese ihrerseits ausschreiben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sie über eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Rechtsform verfügen¹⁷. Diese Rechtslage wird das im Wettbewerb abzugebende Angebot eines potentiellen öffentlichen Auftragnehmers in vielen Fällen verteuern und stellt die öffentliche Hand vor ein unauflösbares Dilemma: Sie muss sich einerseits verhalten wie ein privater Investor mit einer üblichen Gewinnerwartung (s. unten Ziff. 4), andererseits aber als öffentlicher Auftraggeber kostenträchtige Verfahren einhalten, an die ein privates Unternehmen – wenn es überhaupt einen Unterauftrag „ausschreibt“ –

¹⁴ Europäische Kommission GD Wettbewerb, Staatliche Beihilfen und Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen, – Non-Paper – 12. 11. 2002, RdNr. 67.

¹⁵ Grünbuch der EU-Kommission "zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen", KOM(2004) 327 endg. vom 30.04.2004

¹⁶ EuGH, Urt. v. 18. 11. 2004, Rs. C-126/03

¹⁷ EuGH, Urt. v. 13. 01. 2005, Rs. C-84/03 („Stadt Halle“).

nicht gebunden wäre. Dieser Widerspruch ließe sich letztlich nur durch eine konsequente Privatisierung auflösen, d.h. durch Aufgabe der öffentlichen Beteiligung an einem *Unternehmen*.

Die Alternative zu einer solchen Privatisierung bestünde in einer konsequenten Konzentration öffentlicher Aufgaben auf den Zentralstaat, vergleichbar einer „Fusion“ privater Firmen. Dazwischen lässt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kaum noch Raum. Damit wird ein weiteres Mal die Souveränität der Mitgliedstaaten verletzt, über die Organisation der Erledigung öffentlicher Aufgaben unter Nutzung demokratischer Strukturen selbst zu entscheiden. Organisation von öffentlicher Verwaltung, Zuweisung von Aufgaben und Verantwortungen und Kooperationen öffentlicher Träger und Verwaltungen sind keine Themen, für die Europa eine Kompetenz besitzt oder sich aneignen sollte.

4. Dienstleistungsfreiheit und Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie

Mit der Vorlage eines Richtlinienvorschlags zu „Dienstleistungen im Binnenmarkt“¹⁸ verfolgt die EU-Kommission eine weitere Vertiefung des Binnenmarktes, die vor allem eine Deregulierung der bisherigen nationalen Regeln über Berufszugang und -ausübung bis hin zu Qualitätsstandards verfolgt. Die eingesetzten Instrumente sind insbesondere die gegenseitige Anerkennung von Standards (Herkunftslandprinzip), die Harmonisierung auf einem extrem niedrigen Niveau sowie das Vertrauen auf eine Selbstregulierung der Wirtschaft. Bezeichnend ist, dass nun auch Kommissionspräsident Barroso die Dienstleistungsrichtlinie als ein Instrument zur „**Liberalisierung**“ von Dienstleistungen betrachtet, d.h. zur Marktöffnung. Damit wird - entgegen früheren Verlautbarungen - zwangsläufig auch die Frage nach der Berechtigung sogenannter „Staatsmonopole“ wiederbelebt.

Unabhängig davon gehen die Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung davon aus, dass die **mengenbezogenen Steuerungselemente** bei der Zulassung von medizinischen Dienstleistungserbringern zur Behandlung von Patienten auf Kosten der Sozialversicherungsträger von den vorgesehenen Erweiterungen der Dienstleistungsfreiheit unberührt bleiben und weiterhin zulässig sind. Ziel sollte sein, die Ausgabenseite steuerbar zu halten, um eine zusätzliche Beitragsbelastung von Versicherten und Wirtschaft zu vermeiden. Auch kann sich aus verschiedenen Gründen die Notwendigkeit einer Einschränkung der ärztlichen Wahlfreiheit ergeben, die ebenfalls von der Ausweitung der Dienstleistungsfreiheit nicht berührt werden darf. Vor allem die im Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie enthaltene „Graue Liste“

¹⁸ Richtlinienvorschlag der EU-Kommission über „Dienstleistungen im Binnenmarkt“, KOM(2004) 2 endg. vom 13.1.2004

der „zu prüfenden Anforderungen“ birgt una bsehbare Risiken für die genannten Steuerungs-instrumente. Dies gilt um so mehr, als nicht nur die bereits vorhandenen Anforderungen einem ständigen „screening“ durch die EU -Kommission unterzogen werden, sondern neue Anforderungen dieser Art nur noch durch „geänderte Umstände“ gerechtfertigt werden können.

Im Übrigen ist im Zusammenhang mit den anstehenden Richtlinien zu Dienstleistungen im Binnenmarkt sowie zur Berufsanerkennung dafür Sorge zu tragen, dass

- zum Schutze der Versicherten eine Meldepflicht für Dienstleistungsausübung im Gesundheitsbereich für Leistungserbringer aus anderen EU-Mitgliedstaaten eingeführt wird,
- Genehmigungsanforderungen für die Ausübung von Tätigkeiten gestellt werden können, die von der öffentlichen Hand und insbesondere einem Sozialversicherungsträger finanziert werden,
- auch das Anliegen einer finanziellen Stabilität öffentlicher Leistungen als zwingender Grund des Allgemeininteresses für eine Ausnahme vom Grundsatz der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit anerkannt wird,
- eine rechtssichere Abgrenzung zwischen der vorübergehenden Dienstleistungsausübung und der Niederlassung getroffen wird, z. B. durch eine Befristung der Dienstleistungsausübung auf 16 Wochen,
- die Abgrenzung der Krankenhausbehandlung nach dem Recht des Versicherungsstaates erfolgt,
- die Erstattung der Kosten auf die Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten, maximal aber der Vertragssätze, begrenzt wird.

Diesen Anliegen ist bisher überhaupt nicht oder nur teilweise Rechnung getragen worden. Kosmetische Korrekturen an den Erwägungsgründen können klare Regelungen im Richtlinien-text selbst nicht ersetzen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass die vorgeschlagenen Regelungen des Richtlinien-vorschlags im Widerspruch zum EG-Vertrag und Europäischen Verfassungsvertrag stehen und tief in die Souveränität der Mitgliedstaaten eingreifen, ist die Herausnahme des sozialen Gesundheitsbereichs aus der Dienstleistungsrichtlinie zwingend erforderlich.

Im Übrigen steht aus Sicht der Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung die **Patientenmobilität** im Vordergrund. Die Möglichkeiten für eine grenzüberschreitende Leistungsanspruchnahme bei vorübergehendem Aufenthalt in einem anderen EWR-Staat wur-

den erheblich erweitert. Jedoch benötigen die Versicherten Beratung durch ihre Krankenkasse, um unter den verfügbaren Handlungsoptionen die jeweils für sie Günstigste wählen zu können. Um die Versicherten im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Leistungsanspruchnahme optimal beraten zu können, ist insbesondere mehr Transparenz bezüglich Art und Umfang der Leistungen sowie der Qualität der medizinischen Leistungen und der Leistungserbringer in den anderen EWR-Staaten erforderlich.

5. Beihilferecht

In einer Grundsatzentscheidung hat der Europäische Gerichtshof **staatliche Ausgleichszahlungen** für die Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben unter eng begrenzten Voraussetzungen nicht als „Beihilfen angesehen“¹⁹. Damit wurde bis auf weiteres ein labiles Gleichgewicht zwischen der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts und dem mitgliedstaatlichen Anliegen nach optimaler öffentlicher Aufgabenerfüllung geschaffen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hat noch die alte EU-Kommission mehrere unter der Bezeichnung „Monti-Paket“ bekannt gewordene Initiativen auf den Weg gebracht, die für mehr Rechtssicherheit sorgen sollen²⁰. In der Tat würde das bisher noch nicht verabschiedete Paket bestimmte öffentliche Zuwendungen unter erleichterten Voraussetzungen zulassen. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall – auch nach der zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs – ein gesetzlich klar definierter öffentlicher Versorgungsauftrag und vor allem ein Betrauungsakt.

Jedenfalls nach Auffassung der Kommission²¹ besteht das transparenteste Verfahren zur Ermittlung des durch den öffentlichen Versorgungsauftrag verursachten Mehraufwands in einer **Ausschreibung** der gemeinwirtschaftlichen Leistung. Der Zuschlag wird dann demjenigen Unternehmen erteilt, welches die geringste Ausgleichsleistung verlangt; in diesem Fall entspricht die Höhe des Ausgleichs dem „Marktpreis“. Diesem Ansatz hat der Europäische Gerichtshof allerdings zunächst widersprochen und betrachtet Ausgleichsleistungen des Staates für die Erbringung des öffentlichen Versorgungsauftrags nicht als Beihilfe, solange nur die tatsächlich durch den Auftrag anfallenden Mehrkosten ausgeglichen werden.

¹⁹ EuGH-Urteil vom 24.07.2003 in der Rechtssache "Altmark Trans" (Rs. C-280/00).

²⁰ Insbesondere Entwurf vom 16. bzw. 18. Januar 2004 einer „Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden“; sowie Entwurf eines „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“.

²¹ Europäische Kommission GD Wettbewerb, Staatliche Beihilfen und Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen, – Non-Paper – 12. 11. 2002

Weder die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs noch das anstehende „Freistellungspaket“ stellen indes einen Freibrief für staatliche Zuschüsse jeder Art zur Erfüllung sozialer Zwecke dar. Abgesehen von den erheblichen bürokratischen Hürden weist die Definition der ausgleichfähigen Mehrkosten auf ein strukturelles Dilemma hin, welches an anderer Stelle dem europäischen Wettbewerbsrecht völlig neue Einfallstore öffnet. Denn bei der Berechnung der „Mehrkosten“ ist eine „**angemessene Rendite**“ zu veranschlagen. Damit aber steht fest, dass öffentliche Versorgungsaufträge prinzipiell auch gewinnorientiert ausgeführt werden können und allein schon dadurch eine wirtschaftliche Aktivität begründen, die wiederum zur „Unternehmenseigenschaft“ führt. Dennoch soll der öffentliche Versorgungsauftrag nicht in jedem Fall zwingend ausschreibungspflichtig sein. Hier entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen europäischem Beihilfe- und Vergaberecht, dessen Auflösung abzuwarten bleibt.

Unabhängig von den konkreten Lösungsansätzen ist jedoch die Art und Weise der Fortentwicklung des Beihilferechts ein weiteres Element zur Aushöhlung der Kompetenz der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihres Sozialschutzes. Die zugrunde liegende Logik öffnet jede Erfüllung öffentlicher Aufgaben dem Markt, indem sie eine definierte öffentliche Aufgabe in einen konkreten öffentlichen Versorgungsauftrag transformiert und diesen am Markt durch gewinnorientierte Unternehmen erledigen lässt.

Zwar kann sich durchaus auch eine öffentliche Einrichtung „als Unternehmen“ um die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrags bewerben. Sie darf jedoch ihren einzigen Vorteil im Wettbewerb, nämlich das fehlende Gewinnstreben, nicht ausspielen. Denn allein schon der „**Verzicht auf einen möglichen Gewinn**“ stellt eine Beihilfe dar; das Verhalten der öffentlichen Hand wird hierbei am Maßstab eines privaten, kommerziellen Investors gemessen („private investor test“). Eine Beihilfe liegt daher nach Auffassung der Kommission schon dann vor, wenn der Staat „von Unternehmen, an denen er beteiligt ist, nicht auf dieselbe Weise Dividenden erhält wie die privaten Investoren“²².

Unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe scheinen sich weitere Fernwirkungen für die Soziale Sicherheit der Selbständigen anzudeuten. In mehreren Verfahren²³ wird derzeit vor dem EuGH um die Frage gestritten, ob die staatliche Unterstützung von Systemen der Sozialen Sicherheit für bestimmte Gruppen von Selbständigen eine europarechtswidrige Beihilfe darstellt. Diesen Klagen liegt offenbar der Gedanke zugrunde, die solidarische Finanzierung der Sozialversicherung von selbständig Erwerbstätigen sei geeignet, diesen einen Wettbewerbs-

²² Europäische Kommission GD Wettbewerb, Staatliche Beihilfen und Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen, – Non-Paper – 12. 11. 2002, RdNr. 39, 76.

²³ Rs. C.266/04 bis C-270/04

vorteil zu verschaffen. Vor dem Hintergrund der immer fraglicher werdenden Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung wird damit die solidarische Sozialversicherung insgesamt in Frage gestellt. Noch hat der EuGH nicht entschieden. Allerdings geben die Ausführungen in der Rechtssache *Freskot*²⁴ wenig Anlass zur Hoffnung auf richterliche Zurückhaltung. Ohne sich endgültig festzulegen, hat das Gericht eine Beihilfe in derartigen Fällen durchaus für möglich gehalten.

6. Leistungen der Daseinsvorsorge und öffentlich-private Partnerschaften

Deutlicher als in den einzelnen, isoliert betrachtet scheinbar harmlosen „Baustellen“ des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts kommt das sich herausbildende europäische Verständnis in übergeordneten, politisch formulierten Positionen und Fragestellungen zum Ausdruck. So hat die Kommission bereits in ihrem Grünbuch zu „öffentlich-privaten Partnerschaften“²⁵ ein **verändertes Rollenverständnis des Staates** postuliert: Dieser nimmt Abstand von seiner Funktion als direkter Akteur und geht zu Organisation, Regulierung und Controlling über. Als Einsatzort wurde u.a. explizit das Gesundheitswesen genannt. Die Rolle der öffentlichen Hand wird auf die einer „Regulierungsbehörde“ reduziert, d.h. auf folgende Funktionen:

- Festlegung der Gemeinwohlaufgaben (= Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im konkreten Einzelfall);
- Marktregulierung;
- Festlegung des Qualitätsniveaus der Dienste;
- Klärung und Verteilung der anfallenden Kosten;
- „Kontrolle“, d.h. Sicherstellung, dass die betreffenden Akteure die ihnen übertragenen Gemeinwohlverpflichtungen wahrnehmen.

Dabei bleibt zunächst offen, welche der genannten Funktionen auf nationaler und welche auf europäischer Ebene wahrgenommen werden.

Hervorzuheben sind jedoch die Ausführungen zur Organisation der Leistungserbringung selbst. Hierzu finden sich die entscheidenden Aussagen im Weißbuch der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge: Die Erbringung der Leistungen sei „in Zusammenarbeit mit

²⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache „Freskot“ (C -355/00).

²⁵ Grünbuch der Europäischen Kommission „zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“ vom 30. April 2004 [KOM(2004)327 endg.]

der Privatwirtschaft“ zu organisieren oder „privaten oder öffentlichen Unternehmen“ zu übertragen, und zwar „unter Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Erbringer von Dienstleistungen“. Der im EG-Vertrag verankerte Schutz von „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 86 Abs. 2) schütze nur die Gemeinwohlaufgabe als solche, keinesfalls aber eine Leistungserbringung in öffentlicher Regie. Denn „abgesichert sind die Aufgaben und nicht unbedingt die Art und Weise, wie sie erfüllt werden.“

Ganz in diesem Sinne enthält der „Fragebogen der Europäischen Kommission zu Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ an prominenter Stelle ganz am Ende (in Nr. 15) folgende Frage:

“Sollten (europäische) Gesetzgebungsakte allgemeine Standards für soziale Leistungen festlegen, die es ermöglichen, dass EU-Vorschriften wie etwa die zum Binnenmarkt angewandt werden, wobei die Ziele der Sozialpolitik in vollem Umfang berücksichtigt werden ?“

Das sich hinter der Frage verbergende Konzept ist offenbar wiederum von der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Freskot“²⁶ inspiriert und kann für sich beanspruchen, in wenigen Zügen den Kern eines „neuen Europäischen Sozialmodells“ zu skizzieren. Dieses bestünde im Wesentlichen aus folgenden Elementen:

1. Definition der Ziele der Sozialpolitik auf EU-Ebene unter Anwendung der offenen Methode der Koordinierung. Darüber hinausgehende Ziele können – unter Beachtung des Wachstums- und Stabilitätspakts - ggfs. auch noch auf nationaler Ebene definiert werden.
2. Die zur Erreichung der Ziele erforderlichen personenbezogenen Leistungen werden so ausgestaltet und organisiert, dass sie von kommerziellen Unternehmen im europaweiten bzw. globalen Wettbewerb erbracht werden können, gegebenenfalls (keineswegs aber zwingend) unter Einsatz des Instruments eines „öffentlichen Versorgungsauftrags“.
3. Soweit erforderlich, werden Leistungsgegenstand, Qualitätsstandards, Haftungsfragen usw. öffentlich geregelt, im Interesse des Binnenmarkts allerdings nicht auf nationaler Ebene, sondern durch EU-Vorschriften.
4. Die Leistungen sind von den Nutzern prinzipiell selbst zu bezahlen. Im Einklang mit den „Zielen der Sozialpolitik“ erhalten jedoch Personen, denen die volle Tragung der

²⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache „Freskot“ (C -355/00).

Kosten nicht zugemutet werden kann oder soll, zweckgebundene Zuschüsse. Diese Lösung greift am wenigsten in Markt und Wettbewerb ein, und sie kommt dem im Grünbuch zur „Daseinsvorsorge“ favorisierten Modell am weitesten entgegen, wonach Ausgleichszahlungen nicht an einen einzigen Leistungserbringer, sondern möglichst breit geleistet werden sollen (Wettbewerb im Markt statt Wettbewerb um den Markt). Damit wäre, bezogen auf Sozialschutz und Soziale Sicherheit, auch die Frage nach einem optimalen „Finanzierungsverfahren“ (im Grünbuch „Daseinsvorsorge“ die Frage 22) beantwortet.

Bezogen auf die Sozialversicherung verfolgt dieses Konzept implizit eine Politik, die **Pflichtversicherung** durch eine **Versicherungspflicht**, deren Umfang und Reichweite noch zu klären wäre, zu ersetzen. Mittel- bis langfristig wären die Aufgaben und Funktionen öffentlicher Sozialversicherungsträger auf private Dienstleister zu übertragen. Diese würden letztlich auch marktkonform die Leistungen sowie die Zutrittsbedingungen definieren, während Personen, die auf diese Weise keinen angemessenen Schutz mehr erhielten, dann aus Steuermitteln subventioniert werden könnten.

Aus folgenden Gründen würde sich ein solches Konzept im Ergebnis jedoch keineswegs darauf beschränken, die bisher mit öffentlichen Sozialversicherungssystemen verfolgten sozialpolitischen Ziele unter Einsatz marktlicher und wettbewerblicher Elemente „effizienter“ zu erreichen, sondern es würde schleichend den konkreten Inhalt verschiedener Elemente der Sozialpolitik verändern:

- Es träte zwangsläufig ein **Verlust an demokratischen Steuerungsmöglichkeiten** ein. Die sich im demokratischen Prozess ändernden Wertvorstellungen und Prioritäten verlangen angepasste und flexible Regelungen, die durch Vertragsbeziehungen mit Außenstehenden, etwa im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften, oft überhaupt nicht oder nur mit einem unangemessenen Kostenaufwand herzustellen sind.
- Der zum Zweck der Integration des Binnenmarkts ausgeübte **Vereinheitlichungs- und Harmonisierungsdruck auf die Produktstandards** würde nicht ohne Auswirkungen auf die „sozialpolitischen Ziele“ selbst bleiben. Denn eine ambitionierte Definition konkreter Standards wäre nicht sehr realistisch vor dem Hintergrund, dass die europäische Politik auf eine Ausweitung des grenzüberschreitenden angebotsorientierten Wettbewerbs zielt und damit die „äußeren“ normativen Vorgaben so niedrig wie möglich ansetzen oder am besten ganz der Wirtschaft überlassen muss (vgl. den Entwurf einer europäischen Dienstleistungsrichtlinie). Es ist wahrscheinlich, dass die pri-

vaten Operateure selbst faktisch zu „Regulatoren“ werden, indem sie in der Praxis die Spezifikationen und hierüber letztlich die Inhalte der „sozialen Ziele“ bestimmen.

- Die Umorientierung des Sozialschutzes auf ein rein wettbewerbliches Modell wird damit Auswirkungen auf die grundsätzliche Ausrichtung von Sozialpolitik und Sozialschutz haben. Der öffentliche, durch Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge finanzierte Sozialschutz würde auf eine **Grundversorgung** beschränkt und darüber hinausgehende soziale Dienstleistungen nach den Gesetzen von „Markt und Wettbewerb“ angeboten werden. Auch die „Grundversorgung“ würde am Markt organisiert; die **Zuschüsse an diejenigen Personen**, denen die volle Tragung risikogerecht kalkulierter Prämien der im Wettbewerb stehenden Anbieter nicht zugemutet werden soll, würden je nach Haushaltsslage neu festgelegt. Damit wäre zwar den Anliegen des Binnenmarkts und des Wettbewerbs gedient. Aus sozialpolitischer Sicht jedoch wird Solidarität auf bloße **Armutsvermeidung** reduziert und außerdem direkt der jeweiligen Haushaltsslage unterworfen. Solidarität wäre nicht länger integrierter Bestandteil von Systemen des Sozialschutzes, die typisiert auf spezielle Lebenslagen und elementare Lebensrisiken ausgerichtet sind und damit das Bewusstsein der Notwendigkeit von „Umverteilung“ aufrechterhalten – anders als jede Umverteilung über höhere Steuern.
- Damit würde das Modell keine Verbesserung der Versorgung, wohl aber zusätzliche Kosten (z.B. Investorenrendite) produzieren. Es würde in den Grundsätzen und den Details unabsehbare und durchgreifende Änderungen des Inhalts und der vom Einzelnen zu finanzierenden Kosten des Sozialschutzes nach sich ziehen.

Bei der Entscheidung über das Beschreiten des in dieser Frage vorgegebenen Weges geht es daher nicht nur um die Art und Weise der Organisation (marktnah oder eher marktfern), sondern letztlich auch um Inhalt und Umfang des öffentlich gewährleisteten Sozialschutzes. Die Wahl der einzusetzenden Mittel ist im Hinblick auf die verfolgten „Ziele der Sozialpolitik“ keineswegs neutral.

7. Schlussfolgerung aus Sicht der Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung

Die Leistungen der Sozialversicherung werden ganz überwiegend aus Steuern oder Sozialabgaben finanziert und nicht vom Nutzer im konkreten Fall „bezahlt“. Dies ist Ausdruck der besonderen öffentlichen Verantwortung für das Erreichen der mit der Sozialversicherung verbundenen sozialpolitischen Ziele. Sozialschutz, Soziale Sicherheit und Gesundheit sind keine am Markt handelbaren Wirtschaftsgüter, denen - wenn überhaupt - Gemeinwohlverpflichtun-

gen auferlegt werden, sondern sie sind selbst Ausdruck und Sinnbild des Gemeinwohls. Damit jedoch entfallen die entscheidenden Rahmenbedingungen für eine am Markt orientierte Produktgestaltung und Preisfindung. Eine Organisation der Sozialversicherung „im Binnenmarkt“ wäre ohne fundamentale Mutation der jeweils verfolgten sozialen Ziele nicht möglich; dies wäre weitgehend gleichbedeutend mit einem Verzicht auf die Steuerung der sozialpolitischen Ziele. Wollte man dagegen tatsächlich die Sozialversicherung „im Wettbewerb“ unter voller Wahrung aller ihrer Elemente und sozialpolitischen Ziele organisieren, so müsste ein künstliches, äußerst stark reguliertes Umfeld unter extremer Reduzierung unternehmerischer Freiheiten geschaffen werden, welches überdies flexibel genug sein müsste, jederzeit einen demokratisch legitimierten Wandel sozialpolitischer Ziele in die Praxis umzusetzen. Es ist nicht ersichtlich, welche Vorteile ein solches System für die Beteiligten haben sollte, im Gegenteil: Die „Organisation“ und „Simulation“ von Wettbewerb ist mit etlichen Kosten und Risiken verbunden (Vergabe, Konzessionen, öffentlich-private Partnerschaften), und es müssen die Renditen der am Markt agierenden Operateure finanziert werden.

Für die Entscheidung über die Organisation „Sozialer Dienste und Leistungen“ im Allgemeinen und der Sozialversicherung im Besonderen ist der Rückgriff auf Markt und Wettbewerb kein Selbstzweck, sondern eines unter mehreren möglichen Instrumenten zur Erzielung von mehr Effizienz. Ob und wann dieses Instrument zum Einsatz kommt, ist auf der Ebene zu entscheiden, die für die Gestaltung und die Finanzierung verantwortlich ist. Dies sind nach der europäischen Kompetenzordnung auch weiterhin mit guten Gründen die Mitgliedstaaten.

In dieser Auffassung sieht sich die Deutsche Sozialversicherung prinzipiell auch durch den Europäischen Gerichtshof bestätigt. So hat der Gerichtshof in seinem Festbetragsurteil²⁷ die vergleichsweise wettbewerbsnahen Steuerungsinstrumente der deutschen Krankenversicherung anerkannt, die im Zusammenspiel mit Risikostrukturausgleich und Selbstverwaltung dafür Sorge tragen, dass eine finanzierbare und bedarfsadäquate Versorgung erreicht wird – ein Modell, dem entscheidende Vorteile im Vergleich zu einer rein markt- und wettbewerbsorientierten Lösung zukommen.

Dennoch ist es wenig zufriedenstellend, sich ständig im Zentrum einer interessengeleiteten europarechtlichen Debatte zu befinden, in der es in Wirklichkeit um grundlegende politische Entscheidungen geht. Auch wenn der Europäische Gerichtshof von Fall zu Fall derartigen Vorstößen Grenzen setzt, so geschieht dies nicht immer mit der Klarheit, die wünschenswert wäre, um weiteren Zweifeln von vornherein vorzubeugen, im Gegenteil: In Einzelfallent-

²⁷ EuGH, Urt. v. 16. 3. 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 („AOK -Bundesverband“)

scheidungen bestätigte Handlungsspielräume der Sozialversicherung werden durch grundsätzlich privatisierungs- und wettbewerbsorientierte Entscheidungen in anderen Fällen wieder in Frage gestellt. Dies ist angesichts des anhaltenden Drucks aus der Wirtschaftssphäre und ihren Akteuren auch in Zukunft zu erwarten. Damit aber wird die Kompetenzordnung des EG-Vertrags, wie sie vor allem in den Art. 137, 152 und 295 zum Ausdruck kommt, sukzessive außer Kraft gesetzt.

In rechtstechnischer Hinsicht erforderlich ist daher, wie schon in Kapitel 1 ausgeführt, eine Neujustierung des europarechtlichen Verständnisses der Grenzen zwischen „marktbezogener“, „wirtschaftlicher“ bzw. „unternehmerischer“ Aktivität unter unbestrittener Geltung europäischen wirtschaftspolitischen Ordnungsrechts einerseits und solchen Aktivitäten andererseits, die wegen ihres allgemeinen gesellschaftlichen Bezugs bei gleichzeitiger Abwesenheit privatnütziger Gewinnerzielung dem ausschließlichen Gestaltungsermessen der Mitgliedstaaten unterliegen.

Ein solches Vorhaben kann schnell an seine Grenzen stoßen, wenn sich die neue Tendenz in der Rechtsprechung verfestigen sollte, aus dem EG-Vertrag eine Verpflichtung zur marktkonformen Organisation und damit zur Privatisierung bisher in öffentlicher Regie und im Allgemeininteresse erbrachter Leistungen abzuleiten. Eine derartige Rechtsfortbildung lässt sich aus dem Wortlaut des Vertrages keineswegs zwingend ableiten. Es ist aber nicht zu übersehen, dass die im Vertrag einer solchen Entwicklung gesetzten Schranken nicht mehr funktionieren. Die Wahrung und Nutzung mitgliedstaatlicher Souveränität auf dem Gebiet der Sozialen Sicherheit wird daher eines der Anliegen bei der Fortentwicklung der Europäischen Verfassung sein müssen. Die Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung wollen hiermit eine solche Diskussion anstoßen.

Diese Stellungnahme hat die Unterstützung aller Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung:

- AOK-Bundesverband**
- Bundesverband der Betriebskrankenkassen**
- Bundesverband der Innungskrankenkassen**
- Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen**
- Verband der Angestellten-Krankenkassen**
- Arbeiter-Ersatzkassen-Verband**
- Bundesknappschaft**
- See-Krankenkasse**
- Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften**
- Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften**
- Bundesverband der Unfallkassen**
- Gesamtverband der landwirtschaftlichen Alterskassen**
- Verband Deutscher Rentenversicherungsträger**