

# Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Studie im Auftrag des  
Bundesministerium für Soziales  
und Konsumentenschutz  
2008

Thomas Eilmansberger und Günter Herzig



**bmask**

BUNDEMINISTERIUM FÜR  
ARBEIT, SOZIALES UND  
KONSUMENTENSCHUTZ

 **UNIVERSITÄT  
SALZBURG**





**bmask**

BUNDESMINISTERIUM FÜR  
ARBEIT, SOZIALES UND  
KONSUMENTENSCHUTZ



Univ.-Prof. DDr. Thomas Eilmansberger  
Ass.-Prof. Dr. Günter Herzig

Universität Salzburg  
Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht  
Churfürststr. 1  
5020 Salzburg

Studie im Auftrag des BM für Soziales und Konsumentenschutz

zum Thema

**Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**  
**Social services of general interest (SSGI)**

Salzburg, im Juni 2008

## Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>4</b>
<b>0. Einleitung und Abgrenzung</b> .....	<b>5</b>
<b>I. Analyse der primärrechtlichen Grundlagen</b> .....	<b>6</b>
1. Grundfreiheiten .....	6
1.1. Zur Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeiten.....	6
1.1.1. Zum Unternehmensbegriff .....	6
1.1.2. Hoheitliche Aufgaben .....	8
1.1.3. Andere nichtwirtschaftliche Leistungen.....	9
1.1.4. Übersicht über die Rsp der Gemeinschaftsgerichte zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit .....	11
1.2. Reichweite des Beschränkungsbegriffs und Rechtfertigung.....	15
1.2.1. Diskriminierende Regelungen.....	15
1.2.2. Unterschiedslos anwendbare Regelungen.....	17
1.2.3. Sonderfall Bedarfsprüfung .....	19
1.2.4. Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses ...	20
1.2.5. Rechtsformvorbehalte zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen.....	22
1.3. Auswirkungen der Dienstleistungs-Richtlinie .....	23
1.3.1. Zum Verhältnis zwischen Richtlinie und Primärrecht .....	23
1.3.2. Anwendungsbereich der Richtlinie .....	24
1.3.3. Materieller Regelungsgehalt .....	25
2. Wettbewerbsrecht.....	26
2.1. Ausgangslage und Problembeschreibung.....	26
2.2. Soziale Einrichtungen als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts .....	26
2.3. Zur Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte an soziale Einrichtungen .....	29
2.4. Bedeutung der besonderen Rechtsvorschriften für DAWI im Primärrecht ..	32
3. Beihilfenrecht .....	33
3.1. Soziale Einrichtungen als begünstigte Beihilfenempfänger.....	33
3.2. Neue versus bestehende Beihilfen.....	34
3.3. De-minimis GVO .....	34
3.4. Zwischenstaatsbezug .....	34
3.5. Beihilfenrechtliche Beurteilung von Daseinsvorsorgeleistungen .....	35
4. Vergaberechtliche Vorgaben.....	36
4.1. Soziale Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber .....	36
4.1.1. Im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art.....	37
4.1.2. Staatlicher Einfluss.....	38
4.2. Soziale Einrichtungen als Auftragnehmer.....	39
4.2.1. Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens .....	39
4.2.2. Vergabefreiheit bei Vorliegen des Inhouse-Ausnahmetatbestands...	39
4.2.3. Vorbehalte zugunsten gemeinnütziger Bieter .....	40
5. Rsp zum grenzüberschreitenden Bezug im Wettbewerbs-, Binnenmarkt und Vergaberecht im Vergleich .....	42
5.1. Allgemeine Grundsätze .....	42
5.2. Soziale Leistungen: Grenzüberschreitender Bezug bejaht.....	44
5.3. Soziale Leistungen: Grenzüberschreitender Bezug verneint .....	46

<b>II. Rechtspolitischer Handlungsbedarf und rechtliche Vorgaben für ein mögliches Rechtsinstrument zu sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.....</b>	<b>48</b>
1. Rechtsgrundlage .....	48
2. Zu den Inhalten eines möglichen Rechtsakts im Einzelnen .....	48
2.1. Zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen .....	48
2.2. Festlegung von de-minimis-Schwellen .....	49
2.3. Binnenmarktrelevante Regelungen .....	50
2.4. Wettbewerbs- und beihilfenrelevante Regelungen .....	51
2.5. Vergaberechtliche Fragen .....	51
2.6. Festlegung von Universaldienstverpflichtungen.....	52
2.6.1. Inhaltliche Vorgaben.....	52
2.6.2. Zugang und Bezahlbarkeit; Kontinuität der Leistung; vertragliche und vorvertragliche Verpflichtungen .....	53
<b>Executive Summary .....</b>	<b>56</b>

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
Art	Artikel
BlgStenProtNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BGH	(dt) Bundesgerichtshof
BVergG	Bundesvergabegesetz
bzw	beziehungsweise
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWR-A	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
f, ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GWB	(dt) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hM	herrschende Meinung
idF	in der Folge bzw in der Fassung
JBl	Juristische Blätter
JTDE	journal des tribunaux droit européen
KG	Kartellgericht
KOG	Kartellobergericht
KO-E	Kommissionsentscheidung
Mat	Materialien
maW	mit anderen Worten
mwN	mit weiteren Nachweisen
NPO	Non-Profit-Organisationen
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
österr	österreichisch
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
s	siehe
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
v	vom
verbRS	verbundene Rechtssachen
veröff	veröffentlicht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für europäische Studien
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

## 0. Einleitung und Abgrenzung

Der Begriff der sozialen Dienstleistung von allgemeinem Interesse ist weder auf nationaler noch auf gemeinschaftlicher Ebene rechtlich in verbindlicher Weise definiert. Auch im wissenschaftlichen Schrifttum wird unter dem Begriff Unterschiedliches verstanden. Dies machte eine Abgrenzung erforderlich.

Von welchen sozialen Diensten soll in der Folge die Rede sein?

Die Europäische Kommission macht in einer ihrer mittlerweile schon sehr zahlreichen Stellungnahmen zum Thema eine Reihe von gemeinsamen organisatorischen Merkmalen aus, die soziale Dienste qualifizieren sollen.<sup>1</sup>

Dazu zählen:

- die Funktionsweise nach dem Solidaritätsprinzip, wonach bestimmte Risiken ausgeklammert sind oder, bezogen auf den Einzelnen, kein Ausgleich zwischen Beiträgen und Leistungen stattfindet. Dazu ist jedoch anzumerken, dass das Solidaritätsprinzip kein ausschließliches Merkmal von sozialen Diensten darstellen kann. Vielfach funktionieren solche Dienste auch nach dem Versorgungs- und Fürsorgeprinzip. Gerade Dienstleistungen der Fürsorge werden erst nach Prüfung der Bedürftigkeit bzw nach Abwägung des konkreten Bedürfnisses zuerkannt.<sup>2</sup>
- Generell haben Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle bei den sozialen Dienstleistungen eine besondere Bedeutung.
- Sie sollen flexibel und auf das Individuum abgestimmt sein und die nötigen Lösungen für die verschiedensten Bedürfnisse bieten, um die Grundrechte des Menschen zu garantieren und die besonders Gefährdeten zu schützen.
- Sie verfolgen oftmals keinen Erwerbzweck, lukrieren Spenden und finanzieren dadurch zumindest Teile ihrer Tätigkeit.
- Sie beinhalten die Mitarbeit Freiwilliger, wenngleich in weiten Bereichen des sozialen Sektors typischerweise professionell ausgebildete Mitarbeiter eingesetzt werden, deren Tätigkeit durch ehrenamtliche Helfer unterstützt werden kann.
- Sie sind stark in lokalen kulturellen Traditionen verwurzelt.
- Sie sind vielfach in räumlicher Nähe zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Nutzer anzubieten, um dessen spezifische Bedürfnisse besser berücksichtigen zu können. Für bestimmte Leistungen ist eine persönliche und kontinuierliche Beziehung zwischen Betroffenen und Dienstleistungserbringern angezeigt. Dazu zählen beispielsweise Pflegeleistungen aber auch jedwede längerfristige persönliche Betreuung, wie die Sterbe- und Bewährungshilfe, Drogenberatung oder auch zB Anlaufstellen für vergewaltigte Frauen.<sup>3</sup>
- Zwischen Anbieter und Nutzer von Sozialdienstleistungen besteht ein asymmetrisches Verhältnis, das nicht vergleichbar ist mit der üblichen Beziehung zwischen Leistungserbringern und -empfängern und der Intervention eines zahlenden Dritten bedarf.

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission, Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Fragebogen, Einleitende Bemerkungen, 2 f.

<sup>2</sup> So ausdrücklich etwa Social Protection Committee, Social Services of General Interest, Feedback Report to the 2006 questionnaire.

<sup>3</sup> So ausdrücklich etwa Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Fragebogenbeantwortung durch die Republik Österreich, Wien, Jänner 2007.

Es ist evident, dass auch aus diesen Merkmalen, kein abschließender Katalog abgeleitet werden kann. In pragmatischer Hinsicht und für die Zwecke dieser Untersuchung wird jedoch beispielhaft auf die folgenden Leistungen und Bereiche Bezug genommen werden.

- Jugendwohlfahrt, Jugendförderung, Jugendschutz
- Zivil- und Katastrophenschutz
- Feuer- und Rettungswesen
- Sozialer Wohnbau
- Betreuung in Wohn- und Pflegeheimen
- Sozialmedizinischer Dienst (Abgrenzung zu Gesundheitsleistungen)
  - zB Betreuung psychisch Kranker und Abhängigkeitserkrankten
- Wohnungslosenhilfe
- Kinderbetreuungseinrichtungen
- Leistungen zur Integration von Menschen mit besonderen Bedürfnissen
- Leistungen der Bewährungshilfe

Dieser Katalog stützt sich im Wesentlichen auf die Antwort der österreichischen<sup>4</sup> wie anderer nationaler Delegationen zu einem von der Kommission zum Thema ausgesandten Fragebogen und beruht daher insoweit auch auf empirischen Grundlagen.

Zu sozialen Diensten im weiteren Sinne zählen auch die Systeme der sozialen Sicherheit. Es wird daher auch auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu diesem Bereich näher eingegangen.<sup>5</sup>

## **I. Analyse der primärrechtlichen Grundlagen**

### **1. Grundfreiheiten**

#### **1.1. Zur Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeiten**

Die Anwendung der Binnenmarktregeln setzt eine wirtschaftliche Tätigkeit voraus. Soziale Dienstleistungen können eine solche darstellen, müssen aber nicht immer und notwendigerweise als solche qualifiziert werden. Es sind daher hier die für eine Abgrenzung relevanten Kriterien in Rechtsprechung und Anwendungspraxis zunächst analytisch darzustellen. Im Anschluss findet sich sodann ein in tabellarischer Form zusammengefasste Übersicht über den Stand der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte.

##### *1.1.1. Zum Unternehmensbegriff*

Sowohl das Kartellrecht als auch das Beihilfenrecht der Gemeinschaft knüpfen hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs an den Unternehmensbegriff an, für dessen Bestimmung mittlerweile eine bereits recht weit entwickelte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorliegt. Unerheblich ist nach dieser Judikatur die Rechtsform der

---

<sup>4</sup> Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Fragebogenbeantwortung durch die Republik Österreich (FN 3).

<sup>5</sup> Vgl. verbRs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637; verbRs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493; und Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295.



betroffenen Einrichtung. Der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.<sup>6</sup> Das heißt, auch eine öffentlich rechtliche Körperschaft oder ein gemeinnütziger Verein kann grundsätzlich ein Unternehmen iSd EG-Vertrags sein. Auch die den sozialen Einrichtungen definitionsgemäß fehlende Gewinnerzielungsabsicht schließt nicht per se und ohne Hinzutreten anderer Merkmale die Unternehmenseigenschaft aus. Diese kann schließlich auch dann vorliegen, wenn kein unmittelbarer entgeltlicher Leistungsaustausch zwischen der Einrichtung und ihrem „Kunden“ besteht. So können beispielsweise Krankenanstalten nach der gemeinschaftlichen Rsp durchaus unternehmerisch tätig sein, auch wenn die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Patienten und der Anstalt in einem Sachleistungssystem über einen Dritten, nämlich der Krankenversicherung des Patienten, abgewickelt wird.<sup>7</sup> Dagegen wurde vorgebracht, dass die wesentlichen Strukturprinzipien, die die Erbringung von Leistungen der medizinischen Versorgung regelten, zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit gehörten und nicht unter die vom EG-Vertrag gewährleisteten wirtschaftlichen Grundfreiheiten fielen, da die Beteiligten nicht selbst über Inhalt, Art und Ausmaß einer Leistung und deren Vergütung entscheiden könnten.

GA *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer* hatte sich diesen Argumenten angeschlossen.<sup>8</sup> Er stellte auf den Umstand ab, dass das niederländische Sozialversicherungssystem nur Pauschalbeträge und Zuschusstarife kenne, die die tatsächlichen Kosten der Aufnahme des Patienten nur zum Teil abdecken. Angesichts dieser Merkmale seien die Sachleistungen nicht gegen Entgelt erfolgt und deshalb keine Dienstleistungen im Sinne von Art 50 EG. Zudem habe der Gerichtshof in seinem Urteil *Poucet und Pistre* darauf hingewiesen, dass die Krankenkassen oder die Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirkten, eine Aufgabe ausschließlich sozialen Charakters erfüllten, da diese Tätigkeit auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhe und ohne Gewinnstreben ausgeübt werde und da die Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht würden. Das System sei insoweit mit jenen Sozialversicherungssystemen vergleichbar, bei denen die Träger sich mit eigenen Mitteln und mit Personal ausstatten, das auf der Grundlage im Voraus festgelegter Dienststunden und eines festen Gehalts unmittelbar unter Vertrag genommen wird. Ähnlich verhalte es sich mit den nationalen Bildungssystemen, welche der Gerichtshof nicht der Dienstleistungsfreiheit unterstellt hat.<sup>9</sup>

Der Gerichtshof ist seinem Generalanwalt jedoch nicht gefolgt.<sup>10</sup> Er verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach medizinische Tätigkeiten von Art 50 EG erfasst sind, ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einer Krankenanstalt oder außerhalb davon erbracht wird.<sup>11</sup> Die Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen könnten nicht dazu führen, dass diese nicht unter den elementaren Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs fallen. Zudem würden gerade im grenzüberschreitenden Verkehr medizinische Behandlungen sehr wohl unmittelbar von den Patienten bezahlt.

Daraus ist zu schließen, dass die Ausgestaltung eines sozialen Leistungssystems nach dem Sachleistungsprinzip per se die Zuordnung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht

<sup>6</sup> Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979, Rn 21.

<sup>7</sup> Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 53 ff.

<sup>8</sup> Schlussanträge in der Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 42 ff.

<sup>9</sup> Rs 263/86, *Humbel*, Slg 1988, 5375, Rn 20; und Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6447, Rn 19.

<sup>10</sup> Urteil in der Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 47 ff.

<sup>11</sup> Urteile in den verbRs 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg 1984, 377, Rn 16; Rs C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, Slg 1991, I-4685, Rn 18, in Bezug auf die Werbung für Kliniken, die freiwillige Schwangerschaftsabbrüche praktizieren; und Rs C-158/96, *Kohll*, Slg 1998, I-1931, Rn 29 und 51.

ausschließt. Das heißt, eine wirtschaftliche Leistung kann auch dann vorliegen, wenn sie nicht unmittelbar vom Begünstigten, dem sie zu Gute kommt, bezahlt wird.

Wenn also weder die Rechtsform, noch die fehlende Gewinnerzielungsabsicht, noch ein fehlender unmittelbarer Leistungsaustausch für sich genommen einer Einrichtung die Unternehmenseigenschaft nehmen kann, auf welches Kriterium ist dann abzustellen, um den persönlichen Anwendungsbereich zu bestimmen?

Nach der Rechtsprechung soll es allein auf die wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit der betroffenen Einrichtung ankommen. Die Anwendbarkeit der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln ist daher jedenfalls dann gegeben, wenn Tätigkeiten industrieller, handwerklicher oder kommerzieller Art ausgeübt werden, die darauf gerichtet sind, Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten.<sup>12</sup>

### 1.1.2. Hoheitliche Aufgaben

Ausgeklammert aus dem Unternehmensbegriff sind somit zunächst genuin hoheitliche Aufgaben, dh Aufgaben, die per se dem Staat vorbehalten und deshalb nichtwirtschaftlicher Natur sind. Dazu zählt unstrittig der Kernbereich staatlicher Hoheitsverwaltung, wie die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung und die Pflege der auswärtigen Beziehungen.<sup>13</sup> Aber auch Aufgaben wie die Überwachung des Luftraums oder die Überwachung eines Seehafens zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung wurden in der Rechtsprechung als typischerweise hoheitliche Befugnisse angesehen.<sup>14</sup> Dieser Kernbereich wird von Anwendungspraxis und Rsp aber durchaus eng interpretiert. Soziale Leistungen als solche werden daher in aller Regel nicht als hoheitlich anzusehen sein. Etwas anderes mag ausnahmsweise dann gelten, wenn soziale Leistungen derart eng mit klassisch hoheitlichen Leistungen verbunden sind, dass sie selbst zum hoheitlichen Kernbestand zu zählen sind. Zu denken wäre hier etwa an psychiatrische Behandlungen im Rahmen des Maßnahmenvollzugs oder vielleicht auch Leistungen der Bewährungshilfe unter strafgerichtlicher Kontrolle.

Da es auf die Natur der Tätigkeit und nicht die Rechtsform, in der sie erbracht wird, ankommt, bleiben diese Tätigkeiten auch dann nichtwirtschaftlich, wenn sie zum Teil durch private, vom Staat beauftragte Gesellschaften oder andere ausgegliederte Einrichtungen ausgeführt werden. Dies hat zum einen Bedeutung im Bereich des Regulierungsrechts, in dem vielfach Regulatoren in privater Rechtsform eingerichtet wurden. Ihre Regulierungstätigkeit unterfällt wegen ihres nichtwirtschaftlichen Charakters in der Regel dennoch nicht dem Wettbewerbsrecht. In gleicher Weise werden aber auch eigenständige Einrichtungen, die selbst keine Güter und Dienstleistungen am Markt anbieten, sondern sich lediglich auf die Steuerung und Organisation der Nachfrage der öffentlichen Hand nach sozialen Leistungen beschränken, nicht als Unternehmen zu qualifizieren sein. Zu denken wäre beispielsweise an Einrichtungen wie den Fonds Soziales Wien, dessen Tätigkeit beim „Einkauf“ sozialer Leistungen der Stadt Wien zuzurechnen sein wird. Soweit diese Tätigkeit nicht dem

---

<sup>12</sup> Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg 2006, I-289, Rn 108; Rs C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg 1998, I-3851, Rn 36; verbRs C-180/98 – C-184/98, *Pavel Pavlov ua*, Slg 2000, I-6451, Rn 75.

<sup>13</sup> Vgl dazu auch die Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl 2001 C 17/4, Rn 28; ebenso schon *Herzig*, Wettbewerbs-, beihilfen- und vergaberechtliche Fragen von Non-Profit-Organisationen, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Das Recht der Non-Profit-Organisationen (2006) 97, 100.

<sup>14</sup> Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43; Rn 31; Rs C-343/95, *Diego Calì & Figli*, Slg 1997, I-1547, Rn 22.

Wettbewerbsrecht untersteht (dazu sogleich) ist auch der Fonds selbst nicht als Unternehmen anzusehen.

Nichtwirtschaftlich handeln schließlich auch Gemeinden oder Gemeindeverbände, wenn sie Konzessionen im sozialen Sektor an private Wirtschaftsunternehmen vergeben.<sup>15</sup> Zu beachten sind dabei aber allenfalls vergaberechtliche Vorgaben.<sup>16</sup> Schließlich kann auch durch die Verquickung von hoheitlichen Befugnissen und unternehmerischer Tätigkeit eine eigenständige Verletzung der Wettbewerbsregeln begründet werden, wenn etwa eine Gemeinde bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse den Wettbewerb zugunsten eines eigenen kommunalen Unternehmens verzerrt.<sup>17</sup>

### 1.1.3. Andere nichtwirtschaftliche Leistungen

Der in wirtschaftlicher Hinsicht wohl bedeutendste Bereich des sozialen Sektors, der von der Rsp mangels wirtschaftlicher Ausrichtung nicht dem Wettbewerbsrecht unterstellt wird, sind die Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit. Deren Unternehmenseigenschaft hatte der Gerichtshof erstmals in der Rs *Poucet und Pistre* verneint.<sup>18</sup> Er verweist dazu auf drei Merkmale: zum einen den sozialen Zweck der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit, des Weiteren den Grundsatz der nationalen Solidarität, wonach Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der eingezahlten Beträge auf der Grundlage eines Ausgleichssystems erbracht werden und schließlich die Erbringung der Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht. Mit Blick auf die Folgejudikatur muss jedoch präzisiert werden, dass für den EuGH der soziale Zweck und die fehlende Gewinnerzielungsabsicht nur einen Hinweis auf die nichtwirtschaftliche Natur eines sozialen Sicherungssystems liefern, dessen Unternehmenseigenschaft aber nicht ausschließen können. Entscheidend ist der Grundsatz der Solidarität, der auf Zwangsmitgliedschaft und insbesondere auf der Unabhängigkeit des Wertes der erbrachten Leistungen von der Höhe der eingezahlten Beträge beruht.

Nicht unternehmerisch sind schließlich nach der Rsp auch die Dienstleistungen der nationalen Bildungssysteme an Schulen und Hochschulen, wenn sie im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Dagegen stellt Unterricht, der an gewinnorientierten Einrichtungen erteilt wird und im Wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert wird, sehr wohl eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.<sup>19</sup>

Von den in der Rsp entschiedenen Abgrenzungsfällen abgesehen, lässt sich wohl in vielen Fällen keine wirklich scharfe Trennlinie zwischen wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Leistungen ziehen. Auch die Europäische Kommission vermeidet es tunlichst einen Katalog von nichtwirtschaftlichen Leistungen aufzustellen, wiewohl sich die Frage über das Wettbewerbsrecht hinaus in jüngerer Zeit gerade in Bezug auf aktuelle Gesetzgebungsvorhaben verschärft stellt. So setzt die Beihilfenaufsicht der Kommission über Daseinsvorsorgeleistungen voraus, dass diese als wirtschaftliche Leistungen erbracht werden. Auch die Dienstleistungsrichtlinie unterscheidet bekanntlich zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Rs 30/87, *Bodson*, Slg 1988, 2479, Rn 18; Rs C-231/03, *Coname*, Slg 2005, I-7287, Rn 12, noch nicht in Slg veröff.

<sup>16</sup> Vgl dazu näher unten I.4.

<sup>17</sup> Vgl dazu etwa *Kokott* in den Schlussanträgen, Rs C-134/03, *Viacom Outdoor*, Slg 2005, I-1167, Rn 81.

<sup>18</sup> Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637.

<sup>19</sup> Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6447, Rn 14.

<sup>20</sup> Dazu unter I.1.3.

Wenngleich also eine erschöpfende Auflistung und autoritative Klärung weder von der Rsp noch von der Kommission zu erwarten ist, finden sich doch in rezenten Kommissionsdokumenten einige Hinweise zur Abgrenzung aus der Sicht der Kommission. In ihrer Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge<sup>21</sup> legt die Kommission ihre Auffassung dar, dass Tätigkeiten von Einrichtungen, die weitgehend soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht erfüllen und deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht, von den wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften der Gemeinschaft in der Regel nicht erfasst sind. Darunter sollen nach Auffassung der Kommission diverse nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen fallen.<sup>22</sup>

Dem ist dem Grunde nach zuzustimmen. Es ist jedoch zu beachten, dass mit der Aufnahme in diese Aufzählung keine gemeinschaftsrechtliche Carte Blanche in dem Sinne verbunden ist, dass die Tätigkeit einer dort genannten Einrichtung niemals am Maßstab des Gemeinschaftsrechts gemessen werden könnte.<sup>23</sup> Ausgenommen ist nur die jeweilige nichtwirtschaftliche Kerntätigkeit der entsprechenden Einrichtung. Wird diese über ihr politisches, wissenschaftliches oder soziales Tätigkeitsfeld hinaus auch wirtschaftlich tätig, so unterliegt diese unternehmerische Tätigkeit sehr wohl den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften. Darauf weist auch die Kommission in der erwähnten Mitteilung ausdrücklich hin, stellt allerdings in Aussicht, das besondere soziale und kulturelle Umfeld, in dem diese wirtschaftlichen Tätigkeiten ausgeübt werden, entsprechend berücksichtigen zu wollen.

Rechtsgrundlage dafür wird in der Regel Art 86 Abs 2 EG sein, der festlegt, dass für Unternehmen, die mit Daseinsvorsorgeleistungen betraut sind, die Wettbewerbsregeln nur insoweit gelten, als dadurch nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich behindert wird.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl 2001 C 17/4; vgl auch das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen im Kontext der Beratungen zur Dienstleistungsrichtlinie, Ratsdokument 10865/04 v 26.6.2004, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/notes/explan-note-activities\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/notes/explan-note-activities_de.pdf).

<sup>22</sup> Mitteilung Daseinsvorsorge (FN 21) Rn 30.

<sup>23</sup> So schon *Herzig* (FN 13) 102.

<sup>24</sup> Dazu unten I.2.4.

#### 1.1.4. Übersicht über die Rsp der Gemeinschaftsgerichte zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit<sup>25</sup>

##### Beispiele für wirtschaftliche Tätigkeiten:

Die Erbringung von Notfall- und Krankentransporten, auch wenn diese von gemeinnützigen Organisationen angeboten wird<sup>26</sup>

Die Arbeitsvermittlung, auch wenn diese von öffentlichen Agenturen ausgeübt wird<sup>27</sup>

Die Kontrollausübung durch eine Bankstiftung, die Kontrollbeteiligungen an einer Bankgesellschaft hält, wenn die Einflussnahme über die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, hinausgeht, auch wenn dies ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt.<sup>28</sup>

Der Beistand in Steuerfragen, der den Steuerpflichtigen bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Verpflichtungen hilft und die Erfüllung der den Finanzbehörden obliegenden Aufgaben erleichtern soll, auch wenn dieser durch juristische Personen, die von Arbeitgebern oder Gewerkschaften eingerichtet und von Staat genehmigt wurden, erbracht wird.<sup>29</sup>

Medizinische Tätigkeiten (zb zahnmedizinische Behandlung<sup>30</sup>, Schwangerschaftsabbruch<sup>31</sup>), ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einer Krankenanstalt oder außerhalb davon erbracht wird.<sup>32</sup> Der Umstand, dass der Empfänger nicht für die medizinische Leistung bezahlen muss bzw ihm die Kosten von einer Krankenversicherung erstattet werden, tut der rechtlichen Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit keinen Abbruch.<sup>33</sup>

##### Fehlende Gewinnerzielungsabsicht schadet der Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht:<sup>34</sup>

die Tätigkeit einer Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem verwaltet, das insbesondere hinsichtlich der Beitrittsvoraussetzungen, der Beiträge und der Leistungen aufgrund einer Verordnung

<sup>25</sup> Für die überaus wertvolle Hilfestellung bei der Erstellung dieser Übersicht danken wir Herrn MMMag. Rainer Palmstorfer.

<sup>26</sup> EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 20.

<sup>27</sup> EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979, Rn 21; Rs C-55/96, *Job Centre coop*, Slg 1997, I-7119, Rn 21- 25.

<sup>28</sup> EuGH, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg 2006, I-289, Rn 111- 125.

<sup>29</sup> EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl*, Slg 2006, I-2941, Rn 63.

<sup>30</sup> EuGH, Rs 158/96, *Kohll*, Slg 1998, I-1931, Rn 29.

<sup>31</sup> EuGH, Rs C-159/00, *Grogan*, Slg 1984, 377, Rn 18.

<sup>32</sup> EuGH, Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5437, Rn 53; verbRs C-286/82 und 27/83, *Luisi und Carbone*, Slg 1984, 377, Rn 16.

<sup>33</sup> EuGH, Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5437, Rn 58.

<sup>34</sup> Schlussanträge GA *Jacobs v* 1.12.2005, Rs C-5/05, *Joustra*, Slg 2006, I-11075, Rn 84; Schlussanträge GA *Maduro v* 10.11.2005, Rs C-205/03, *FENIN*, Slg 2006, I-6295, Rn 14; EuGH, Rs C-244/94, *FFSA*, Slg 1995, I-4013, Rn 21; Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5437, Rn 50 – 52.

nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet. Denn obgleich eine derartige Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig ist und das von ihr verwaltete System bestimmte begrenzte und mit dem Solidarcharakter der Pflichtsysteme der sozialen Sicherheit nicht vergleichbare Elemente der Solidarität aufweist, übt sie im Wettbewerb mit Lebensversicherungsgesellschaften eine wirtschaftliche Tätigkeit aus.<sup>35</sup>

die Tätigkeit eines Betriebsrentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, das durch einen Tarifvertrag zwischen den Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs vertreten, geschaffen worden ist und bei dem die Mitgliedschaft für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs durch den Staat verbindlich vorgeschrieben worden ist und der die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmt und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet.<sup>36</sup>

Medizinische Tätigkeiten sind wirtschaftliche Tätigkeiten, auch dann, wenn sie ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.<sup>37</sup>

#### **Nichtwirtschaftlich aufgrund ihres hoheitlichen Charakters sind:**

Flugsicherungsdienste, da diese mit der Ausübung von Vorrechten zusammenhängen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen und die typischerweise hoheitliche Vorrechte sind<sup>38</sup>

eine Überwachungstätigkeit zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung, mit deren Ausübung in einem Erdölhafen eines Mitgliedstaats eine privatrechtliche Einrichtung von staatlichen Stellen betraut worden ist, da eine solche Tätigkeit mit der Ausübung von Befugnissen zusammenhängt, die den Schutz der Umwelt betreffen und bei denen es sich typischerweise um hoheitliche Befugnisse handelt, auch dann, wenn die Benutzer des Hafens eine zur Finanzierung dieser Tätigkeit bestimmte Gebühr zu entrichten haben<sup>39</sup>

die Zuteilung von Rechten wie Nutzungsrechten für Frequenzen des elektromagnetischen Spektrums zur Erbringung öffentlicher Mobilfunkdienste durch die für die Frequenzzuteilung zuständige nationale Regulierungsbehörde im Wege der Versteigerung, da die Regulierungsbehörde mit dem betreffenden Zuteilungsverfahren ausschließlich eine ihr ausdrücklich übertragene Kontroll- und Regelungstätigkeit in Bezug auf die Nutzung des elektromagnetischen Spektrums ausübt, auch wenn die Zuteilung gegen Zahlung eines Entgelts erfolgt.<sup>40</sup>

die Finanzierung von Funktionen, die zu den Aufgaben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder den damit verbundenen Infrastrukturen, gehören<sup>41</sup>

<sup>35</sup> EuGH, Rs C-244/94, *FFSA*, Slg 1995, I-4013, Rn 21 f.

<sup>36</sup> EuGH, Rs C-67/96, *Albany International*, Slg 1999, I-5751, Rn 85; verbRs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV*, Slg 1999, I-06025, Rn 85 f; Rs C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, Slg 1999, I-6121, Rn 75 f.

<sup>37</sup> Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5437, Rn 50 – 52.

<sup>38</sup> EuGH, Rs C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, Slg 1994, I-43, Rn 30.

<sup>39</sup> EuGH, Rs 343/95, *Porto do Genova*, Slg 1997, 1547, Rn 22 – 25.

<sup>40</sup> EuGH, Rs C-369/04, *Hutchison 3G u a*, Slg 2007, I-5247, Rn 43; EuGH, C-284/04, *T-Mobile Austria*, Slg 2007, I-5189, Rn 44 – 46.

<sup>41</sup> Vgl etwa KomE v 7. 3. 2007, Staatliche Beihilfe Nr N 619/2006, *Deutschland – Entwicklung des Flughafens Augsburg*, Rn 24, auffindbar unter: [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2006/n619-06.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2006/n619-06.pdf).

Maritime Verkehrskontrolle und Sicherheit<sup>42</sup>

Normierungsaktivitäten sowie damit zusammenhängende Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten<sup>43</sup>

Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Maßnahmen des Strafvollzugs<sup>44</sup>

Finanzierung und Überwachung der Errichtung von Eisenbahninfrastruktur<sup>45</sup>

Tätigkeiten im Bereich der Armee oder der Polizei<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Arbeitspapier der Kommission, Häufig gestellte Fragen in Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, SEK (2007) 1516 endg, 10.

<sup>43</sup> EuG, T-155/04, *Selex*, Slg 2006, II-4797, Rn 69 u 82.

<sup>44</sup> Arbeitspapier (FN 18) 10.

<sup>45</sup> KomE v 7. 6. 2006, State Aid No N 478/2004, *Ireland – State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÈ) for infrastructure investment*, Rn 24- 31, auffindbar unter: [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2004/n478-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n478-04.pdf).

<sup>46</sup> Arbeitspapier (FN 18) 10.

**Nicht wirtschaftlich aufgrund ihrer ausschließlich sozialen Natur sind:**

Die Verwaltung von Pflichtversicherungen durch Einrichtungen, die eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen und eine Tätigkeit ohne Gewinnzweck ausüben, die auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhen somit Versicherungsleistungen unabhängig von der Höhe der bezahlten Beiträge erbringen, dabei aber keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen.<sup>47</sup>

Das Anbieten Unterricht in bestimmten Einrichtungen, die zu einem staatlichen Bildungssystem gehören und ganz oder hauptsächlich aus öffentlichen Mitteln finanziert wurden, da der Staat durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfüllt<sup>48</sup>

**Wirtschaftlich trotz ihrer sozialen Natur sind:**

Die Tätigkeit eines nach dem Kapitalisierungsprinzip eingerichteten und im Wettbewerb zu Versicherungsgesellschaften stehenden Rentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, das durch einen Tarifvertrag zwischen den Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs vertreten, geschaffen worden ist, bei dem die Mitgliedschaft für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs durch den Staat verbindlich vorgeschrieben worden ist.<sup>49</sup>

Die Verwaltung eines zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem, das insbesondere hinsichtlich der Beitrittsvoraussetzungen, der Beiträge und der Leistungen aufgrund einer Verordnung nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet, auch wenn dieses von einer Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht verwaltet wird.<sup>50</sup>

Krankenhausdienstleistungen, auch dann wenn sie aufgrund des anwendbaren Krankenversicherungssystems kostenlos erbracht werden.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> VerbRs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637, Rn 15 und 18; C-218/00, *Cisal*, Slg 2001, I-691, Rn 43-46; verbRs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK*, Slg 2004, I-2493, Rn 51-57; C-355/00, *Freskot*, Slg 2003, I-5263, Rn 78 f.

<sup>48</sup> Rs 263/86, *Humbel und Edel*, Slg 1988, 5365, Rn 17 f; Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6447, Rn 15 f; C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg 2007, I-6957, Rn 68;

<sup>49</sup> Rs C-67/96, *Albany International*, Slg 1999, I-5751, Rn 81 – 84; verbRs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV*, Slg 1999, I-6025, Rn 80 – 87; Rs C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, Slg 1999, I-6121, Rn 70 – 77.

<sup>50</sup> Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance u a*, Slg 1995, I-4013, Rn 22.

<sup>51</sup> Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5437, Rn 47 – 59.



## 1.2. Reichweite des Beschränkungsbegriffs und Rechtfertigung

### 1.2.1. Diskriminierende Regelungen

Soziale Dienste fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.

In Betracht kommen vor allem die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. Dies bedeutet, dass die Anbieter sozialer Dienste aus anderen Mitgliedstaaten sich grundsätzlich gegenüber Beschränkungen und Behinderungen, mit denen sie bei der Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit in Österreich konfrontiert werden, auf die Grundfreiheiten berufen können. Der Katalog möglicher tatbestandsmäßiger Beschränkungen ist hier denkbar groß. Er umfasst zunächst jedenfalls Regelungen, die tendenziell ausländische Unternehmen gegenüber inländischen Trägern benachteiligen können. Angehörige anderer Mitgliedstaaten sollen unter den gleichen Bedingungen wie Inländer von ihrem Recht auf freie Niederlassung Gebrauch machen dürfen. Eine Benachteiligung von EG-Ausländern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit ist verboten. Art 43 EG umfasst also zunächst jedenfalls ein Diskriminierungsverbot. Verbotenes Differenzierungskriterium ist die Staatsangehörigkeit.

Die Feststellung einer gemeinschaftsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung ist daher einfach. Es ist zu prüfen, ob im konkreten Fall eine andere (oder keine) Bestimmung einschlägig wäre, wenn der betroffene Rechtsunterworfene die Angehörigkeit des Staates hätte, demgegenüber er sich auf das Diskriminierungsverbot beruft. Ist dies gegeben, so liegt eine tatbestandliche Diskriminierung vor. Solange die nationale Norm dabei ausdrücklich auf das in Prüfung gezogene Kriterium der Staatsangehörigkeit abstellt, ist diese Subsumtion unproblematisch. Diese Sachlagen werden als unmittelbare oder offene Diskriminierung bezeichnet. Art 43 EG kann in diesem Zusammenhang auch als besondere Ausgestaltung des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach der Staatsangehörigkeit in Art 12 EG gesehen werden. Solche Diskriminierungen sind jedenfalls verboten. Umstritten ist nur, ob der Umstand einer offenen Diskriminierung für sich allein schon die Rechtswidrigkeit nach sich zieht, ob also ein absolutes Verbot vorliegt, oder ob Rechtfertigungsgründe angeführt werden können.<sup>52</sup>

Diskriminiert nach der Staatsangehörigkeit wird aber auch dann, wenn die Differenzierung zwar nach einem anderen Kriterium erfolgt, die Unterscheidung im Ergebnis aber eine Ausschlusswirkung zeitigt, welche jener des Kriteriums Staatsangehörigkeit in ihrer Wirkung gleichkommt. Auch diese mittelbare oder versteckte Diskriminierung ist nach hM und ständiger Rechtsprechung vom Verbot umfasst. Solche mittelbaren Diskriminierungen sind allerdings einer Rechtfertigung zugänglich. Das heißt, es ist zu prüfen, ob die fragliche Regelung nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.

Vielfach differenzieren nationale Rechtsordnungen, anstatt an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfen, nach der Dauer des Wohnsitzes im Inland. Wengleich solche Bestimmungen formal nicht zwischen In- und Ausländern differenzieren, sind sie doch geeignet, eine Ausschlusswirkung zu zeitigen, die einer Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit gleichkommt. Sie sind insoweit das klassische Beispiel einer versteckten Diskriminierung, ist

<sup>52</sup>

Vgl dazu *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht (2005) Rn 192 mwN.

es doch evident, dass Staatsangehörige eines Landes geradezu regelmäßig das Wohnortfordernis erfüllen werden, Ausländer hingegen nur in viel geringerem Ausmaß.<sup>53</sup>

Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass auch im sozialen Sektor bei geldwerten Zuschüssen und Sachleistungen nicht ohne weiteres nach dem Wohnsitz differenziert werden darf. Vielmehr sind dafür sachliche Gründe nachzuweisen. Dies zeigt ein Beispiel aus dem Gesundheitssektor. In der Rechtssache *Ferlini* hatte der Gerichtshof eine luxemburgische Regelung zu beurteilen, aufgrund deren sich die Anwendung unterschiedlicher Tarife für die Arzt- und Krankenhausleistungen ergab, je nachdem, ob es sich um Personen handelte, die dem luxemburgischen Sozialversicherungssystem angeschlossen waren, oder um solche, bei denen dies nicht der Fall war.<sup>54</sup> Im Ausgangsfall war der Kläger als EG-Beamter nicht im luxemburgischen System versichert. Seine Benachteiligung stellt nach Ansicht des Gerichtshofs eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Während nämlich die dem Krankheitsfürsorgesystem für EG-Beamte und nicht dem nationalen System der sozialen Sicherheit angeschlossenen Personen, die im luxemburgischen Staatsgebiet ärztliche und Krankenhausleistungen in Anspruch nehmen, ganz überwiegend Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien, sind die im Inland wohnhaften luxemburgischen Staatsangehörigen ganz überwiegend dem nationalen System der sozialen Sicherheit angeschlossen. Die fragliche Differenzierung wäre daher nur gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven Erwägungen beruhte, die von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängig sind, und gemessen am rechtmäßig verfolgten Zweck verhältnismäßig wäre. Da für eine Rechtfertigung im Verfahren nichts vorgetragen wurde, stelle die Differenzierung eine von Art 12 EG-V verbotene Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit dar.

Residenzklauseln sind nicht nur für die Empfänger von Dienstleistungen relevant sondern können auch für Dienstleistungserbringer vorgesehen sein. Diskutiert wurde dies beispielsweise in Zusammenhang mit der Auswahl von Vertragsärzten und der diesbezüglichen Festlegung von Reihungsrichtlinien durch die Ärztekammern. Solche Regelungen sind, da sie von Standesorganisationen ausgehen, dem Sektor Staat zuzurechnen. Demgemäß kommt eine Berufung auf die Grundfreiheiten in Betracht. Des Weiteren betreffen solche Regelungen unmittelbar die Aufnahme und die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art 43 EG und fallen daher in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Die Regelungen sind daher einer strengen Sachlichkeitsprüfung zu unterziehen. Auch die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Auswahlkriterien, die auf Sprachkenntnisse abstellen, gehört hierher. In der Vorschreibung deutscher Sprachkenntnisse könnte eine versteckte Diskriminierung zum Nachteil von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gesehen werden. Freilich werden solche Kenntnisse gerade in Bezug auf soziale Leistungen regelmäßig gerechtfertigt werden können, da die Kommunikation mit den Leistungsempfängern sowie allenfalls auch mit öffentlichen Auftraggebern und Verwaltungsbehörden im Allgemeinen ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellen wird.<sup>55</sup>

Zur Gruppe der diskriminierenden Vorschriften bei der Aufnahme oder Ausübung einer beruflichen Tätigkeit im weiteren Sinne gehören auch die Grundsätze, die in der Rsp zur Anerkennung von Diplomen und Befähigungsnachweisen entwickelt hat. Die diesbezügliche

---

<sup>53</sup> Vgl aus der jüngeren Rsp etwa Rs C-456/05, *Kommission/Deutschland*, Urteil v 6.12.2007, noch nicht in Slg veröff. Weiterführend dazu *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri* (FN 52) Rn 193 mN

<sup>54</sup> Rs C-411/98, *Ferlini*, Slg 2000, I-8081.

<sup>55</sup> Der Gerichtshof scheint allerdings bei der Rechtfertigungsprüfung einen außergewöhnlich strengen Maßstab anlegen zu wollen. Vgl Rs C-506/04, *Wilson*, Slg 2006, I-8613, Rn 71 ff.

Grundsatzentscheidung ist das Urteil des Gerichtshofs in der Rs *Vlassopoulou*.<sup>56</sup> Nach dieser Entscheidung sind die Mitgliedstaaten in Ermangelung eines gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Harmonisierung der Ausbildung oder der Zugangsvoraussetzungen für reglementierte Berufe weiterhin zuständig, den Zugang zu diesen Berufen vom Nachweis entsprechender Vorkenntnisse abhängig zu machen, deren Niveau sie weitgehend selbst bestimmen können. Der Aufnahmestaat darf jedoch die von einem Zulassungswerber in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten dabei nicht unberücksichtigt lassen. Er ist vielmehr nach Art 43 verpflichtet, die Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, die der Betroffene erworben hat, um den gleichen Beruf in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, zu berücksichtigen und muss die durch diese Diplome bescheinigten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.<sup>57</sup>

### 1.2.2. Unterschiedslos anwendbare Regelungen

Vom Tatbestand der Grundfreiheiten erfasst sind auch unterschiedslos geltende Maßnahmen, die in- wie ausländische Anbieter gleichermaßen betreffen, die Aufnahme oder Ausübung der Tätigkeit aber behindern, beschränken oder auch nur weniger attraktiv machen.<sup>58</sup>

In praktischer Hinsicht von hoher Bedeutung werden für den sozialen Sektor Beschränkungen der Zahl der Anbieter sein. Aus organisatorischen, qualitativen, nicht zuletzt aber wohl auch finanziellen Gründen (Stichwort angebotsinduzierte Nachfrage), wird die öffentliche Hand geneigt sein, die Zahl der Anbieter zu beschränken. Dies kann in Form eines *numerus clausus* (fixe Zahl der Anbieter; etwa auch im Vertragsarztsystem der Krankenversorgung oder im Apothekensektor), einer nach qualitativen Kriterien festgelegten Beschränkung oder etwa in Form einer Bedarfsprüfung geschehen, bei der die Zulassung zum Markt daran geknüpft wird, dass bestehende Einrichtungen in ihrem Bestand nicht gefährdet werden. Alle diese Einschränkungen sind als tatbestandsmäßige Beschränkungen der Grundfreiheiten anzusehen. Dies ergibt sich für die Dienstleistungsfreiheit schon daraus, dass ein Anbieter in seinem Herkunftsland zur Erbringung seiner Tätigkeit nach den dort geltenden Rechtsvorschriften berechtigt ist, und daher die Heranziehung zusätzlicher Vorschriften des Bestimmungsland zu einer typischen Doppelkontrolle führen würde, die die grenzüberschreitende Erbringung einer Dienstleistung stärker belastet als dies im inländischen Verkehr der Fall wäre. Es überrascht daher nicht, dass der Gerichtshof auch unterschiedslos anwendbare Regelungen zur Bedarfsprüfung der Dienstleistungsfreiheit unterstellt hat.<sup>59</sup>

Differenzierter könnte dies hingegen für die Niederlassungsfreiheit gesehen werden. In Fällen der grenzüberschreitenden Niederlassung verlässt der Anbieter sein Herkunftsland, um auf Dauer einen Sitz im Niederlassungsstaat zu begründen. Damit finden auch in aller Regel die Vorschriften des Herkunftslands keine Anwendung mehr, es sind vielmehr allein die Regeln des neuen Bestimmungslands heranzuziehen. Die für grenzüberschreitende Sachverhalte typische und unerwünschte doppelte Anwendung von Rechtsvorschriften entfällt. Die in Frage stehende nationale Vorschrift wird daher in aller Regeln nicht geeignet sein, EU-Ausländer faktisch schlechter zu stellen oder den grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang stärker zu belasten als den vergleichbaren staatlichen

<sup>56</sup> Rs C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg 1991, I-2357.

<sup>57</sup> Vgl dazu *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri* (FN 52) Rn 197 ff.

<sup>58</sup> Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rn 37.

<sup>59</sup> Rs C-255/04, *Kommission/Frankreich*, Slg 2006, I-5251, Rn 29.

Niederlassungsvorgang. Da die Grundfreiheiten aber wohl nur Binnenmarkthindernisse beseitigen und damit nur solche nationalen Maßnahmen erfassen sollen, die spezifisch den grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austausch beschränken, könnte dies ein Grund sein, derartige Maßnahmen schon aus dem Tatbestand auszuschneiden und nicht als Beschränkungen anzusehen.<sup>60</sup>

Bei der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs hat dieser gedankliche Ansatz bereits konkreten Niederschlag gefunden. Spätestens mit der Rs *Keck*<sup>61</sup> wurde klargestellt, dass Art 28 EG nicht auf eine allgemeine Ausweitung des Warenabsatzes abzielt, sondern nur auf eine Beseitigung jener Einschränkungen, die spezifisch den grenzüberschreitenden Handel belasten. Die so genannten Vertriebsmodalitäten werden in dieser Rs aus dem Anwendungsbereich von Art 28 EG ausgenommen, wenn und soweit sie den Absatz in- und ausländischer Produkte tatsächlich, rechtlich und faktisch in gleicher Weise belasten.<sup>62</sup>

Nun verwendet der Gerichtshof im Kontext der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zwar eine andere als die *Keck*-Formel. Er stellt hier darauf ab, ob die nationale Maßnahme geeignet ist, die Ausübung dieser beiden Freiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>63</sup> Bei der Anwendung dieser Formel schien der Gerichtshof aber doch in einigen Fällen der *Keck*-Logik zu folgen.

So entschied der Gerichtshof in der Rs *Pfeifer*, dass solche nationalen Maßnahmen als relevante Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Tätigkeiten im Niederlassungsmitgliedstaat anzusehen sind, die Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber Gesellschaften des Niederlassungsmitgliedstaates tatsächlich oder rechtlich schlechter stellen, und er bejaht dies schließlich in Bezug auf das in Frage stehende nationale Verbot der Verwendung einer bestimmten Geschäftsbezeichnung, da dieses geeignet sei, die Durchführung einer gemeinschaftsweit einheitlichen Werbekonzeption durch die betreffenden Unternehmen zu beeinträchtigen.<sup>64</sup> In der Rs *Cipolla* entschied der Gerichtshof, dass die Dienstleistungsfreiheit der Anwendung solcher nationalen Vorschriften entgegen steht, die die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen vergleichsweise stärker belasten als die rein innerstaatliche Dienstleistungserbringung, und hält dies in Bezug auf eine nationale Gebührenregelung für Rechtsanwälte für grundsätzlich möglich, da diese EU-ausländischen Rechtsanwälte die Möglichkeit nehmen, durch geringere Honorarforderungen bereits niedergelassenen Rechtsanwälten Konkurrenz zu machen.<sup>65</sup>

Für die Relevanz des Kriteriums der vergleichsweise stärkeren Belastung des grenzüberschreitenden gegenüber dem rein innerstaatlichen Vorgang auch im Kontext der Dienstleistungs- und Personenfreiheiten spricht schließlich auch, dass der Gerichtshof nationale Berufsausübungsbeschränkungen (zB Eintragungserfordernisse) differenziert danach beurteilt, ob es sich um einen Anwendungsfall der Dienstleistungs- oder

<sup>60</sup> Ausführliche Entwicklung dieses Gedankens bei *Eilmansberger*, Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarkts, JBl 1999, 345, 355 ff; sowie *Eilmansberger*, Die Bedarfsprüfung im Krankenanstaltenwesen, in Deutsch-Österreichische Sozialrechtsgespräche 2008 (in Druck).

<sup>61</sup> VerbRs C-267/91 u C-268/91, *Keck*, Slg 1993, I-6097.

<sup>62</sup> VerbRs C-267/91 u C-268/91, *Keck*, Slg 1993, I-6097, Rn 16.

<sup>63</sup> ZB Rs C-19/92, *Kraus*, Slg 1993, I-1663, Rn 32; Rs C-299/02, *Kommission/Niederlande*, Slg 2004, I-9761, Rn 15; Rs C-140/03, *Kommission/Griechenland*, Slg 2005, I-3177, Rn 27; Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rn 37.

<sup>64</sup> Rs C-255/97, *Pfeifer*, Slg 1999, I-2835, Rn 19 f.

<sup>65</sup> Rs C-94/04, *Cipolla*, Slg 2006, I-11421, Rn 57 ff.

Niederlassungsfreiheit handelt.<sup>66</sup> Die Ratio dieser Differenzierung kann nämlich nur darin liegen, dass Vorschriften betreffend die Ausübung bestimmter beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten in der Regel niedergelassene in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen belasten und daher nicht geeignet sind, spezifisch grenzüberschreitende Niederlassungsvorgänge zu beschränken, während die Anwendung solcher ausübungsbezogener Vorschriften auf Unternehmen, die nur gelegentlich und vorübergehend in dem betreffenden Mitgliedstaat tätig werden wollen, häufig sehr wohl zu einer vergleichsweise stärkeren Belastung dieser Unternehmen führt, vor allem, wenn diese Ausübungsbeschränkungen eine Doppelbelastung des Dienstleistungserbringers bewirken.

### 1.2.3. Sonderfall Bedarfsprüfung

Anders zu sehen ist dies jedoch für Bedarfsprüfungsregelungen. Bei diesen handelt es sich um eine besonders gravierende Beschränkungen, die sich nicht darauf beschränkt, die Erbringung bestimmter Leistungen bestimmten Vorgaben zu unterwerfen und die daher lediglich dazu führen, dass die Leistung auf andere Weise oder unter Beachtung bestimmter Auflagen erbracht oder in Anspruch genommen wird. In Bezug auf solche Beschränkungen könnte man wohl auf der Grundlage obiger Überlegungen in der Tat überzeugend argumentieren, dass es darauf ankommen sollte, ob die Beschränkungen spezifisch die grenzüberschreitende Leistungserbringung qua Niederlassung oder auf andere Weise behindern, oder die Erbringung oder Inanspruchnahme der Leistungen ganz allgemein (ohne stärkere Belastung des grenzüberschreitenden Vorgangs).<sup>67</sup>

Ein Bedarfsprüfungserfordernis stellt jedoch eine ganz besonders gravierende Tätigkeitsbeschränkung dar, nämlich eine Zugangsschranke, die dem EU-ausländischen Anbieter den Marktzutritt überhaupt verschließen kann. Die Neutralität der Regelung, dh der Umstand, dass gleiches für den inländischen Betreiber von Krankenanstalten gilt, vermag für sich allein die Unbedenklichkeit der Maßnahme unter dem Blickwinkel der Niederlassungsfreiheit mE nicht zu begründen. Solche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind von der obigen Formel, nach der die Ausübung dieser beiden Freiheiten nicht behindert oder weniger attraktiv gemacht werden darf, wohl erfasst.<sup>68</sup>

Auch im Warenverkehrskontext wird für solche marktverschließende Regelungen im Übrigen eine Anwendbarkeit des Art 28 EG angenommen, und zwar auch dann, wenn diese völlig neutral sind. Schon in *Keck* begründet der Gerichtshof die Herausnahme von bestimmten Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit damit, dass die Anwendung solcher Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet ist, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren (oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut).<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> So kann etwa die Verpflichtung zur Eintragung in ein Berufsregister nach Ansicht des EuGH unbedenklich (und damit mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar) sein, in Bezug auf nur gelegentlich in dem Mitgliedstaat tätige Unternehmen aber (mit der Dienstleistungsfreiheit) unvereinbar sein; Rs C-58/98, *Corsten*, Slg 2000, I-7919, Rn 45.

<sup>67</sup> IdS auch *Runggaldier*, Bedarfsprüfung für private Ambulatorien aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht, FS Krejci (2001) 1653, 1667.

<sup>68</sup> Ebenso schon *Eilmansberger*, Bedarfsprüfung (FN 60).

<sup>69</sup> VerbRs C-267/91 u C-268/91, *Keck*, Slg 1993, I-6097, Rn 17.

Den Marktzugang potentiell völlig verschließende Normen dürften daher auch unter dem Regime der Niederlassungsfreiheit einem erhöhten Rechtfertigungsbedarf unterliegen.<sup>70</sup> Es dürfte nicht ausreichen, dass die Regelung insoweit In- und EU-Ausländer rechtlich und faktisch in gleicher Weise behindert. In diesem Sinne stellte der Gerichtshof auch im Fall *Mac Quen* in Bezug auf eine nationale Vorschrift, die bestimmte Tätigkeiten bestimmten Berufsträgern vorbehielt und damit anderen Selbständigen bzw Unternehmen die Ausübung dieser Tätigkeiten untersagte (und damit ein Niederlassungshindernis errichtete), fest, dass eine solche Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ungeachtet ihrer gänzlich diskriminierungsfreien Ausgestaltung nur dann zulässig ist, wenn sie einer besonderen Rechtfertigung zugänglich ist.<sup>71</sup>

Es ist daher davon auszugehen, dass der EuGH Bedarfsprüfungsregelungen auch der Niederlassungsfreiheit unterstellen wird. Dies ist im Übrigen auch Gegenstand eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens in der Rs *Hartlauer*<sup>72</sup> zu entsprechenden Vorschriften im österreichischen Krankenanstaltenrecht. In dieser Rechtssache scheint auch der VwGH in seinem Vorlagebeschluss davon auszugehen, dass es sich um eine Regelung handelt, die die Ausübung dieser Freiheit behindern oder weniger attraktiv machen kann.<sup>73</sup>

#### 1.2.4. Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses

Die Einordnung einer nationalen Maßnahme als Beschränkung im Sinne der Grundfreiheiten heißt jedoch keineswegs, dass sie als solche per se gemeinschaftsrechtlich verboten wäre. Es ist vielmehr zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Regelung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und damit beibehalten werden kann. In seiner bisherigen Rsp hat der EuGH die Notwendigkeit von Beschränkungen zu Gunsten von Daseinsvorsorgeleistungen durchaus anerkannt, soweit ein wirklicher Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen nachgewiesen wird und bei freiem Wettbewerb die Leistung nicht in ausreichendem Maße angeboten würde. Das konkrete Regelungsinstrument muss allerdings erforderlich sein, zu dem verfolgten Ziel in angemessenem Verhältnis stehen und auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind. Für den sozialen Sektor können hier gewisse Aussagen aus der Rsp zu Gesundheitsdienstleistungen gewonnen werden. Für diese hat der Gerichtshof schon seit längerem geklärt, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrecht zu erhalten, sogar zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nach Art 46 Abs 1 EG zählen kann, soweit dieses Ziel zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beiträgt.<sup>74</sup> Des Weiteren hat der Gerichtshof bereits mehrfach anerkannt, dass die Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt.<sup>75</sup> Leisten die beschränkenden Regelungsinstrumente einen Beitrag zur Erreichung dieser gemeinschaftsrechtlich anerkannten Regelungsziele, so können

<sup>70</sup> So auch *Lafontaine*, National Law on Pharmacies and its Non-Application by a Member State's Public Authorities – DocMorris again leading the way to accomplish Freedom of Establishment, ZEuS 2006, 301, 314.

<sup>71</sup> Rs C-108/96, *Mac Quen*, Slg 2001, I-837, Rn 25 f.

<sup>72</sup> Rs C-169/07, *Hartlauer*, ABl 2007 C 155/8.

<sup>73</sup> Weiterführend dazu *Eilmansberger*, Bedarfsprüfung (FN 60) mwN.

<sup>74</sup> Rs C-158/96, *Kohll*, Slg 1998, I-1931, Rn 50; Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 73; Rs C-358/99, *Müller-Fauré*, Slg 2003, I-4509, Rn 67; Rs C-444/05, *Stamatelaki*, Slg 2007, I-3185, Rn 31.

<sup>75</sup> Rs C-158/96, *Kohll*, Slg 1998, I-1931, Rn 41; Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 72; Rs C-358/99, *Müller-Fauré*, Slg 2003, I-4509, Rn 73; Rs C-444/05, *Stamatelaki*, Slg 2007, I-3185, Rn 30.

sie gerechtfertigt sein. Dazu ist allerdings eine sehr stringente Verhältnismäßigkeit anzustellen, um nachzuweisen, dass das betreffende Instrument die Binnenmarktregeln nicht stärker einschränkt, als notwendig ist, um die betreffenden Ziele zu erreichen. Dies wird oft erst autoritativ durch die Rsp des Gerichtshofs geschehen, was den betreffenden Sektor mit erheblichen Unklarheiten über die Rechtskonformität der Regelungen belastet. Es wäre daher zu überlegen, in welcher Weise ein Sekundärrechtsakt hier Klarstellungen treffen kann.

Dazu wird es notwendig sein, die mit der einschränkenden Regelung verfolgten Zielsetzungen möglichst präzise zu bestimmen. Hierzu kann beispielhaft das in Rs *Hartlauer*<sup>76</sup> zu prüfende Regelungsregime herangezogen werden. Die dort vom Gerichtshof zu entwickelnden Kriterien für eine Rechtfertigungsprüfung werden mutatis mutandis auch auf weite Bereiche des sozialen Sektors zu übertragen sein. Die Regelungsziele der umfassenden und hochwertigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung, und die Kontrolle der daraus entstehenden finanziellen Belastung für die öffentliche Hand sind noch zu allgemein, um unmittelbar als Anknüpfungspunkt für den Verhältnismäßigkeitstest dienen zu können. Im Einzelnen könnten es nun folgende Subziele sein, die mit dieser Regelung konkret verfolgt werden.<sup>77</sup>

Zum einen soll die Regelung wohl gemeinwirtschaftliche bzw iwS öffentlich finanzierte Einrichtungen für die Erbringung von Gesundheitsleistungen in ihrem Bestand schützen; mit dem Ziel einer Kontrolle der finanziellen Belastungen durch das System der Gesundheitsvorsorge steht das insoweit im Zusammenhang, als ein Konkurrenzschutz zugunsten dieser öffentlich finanzierten Einrichtungen einen effizienten Einsatz öffentlicher Ressourcen in diesem Bereich ermöglichen sollte. Dieser Bestands- oder Konkurrenzschutz kann auch im Zusammenhang mit dem Ziel der Gewährleistung einer flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung gesehen werden.

Die Bedarfsprüfungsregelung kann schließlich noch einen weiteren Beitrag zur Kontrolle der der öffentlichen Hand entstehenden finanziellen Belastung im Bereich der Gesundheitsvorsorge leisten. Durch die damit bewirkte Begrenzung des Angebots medizinischer Leistungen, bzw durch die damit mögliche Ausrichtung dieses Angebots am bestehenden Bedarf, könnte das Entstehen einer hauptsächlich angebotsinduzierten Nachfrage verhindert und damit der Finanzierungsaufwand für die Subventionierung medizinischer Dienstleistungen insgesamt begrenzt werden (Verhinderung einer angebotsinduzierten Nachfrage).

Es stellt sich daher die Frage, ob ein Konkurrenz- und Bestandsschutz all dieser Einrichtungen geeignet und vor allem auch erforderlich ist, um die beiden Ziele einer Kostenkontrolle und Gewährleistung einer flächendeckenden und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Gesundheitsleistungen zu erreichen; bzw umgekehrt: ob eine unbegrenzte Zulassung erwerbswirtschaftlicher Einrichtungen (im Fall der Rs *Hartlauer* von Zahnambulatorien) tatsächlich geeignet ist, die genannten gemeinwirtschaftlichen oder im weiteren Sinn öffentlich finanzierten Erbringer von Gesundheitsdienstleistungen in ihrem Bestand zu gefährden.

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlich zulässigen Nutznießer bedarfsorientierter Einschränkungen kann zunächst darauf hingewiesen werden, dass der Gerichtshof bereits mehrfach anerkannt hat, dass Mitgliedstaaten ein gerechtfertigtes Interesse daran haben, dass

---

<sup>76</sup> Vorabentscheidungsersuchen, anhängig als Rs C-169/07, *Hartlauer*, ABI 2007 C 155/8.

<sup>77</sup> Ebenso schon *Eilmansberger*, Bedarfsprüfung (FN 60) mwN.

das Angebot von Krankenanstalten genau geplant wird.<sup>78</sup> Im Urteil *Smits und Peerbooms* führt der Gerichtshof aus, dass die Zahl der Krankenhäuser, ihre geographische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügen, aber auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können, Gegenstand einer Planung sein müssen. Denn zum einen bezwecke diese Planung im betreffenden Staat zu gewährleisten, dass ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung ständig in ausreichendem Maß zugänglich ist. Zum anderen solle sie dazu beitragen die Kosten zu beherrschen und soweit wie möglich jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern. Eine solche Verschwendung wäre nach Ansicht des EuGH umso schädlicher, als der Sektor der Krankenversorgung bekanntlich erhebliche Kosten verursache und wachsenden Bedürfnissen entsprechen müsse, während die für die Gesundheitspflege bereit gestellten finanziellen Mittel unabhängig von der Art und Weise ihrer Finanzierung nicht unbegrenzt seien.<sup>79</sup> Eine weitgehend vergleichbare Situation wird wohl auf weite Teile des sozialen Sektors ins Treffen geführt werden können. Auf die Zulässigkeit einer Sicherstellung der Auslastung inländischer Krankenhäuser unter eben diesen Gesichtspunkten und damit eine mögliche Rechtfertigung für eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs in diesem verwies im Übrigen bereits GA *Tesauro* in der Rs *Kohll*.<sup>80</sup>

Dazu wäre allerdings empirisch nachzuweisen, dass die unbegrenzte Zulassung privater erwerbswirtschaftlich geführter Einrichtungen tatsächlich dazu führen würde, dass gemeinwirtschaftliche Betreiber, wenn auch nicht in ihrem Bestand gefährdet, aber doch in ihrer wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werden, etwa weil sie durch eine Art Rosinenpicken daran gehindert werden, wichtige Arten von Einnahmen zu erzielen oder weil sie mangels Auslastung bereitzustellender Ressourcen im Sach- und Personalbereich keine ausreichende Kostendeckung mehr erzielen können. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der EuGH vor allem an den empirischen Nachweis dieser Zusammenhänge wohl strengere Anforderungen stellen dürfte als der VfGH dies für durchaus vergleichbare Fälle unter dem Blickwinkel des innerstaatlichen Grundrechtsschutzes getan hat.<sup>81</sup>

#### 1.2.5. Rechtsformvorbehalte zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen

Abschließend sei aus den Typen möglicher Beschränkungen der Grundfreiheiten noch jener von Rechtsformvorbehalten zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen herausgegriffen. Die Mitgliedstaaten greifen mitunter zu Regelungen, mit denen gewisse Tätigkeiten vor allem des sozialen Sektors gemeinnützigen Einrichtungen vorbehalten bleiben. Damit werden gewinnorientierte Unternehmen von der Erbringung gleicher Leistungen im Markt ausgeschlossen. Aus der Sicht ausländischer Unternehmen stellt dies eine klassische Beschränkung im Binnenmarkt dar. Der Europäische Gerichtshof hat dazu, soweit ersichtlich, erst einmal Stellung genommen, und zwar in der Rs *Sodemare*. Diese betraf eine Regelung der italienischen Region Lombardei, nach der der Betrieb von Pflegeeinrichtungen gemeinnützigen Trägern vorbehalten war. Gewinnorientierte Unternehmen waren damit ausgeschlossen. GA *Fennelly* wollte darin eine unzulässige Diskriminierung zu Lasten ausländischer Anbieter sehen. Seiner Ansicht nach würden nach dem Grundsatz "charity begins at home" die meisten wohltätigen Bemühungen im Bereich der Altenpflege auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene vollzogen. In der Lombardei würden sämtliche

<sup>78</sup> Vgl auch *Windisch-Graetz*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht, ZfV 2002, 734, 745.

<sup>79</sup> Rs C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rn 76 ff; zuletzt auch wieder Rs 372/04, *Yvonne Watts*, Slg 2006, I-4325, Rn 108 ff.

<sup>80</sup> Rs C-158/96, *Kohll*, Slg 1998, I-1931, Rn 57 ff.

<sup>81</sup> Vgl VfSlg 15.456; wie hier auch *Eilmansberger*, Bedarfsprüfung (FN 60).



unter Vertrag genommene private Heime von in der Region ansässigen Gremien betrieben. Es sei daher anzunehmen, dass nichtitalienische Unternehmen nicht bereit wären, die Rechtsform einer ohne Gewinnstreben arbeitenden Einrichtung anzunehmen, um in der Lombardei tätig werden zu können.<sup>82</sup> Der EuGH ist dieser Auffassung zu Recht nicht gefolgt. Dass Gesellschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen, sich nicht automatisch an der Durchführung eines gesetzlichen Systems der Sozialhilfe beteiligen können, könne die Gesellschaften mit Erwerbszweck aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber solchen Gesellschaften des Niederlassungsmitgliedstaats weder sachlich noch rechtlich benachteiligen. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts könne ein Mitgliedstaat daher im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen, dass ein System der Sozialhilfe der fraglichen Art seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen.<sup>83</sup> Die genaue dogmatische Auslegung dieser Festlegung bleibt offen. Es ist jedoch jedenfalls davon auszugehen, dass der Gerichtshof solche Beschränkungen aus sozialen Gründen als gerechtfertigt ansieht.<sup>84</sup> Die Begründung dieser Entscheidung ist jedoch ausgesprochen knapp ausgefallen und lässt daher wenig Spielraum für eine Übertragung der Grundsätze auf andere Sachverhaltskonstellationen. Ergebnis ist auch hier wiederum eine hohe Rechtsunsicherheit, der allenfalls wiederum durch eine sekundärrechtliche Klarstellung begegnet werden könnte.

### 1.3. Auswirkungen der Dienstleistungs-Richtlinie

#### 1.3.1. Zum Verhältnis zwischen Richtlinie und Primärrecht

Die neue RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie)<sup>85</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten in weitgehender Übernahme und Kodifikation der entsprechenden Vorgaben aus der Rechtsprechung, ihre gesamte Rechtsordnung im Hinblick auf die Existenz bestimmter in ihr angeführter Beschränkungsformen hin zu untersuchen. Zu diesem Zweck wird zwischen Bestimmungen über die dauerhafte Niederlassung des Dienstleistungserbringers im Aufnahmestaat (Niederlassungsfreiheit) und Vorschriften über die vorübergehende Aufnahme einer Tätigkeit (Dienstleistungsfreiheit) unterschieden. Von letzterem Kapitel sind Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ausgenommen (Art 17 Z 1). Da soziale Dienste überwiegend in diese Kategorie fallen werden, kommen daher allein die Bestimmungen der RL über die Niederlassung zur Anwendung. Diese verpflichtet zu einem umfassenden horizontalen Screening der nationalen Rechtsordnung für der RL unterfallenden Anforderungen und sehen eine umfassende Notifikationspflicht an die Kommission vor. Dies betrifft sowohl Bundes- als auch Landesvorschriften. Zu den grundsätzlich berichtspflichtigen Anforderungen zählen alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, der Rechtsprechung der Verwaltungspraxis oder den Regeln von Berufsverbänden vorgesehen sind. Der Mehrwert der Richtlinie im Verhältnis zur bestehenden Rechtsprechung besteht hier im Wesentlichen, von der Ausnahme des Art 14 einmal abgesehen, nicht in einer materiellen Verschärfung des bestehenden Acquis sondern ist vielmehr verfahrensrechtlicher Natur: Bislang konnten Hemmnissen im Dienstleistungsverkehr nur auf case by case Basis im Wege einer durchaus langwierigen ex-post Prüfung von der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren beziehungsweise durch betroffenen Wirtschaftsteilnehmer vor nationalen Gerichten und im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens aufgegriffen werden. Durch die Richtlinie wird diese Prüfung

<sup>82</sup> GA Fennelly, Schlussanträge, Rs C-70/95, *Sodemare*, Slg 1997, I-3395, Rn 35.

<sup>83</sup> So Rs C-70/95, *Sodemare*, Slg 1997, I-3395, Rn 32 f.

<sup>84</sup> Monographisch dazu *Eicker*, Grenzüberschreitende gemeinnützige Tätigkeit (2004).

nummehr ex ante und ohne dass es eines Anlassfalls bedürfte durch die Mitgliedstaaten unter der nachprüfenden Kontrolle von Kommission und EuGH durchgeführt.

### 1.3.2. Anwendungsbereich der Richtlinie

Die im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens durchaus umstrittenen und im Ergebnis stark erweiterten Ausnahmen vom Anwendungsbereich der RL sind daher materiellrechtlich nur bedingt von Bedeutung. Sie entbinden die Mitgliedstaaten lediglich von der Verpflichtung zur ex-ante Kontrolle und den Berichtspflichten, nicht aber von der Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts. Für letzteres bleibt es bei der ex-post Prüfung im Einzelfall.

Zu den nicht von der RL erfassten Bereichen zählen zunächst die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen. Die oben erörterte Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen ist daher unmittelbar auch für die Frage der Anwendbarkeit der RL relevant. Unklar ist in diesem Zusammenhang der Bedeutungsgehalt von Art 2 Abs 2 lit a). Dieser nimmt nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus. Allerdings sind unter Dienstleistung im Sinne der RL ohnehin nur jene zu verstehen, die nach Art 50 EG gegen Entgelt erbracht werden.<sup>86</sup> Nach der Rsp als nichtwirtschaftlich qualifizierte Leistungen waren daher analog zum Primärrecht auch von der RL nie erfasst. Der Ausnahme nach Art 2 kommt daher wohl nur klarstellende Bedeutung zu.

Anders ist die Rechtslage für bestimmte Typen von Gesundheits- und sozialen Dienstleistungen zu sehen. Diese werden in der Regel als wirtschaftliche Leistungen anzusehen sein und unterfallen daher dem Primärrecht. Sie sind aber ausdrücklich von der Richtlinie ausgenommen. Dazu zählen zunächst Gesundheitsdienste unabhängig von ihrer privaten oder öffentlichen Organisationsform und der Art ihrer Finanzierung. Unter Gesundheitsdiensten sind nach Ansicht der Kommission<sup>87</sup> gesundheits- und pharmazeutische Dienstleistungen zu verstehen, die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen. Diese werden somit auch Leistungen umfassen, die in Österreich etwa in Form von Pflegeleistungen oder im sozialmedizinischen Bereichen außerhalb des klassischen Gesundheitssektors erbracht werden. Ausgenommen sind darüber hinaus auch bestimmte Formen von sozialen Diensten, nämlich solche, die im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen erbracht werden. Dies allerdings nur dann, wenn sie vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden. Unter letzteren will die Kommission insbesondere auch Kirchen und kirchliche Einrichtungen verstehen<sup>88</sup>. Als abschließende Einschränkung wird dies aber nicht zu verstehen sein. Gewinnerorientierte Einrichtungen sind jedenfalls erfasst. Dies wirft diffizile Abgrenzungsprobleme auf, wenn innerstaatlich nicht zwischen gemeinwirtschaftlichen und erwerbswirtschaftlichen Leistungen differenziert wird, sondern nur die Leistung als solche einer Regelung unterworfen wird. In einem solchen Fall wäre eine Anpassung an die Anforderungen der RL gemeinschaftsrechtlich nur für die gewinnorientierten Träger erforderlich. Sollte damit eine

---

<sup>85</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl 2006 L 376/36 (idF DL-RL).

<sup>86</sup> Vgl die Begriffsbestimmung in Art 4 Z 1.

<sup>87</sup> Vgl Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf) (10.06.2007) 13.

<sup>88</sup> Handbuch (FN 87) 14.

Privilegierung von gemeinnützigen Einrichtungen verbunden sein, könnte dies innerstaatlich mit verfassungsrechtlichen Argumenten aufgegriffen werden, so für die Differenzierung keine sachlichen Gründe bestehen.

### 1.3.3. Materieller Regelungsgehalt

Für die übrigen, nicht ausdrücklich ausgenommen Dienstleistungen wirtschaftlicher Natur kommen die Bestimmungen der RL zur Anwendung. Hierbei ist zwischen Beschränkungsformen zu unterscheiden, die absolut unzulässig sind, und jenen die im Hinblick auf zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können.

Erstere sind auf einer schwarzen Liste in Art 14 zusammengefasst. Für letztere ist zwischen zum Stichtag 28.12.2006 bestehenden Regelungen und neuen Vorschriften zu unterscheiden. Über den Altbestand ist der Kommission lediglich zu berichten und darzutun, warum der Mitgliedstaat glaubt, den Anforderungen Rechnung zu tragen. Neue Rechtsvorschriften sind hingegen der Kommission zu notifizieren und dürfen erst nach einem Widerspruchsverfahren erlassen werden (vgl Art 15 Abs 5 ff DL-RL).

Zu den grundsätzlich verbotenen Anforderungen zählen etwa Staatsangehörigkeitserfordernisse, Residenzpflichten, aber gemäß Art 14 Z 5 auch Bedarfsprüfungen im Sinne einer wirtschaftlichen Überprüfung im Einzelfall. Bedarfsprüfungen können daher nur mehr in den nicht von der Richtlinie erfassten Bereichen beibehalten werden. Das Verbot ist absolut und anders als die übrigen Anforderungen nach Art 15 vom Ergebnis einer Rechtfertigungsprüfung abhängig. Allerdings stellt Art 14 Z 5 letzter Satz klar, dass das Verbot von Bedarfsprüfungen nicht Planungserfordernisse betreffe, die keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen, sondern zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen. Die Kommission scheint diese Ausnahme einschränkend nur auf territoriale Planungserfordernisse beziehen zu wollen, die keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen und nennt beispielhaft den Schutz der städtischen Umwelt und der Sicherheit im Straßenverkehr.<sup>89</sup> Richtig ist, dass nach der Rsp Gründe rein wirtschaftlicher Natur wie etwa der Schutz bestimmter Marktteilnehmer oder die Aufrechterhaltung einer bestimmten Marktstruktur keine zulässigen Rechtfertigungsgründe darstellen. Eine Einschränkung auf stadtplanerische Überlegung würde jedoch zu kurz greifen. Gerade für den sozialen Sektor, soweit er von der RL erfasst ist, können durchaus auch Gründe wie sozialpolitische Zielsetzungen, der Schutz von Dienstleistungsempfängern oder die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit herangezogen werden.

Zu den nicht absolut verbotenen, aber ua im Hinblick auf Notwendigkeit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfenden Anforderungen nach Art 15 zählen beispielsweise Rechtsformvorbehalte, Anforderungen im Hinblick auf Beteiligungen an Gesellschaftsvermögen, Anforderungen, die eine Mindestbeschäftigtenzahl verlangen oder Höchst- oder Mindestpreisvorschriften. Dies hat zur Folge, dass Regelungen, die bestimmte Tätigkeiten des sozialen Sektors gemeinnützigen Einrichtungen vorbehalten sollen, der Kommission zu notifizieren und im Hinblick auf ihre Notwendigkeit zu evaluieren sind.<sup>90</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Kommission den eher großzügigen Ermessensspielraum, den der EuGH in *Sodemare* angelegt hat, sich auch für ihre Prüfung zu eigen macht,<sup>91</sup> zumal nach den

---

<sup>89</sup> So auch die Kommission in ihrem Handbuch (FN 87) 36.

<sup>90</sup> Handbuch (FN 87) 39.

<sup>91</sup> In einem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, SEC(2007) 1514, 11, Rn 2.7 ist von der Notwendigkeit einer case by case Prüfung die Rede.

Ausführungen des Generalanwalts eine diskriminierende Wirkung nicht auszuschließen sei.<sup>92</sup> Ein allfälliger Rechtsakt zu Daseinsvorsorgeleistungen könnte hier Rechtssicherheit bringen.<sup>93</sup>

Abschließend ist noch auf Art 9 der Richtlinie hinzuweisen. Einer separaten Berichtspflicht unterstellt ist dort jede Form von Genehmigungsverfahren. Darunter versteht die RL jedes Verfahren, das einen Dienstleistungserbringer verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken.<sup>94</sup> Solche Genehmigungsverfahren dürfen in Zukunft nur beibehalten werden, wenn sie diskriminierungsfrei ausgestaltet und aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.

## 2. Wettbewerbsrecht

### 2.1. Ausgangslage und Problembeschreibung

Eine weitere wichtige Einfallspforte des Gemeinschaftsrechts stellen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags dar. Die Erbringung sozialer Dienstleistungen wird in vielen Fällen von staatlichen oder staatsnahen Einrichtungen organisiert, koordiniert oder auf andere Weise beeinflusst. Soweit damit Auswirkungen auf den Wettbewerb im sozialen Sektor verbunden sind, könnten solche Verhaltensweisen unter bestimmten Umständen dem Kartellverbot des Art 81 EG unterliegen.

Eine typische Besonderheit des sozialen Sektors besteht weiters darin, dass bestimmte soziale Dienstleistungen, man denke etwa an Leistungen der Bewährungshilfe, der Flüchtlingsbetreuung etc, im Wesentlichen allein von staatlichen Stellen nachgefragt werden. Treten diese somit auf den entsprechend abzugrenzenden Märkten als marktbeherrschender Nachfrager auf, so sind die Vorgaben des Art 82 EG zu beachten. Zu denken wäre hier beispielsweise an die Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen<sup>95</sup> bzw das Verbot der Anwendung diskriminierender Geschäftsbedingungen zu Lasten einzelner Anbieter.<sup>96</sup>

### 2.2. Soziale Einrichtungen als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts

Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln ist ungeachtet der Sonderbestimmungen nach Art 86 Abs 2 EG von der Erfüllung einer ganzen Reihe von Tatbestandsmerkmalen abhängig. Von zentraler Bedeutung ist hier die Festlegung des Unternehmensbegriffs. Das Angebots- sowie das Nachfrageverhalten öffentlicher Einrichtungen sind dann den Wettbewerbsregeln unterstellt, wenn es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Das Problem stellt sich hier analog zur Abgrenzung bei den Grundfreiheiten.<sup>97</sup> Darüber hinaus hat der Gerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung<sup>98</sup> auch das Nachfrageverhalten staatlicher

---

<sup>92</sup> Diese Ansicht wird hier nicht geteilt. Vgl oben I.2.5.

<sup>93</sup> Vgl dazu unten II.2.

<sup>94</sup> Vgl Art 4 Ziff 6 DL-RL.

<sup>95</sup> Näher dazu etwa *Eilmansberger* in *Streinz*, EUV/EGV – Kommentar (2003) Art 82 Rn 24 ff mwN.

<sup>96</sup> Vgl *Eilmansberger* (FN 95) Art 82 Rn 35 ff mN.

<sup>97</sup> Vgl dazu oben I. 1.

<sup>98</sup> VerbRs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493; und Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295. Näher dazu *Krajewski/Farley*, Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after *FENIN*, ELR 2007, 109; krit dazu („detrimental effect on social welfare“) *Roth*, Urteilsanmerkung zu

Stellen, die angebotsseitig in nichtwirtschaftlicher Art und Weise tätig werden, vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ausgeklammert. Die dazu vom Gerichtshof herangezogenen Kriterien sind für den sozialen Sektor von hoher Relevanz.<sup>99</sup>

Die bisherigen Ausführungen haben sich auf die Frage bezogen, unter welchen Voraussetzungen die *Erbringung* einer Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist. Davon zu unterscheiden ist hingegen die Frage, ob auch die *Nachfrage* nach einer Dienstleistung (oder einer Ware) für sich genommen eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt und daher dem Wettbewerbsrecht unterstellt ist. Praktisch relevant kann dies etwa in Konstellationen sein, in denen sich ein Lieferant gegenüber einem marktstarken Nachfrager auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art 82 EG berufen will.

Unstrittigerweise wird dies möglich sein, wenn sich die nachfragende Einrichtung selbst unternehmerisch betätigt, indem sie Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt anbietet. Nach der Rsp scheint allerdings ein Konnex zwischen dieser wirtschaftlichen Tätigkeit und den nachgefragten Gütern oder Dienstleistungen bestehen zu müssen. So hat der EuGH in der Rs *Pavlov* die Beitragszahlung zu einem Berufsrentensystem für Fachärzte als eine unternehmerische Tätigkeit qualifiziert und dies damit begründet, dass die Beitragszahlung eng an die Ausübung der Berufstätigkeit der Fachärzte geknüpft ist.<sup>100</sup>

Es stellt sich daher die Frage, wie kartellrechtlich die Nachfragemacht von Einrichtungen zu beurteilen ist, die angebotsseitig nicht unternehmerisch tätig werden. Dies betrifft zunächst die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand, wenn diese Leistungen am Markt beschafft, die sie zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötigt. Gerade im sozialen Bereich werden Leistungen typischerweise oft nur von der öffentlichen Hand nachgefragt. Man denke etwa an Leistungen der Jugendwohlfahrt oder bestimmte Sozial- oder Gesundheitsdienstleistungen. Würde man hier die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln bejahen, könnten sich etwa Anbieter gegen unbillige Preise, die ihnen von der marktbeherrschenden öffentlichen Einrichtung aufgezwungen werden, unter Berufung auf Art 82 EG zur Wehr setzen.<sup>101</sup>

Von großer Bedeutung ist diese Fragestellung vor allem für die gesetzlichen Krankenversicherer. Diese werden, wie oben ausgeführt, im Verhältnis zu den Versicherten nach der Judikatur der Gemeinschaftsgerichte nicht als Unternehmer tätig. Es stellt sich daher die Frage, ob sich auch Anbieter von Leistungen, wie beispielsweise Arzneimittelhändler, ihnen gegenüber nicht auf die Wettbewerbsregeln berufen können.<sup>102</sup>

---

FENIN, CMLR 2007, 1131, 1140, auch unter Berufung auf gegenteilige nationale Rsp zum deutschen und britischen Wettbewerbsrecht.

<sup>99</sup> Vgl zB Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089.

<sup>100</sup> VerbRs C-180/98 – C-184/98, *Pavel Pavlov ua*, Slg 2000, I-6451, Rn 79.

<sup>101</sup> Vgl dazu etwa die Entscheidung des englischen Competition Commission Appeal Tribunal in der Rechtssache *BetterCare/The Director of Fair Trading* Rechtssache Nr. 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299. Der North & West Belfast Health & Social Services Trust war gesetzlich dazu verpflichtet, Dienstleistungen auf dem Gebiet der Krankenpflege und des Wohnens für Senioren anzubieten. Er ist Eigentümer von Heimen, von denen einige von privaten Unternehmen geführt werden. Eines dieser Unternehmen, die BetterCare, beschwerte sich darüber, dass der N&W seine beherrschende Stellung als einziger Abnehmer ihrer Dienstleistungen missbraucht habe, indem er ihr zu niedrigen Preisen aufgezwungen habe.

<sup>102</sup> Vgl dazu *Herzig*, Prinzipien und Zielsetzungen des europäischen Wirtschaftsrechts, in *Grillberger/Mosler*, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 47, 56 ff.

Dies war in der gemeinschaftlichen Rechtsprechung lange Zeit ungeklärt. Nach dem Recht etlicher Mitgliedstaaten wird das Beschaffungsverhalten von Nicht-Unternehmern dem nationalen Kartellrecht unterstellt.<sup>103</sup> Auch deutsche Gerichte prüfen die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand regelmäßig an den Bestimmungen des GWB.<sup>104</sup>

Für das gemeinschaftliche Kartellrecht haben jedoch das EuG und, ihm folgend, später auch der Gerichtshof gegenteilig entschieden. Nach der Rechtsauffassung des EuG stellt die Einkaufstätigkeit als solche keine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Bei der Beurteilung der Beschaffungstätigkeit dürfe der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung durch den Käufer getrennt werden. Der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimme daher zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit. Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, zB einer rein sozialen Tätigkeit, zu verwenden, so wird sie nicht schon allein deshalb als Unternehmer tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert.<sup>105</sup> In einer späteren Entscheidung hat sich auch der EuGH, allerdings ohne nähere Auseinandersetzung in der Begründung, im Ergebnis dieser Rechtsauffassung des Gerichts angeschlossen<sup>106</sup> und sodann auch das Urteil des EuG bestätigt.<sup>107</sup>

Im Gefolge des letztgenannten Urteils hat auch das österreichische KOG seine bisher gepflogene Rsp<sup>108</sup> revidiert und entschieden, dass Krankenkassen bei ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit als Nachfrager von ärztlichen Leistungen und Heilmitteln keine Unternehmer im Sinne des österreichischen Kartellgesetzes darstellen, da diese Leistungen auch im Verhältnis zu den Versicherten nichtwirtschaftlich erbracht werden.<sup>109</sup>

Nach der aktuellen Judikatur zum europäischen wie zum österreichischen Kartellrecht fällt somit die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand oder einer NPO, wenn sie im Zusammenhang mit deren nichtwirtschaftlicher Tätigkeit steht, nicht in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts.

Gegen dieses Ergebnis können allerdings die potentiell erheblichen Auswirkungen auf den Markt ins Treffen geführt werden, die eine Nachfragebündelung durch die öffentliche Hand oder andere marktstarke Nachfrager, wie die gesetzlichen Sozialversicherungsträger, haben kann.<sup>110</sup> Folglich stützt sich auch die deutsche Rechtsprechung zur Einbeziehung der Beschaffungstätigkeit in den Anwendungsbereich des GWB auf das hohe Gefährdungspotenzial für den Wettbewerb, das von dieser Nachfragetätigkeit ausgeht. So

<sup>103</sup> Vgl dazu die Nachweise bei GA *Poiarés Maduro*, Schlussanträge, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295, Rn 23 ff. Zur unterschiedlichen Entwicklung der Frage in der Rsp zum gemeinschaftlichen und zum nationalen Kartellrecht vgl *Dreher*, Der neue Einfluss des europäischen Kartellrechts - der Unternehmensbegriff als Beispiel, WuW 2004, 473; vgl weiters *Lange*, Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 953 mN. Weiterführend dazu *Herzig* (FN 102) 58 f.

<sup>104</sup> Vgl zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2002, Verg 6/02, WuW Verg 658; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.5.1998, U (Kart) 11/98 – *Löschfahrzeuge*, WuW DE-R 150.

<sup>105</sup> Rs T-319/99, *FENIN/Kommission*, Slg 2003, II-357, Rn 36 f.

<sup>106</sup> VerbRs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493, Rn 58.

<sup>107</sup> Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295, Rn 26.

<sup>108</sup> KOG 15.12.2003, 16 Ok 12/03.

<sup>109</sup> KOG 14.6.2004, 16 Ok 5/04.

<sup>110</sup> So auch *Koenig/Kühling* in *Streinz*, EUV/EGV (2003) Art 86 Rn 13 mN; *Roth/Ackermann* in *Frankfurter Kommentar*, Band 5 (EG-Kartellrecht), Grundfragen Art 81 Abs 1 EGV Rn 39; wie hier *Eilmansberger* (FN 95) vor Art 81 Rn 27; *Herzig* (FN 13) 105.

betont der BGH in stdRsp, dass das GWB von dem Gedanken getragen sei, im Interesse der Wettbewerbsfreiheit die Tätigkeit aller marktbeherrschenden und preisbindenden Unternehmen zu umfassen. Es stünde daher im Widerspruch mit dieser Zweckrichtung, wenn von der gesetzlichen Regelung gerade öffentlich-rechtliche Körperschaften ausgenommen wären, deren bevorzugte Stellung die Wettbewerbsfreiheit und damit die Grundlage der Wirtschaftsverfassung in besonders hohem Maße beeinflussen und erschüttern kann.<sup>111</sup>

Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass das Potenzial zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit für sich genommen kein relevantes Kriterium zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs sein kann. Wollte man den Unternehmensbegriff durch das Maß an Wettbewerbsverfälschung definieren, das eine wirtschaftliche Tätigkeit hervorrufen kann, so käme dem Tatbestandsmerkmal jede eigenständige abgrenzende Wirkung abhanden. Der Unternehmensbegriff würde damit weitgehend obsolet.

### **2.3. Zur Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte an soziale Einrichtungen**

Die Mitgliedstaaten haben in aller Regel ein vitales Interesse an der Aufrechterhaltung einer flächendeckenden Versorgung mit sozialen Diensten zu (Mindest-)Standards, die sie selber vorgegeben. Sofern diese Dienste in einem wettbewerblich orientierten Umfeld im Markt erbracht werden sollen, kann es notwendig werden, regulierend einzugreifen, um die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge sicherzustellen. Ein solch regulativer Einsatz kann einerseits in der Finanzierung von Ausgleichszahlungen für Leistungen bestehen, die im Markt nicht erbracht werden können. Dies ist gemeinschaftsrechtlich unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten relevant.<sup>112</sup> Andererseits kann der regulative Eingriff aber auch in der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte an die Erbringer von Daseinsvorsorgeleistungen bestehen, die diesen ermöglichen sollen, ihre Leistungen in dem von der öffentlichen Hand gewünschten Ausmaß anzubieten.

Hierbei ist gemeinschaftsrechtlich zu beachten, dass die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Art 86 Abs 1 EG als solches noch keinen Wettbewerbsverstoß darstellt. Ein Mitgliedstaat verletzt aber dann Gemeinschaftsrecht, genauer Art 82 EG, wenn

- den betreffenden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung eingeräumt wurde und
- diese durch die Ausübung der ihnen übertragenen besonderen Rechte ihre beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der diese Unternehmen einen solchen Missbrauch begehen.<sup>113</sup>

Eine marktbeherrschende Stellung wird einem Unternehmen dann eingeräumt, wenn dieses in die Lage versetzt wird, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem ihm die Möglichkeit verschafft wird, sich in nennenswertem Umfang seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten. Eine solche Privilegierung wird also dann in aller Regel nicht gegeben sein, wenn auf dem betreffenden Markt eine Vielzahl von

<sup>111</sup> So BGHZ 36, 91, 102. Vgl dazu auch BGH WuW/E BGH 675, BGH WUW/E BGH 1423.

<sup>112</sup> Dazu sogleich unten I.3.5.

<sup>113</sup> Vgl verbRs C-180/98 – C-184/98, *Pavel Pavlov ua*, Slg 2000, I-6451, Rn 127; und Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 39 f.

Anbietern tätig wird. Anders könnte dies jedoch dann gesehen werden, wenn diese Anbieter von einigen wenigen (allenfalls auch öffentlich rechtlich konstituierten) Verbänden betrieben wird, zumal wenn deren Tätigkeit, wie dies im sozialen Sektor oftmals der Fall ist, durch öffentlich rechtliche Vorschriften koordiniert und gelenkt wird. In Anwendung der im Kartellrecht gebotenen ökonomischen Betrachtungsweise könnte sich hier die Frage stellen, ob diese Verbände und die Mitglieder, aus denen sie bestehen, unabhängig von ihrer rechtlichen Selbständigkeit eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Selbst wenn man aber annimmt, dass die Verbände wirtschaftlich voneinander unabhängig sind, schließt dies eine marktbeherrschende Stellung nicht vollkommen aus. Nach europäischem Kartellrecht kann eine Marktbeherrschung auch durch mehrere Unternehmen vorliegen. Eine solche kollektive Marktbeherrschung ist dann zu bejahen, wenn die einzelnen Einheiten durch wirtschaftliche Bande soweit verbunden sind, dass sie gegenüber Mitbewerben oder Patienten als kollektive Einheit in Erscheinung treten.<sup>114</sup> Diese Verbindungen müssten allerdings so beschaffen sein, dass sie die betreffenden Unternehmen in die Lage versetzen, ein einheitliches Verhalten auf dem Markt zu setzen. Dabei kommen sowohl vertragliche,<sup>115</sup> als auch strukturelle Bande, etwa in Form personeller Verflechtungen auf Führungsebene,<sup>116</sup> in Betracht.

Was die zweite der oben angeführten Voraussetzungen betrifft, so liegt nach der Rechtsprechung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unter anderem dann vor, wenn der Marktbeherrscher Mitbewerber oder dritte Unternehmen daran hindert, von ihm durchgeführte Leistungen am Markt anzubieten. Hierzu hat der EuGH in der Rs *Ambulanz Glöckner* klargestellt, dass schon allein in der vom Gesetz eingeräumten Konsultation zur Frage, ob ein Bedarf an der beantragten Leistung vorliegt, eine solche Behinderungshandlung liegen kann.<sup>117</sup> Dies ist auch folgerichtig, da ein System der Bedarfsprüfung, wie es dieser Rechtssache zugrunde lag, dem Marktbeherrscher in der Tat ein sehr wirksames Instrument in die Hand gibt, Wettbewerber vom vorbehaltenen Markt fernzuhalten.

Auch die Erfüllung der soeben diskutierten Voraussetzungen führt jedoch für sich genommen noch nicht zu einer Verletzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. Dazu sind als weitere Tatbestandselemente die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und die marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes nachzuweisen. Dies wird aufgrund der oftmals kleinteiligen Organisationsstruktur und der lokalen Ausrichtung im sozialen Sektor vielfach nicht möglich sein, sodass eine Anwendung der Wettbewerbsregeln mangels Bezug zum Binnenmarkt ausscheidet. Der Handel zwischen Mitgliedstaaten ist nach der Judikatur durch eine Maßnahme beeinträchtigt, die ein Unternehmen daran hindert, in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung zu errichten, um dort auf dem fraglichen Markt Leistungen zu erbringen.<sup>118</sup> Der Gerichtshof hat dazu festgestellt, dass der Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung nicht erforderlich sei; eine potenzielle Auswirkung reiche aus.<sup>119</sup> Die fragliche Auswirkung muss aber doch „spürbar“ und nicht nur geringfügig sein.<sup>120</sup> Für in aller Regel lokal erbrachte soziale Dienste müssten also erst zusätzliche Merkmale hinzutreten, die zur Anwendung der Wettbewerbsregeln führen. Es wäre zumindest potentiell nachzuweisen, dass internationale Anbieter an einem Markteintritt Interesse haben könnten. Ein

<sup>114</sup> Vgl. verbRs C-395/96 und C-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports ua/Kommission*, Slg 2000, I-1365, Rn 39.

<sup>115</sup> Vgl. verbRs C-395/96 und C-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports ua/Kommission*, Slg 2000, I-1365, Rn 45; KO-E 1999/329/EG, *P&I Clubs*, AB1 1999 L 125/12, Rn 122.

<sup>116</sup> Zu diesen zB näher Rs T-228/97, *Irish Sugar/Kommission*, Slg 1999, II-2969, Rn 51 f.

<sup>117</sup> Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089.

<sup>118</sup> Vgl. Urteil in der Rs 161/84, *Pronuptia*, Slg 1986, 353, Rn 26.

<sup>119</sup> Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979, Rn 32.

<sup>120</sup> Vgl. etwa Rs C-306/96, *Javico*, Slg 1998, I-1983, Rn 16.



grenzüberschreitender Bezug kann sich aber auch etwa schlicht geographisch aus der Nähe des geschützten Anbieters zum grenznahen Raum ergeben.<sup>121</sup> Auch der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes wird für Österreich nicht ohne weiteres gelingen. Zwar zählt Gerichtshof dazu auch wesentliche Teile eines Mitgliedstaats, wie etwa Süddeutschland oder auch größere Gliedstaaten, wie etwa das deutsche Bundesland Rheinland-Pfalz.<sup>122</sup> Schon allein aufgrund der Größenordnungen wird diese Judikatur aber nicht ohne weiteres auf österreichische Bundesländer übertragen werden können. Markteingriffe durch landesgesetzliche Regelungen, wie sie im sozialen Sektor aufgrund der Kompetenzordnung in Österreich vielfach auftreten, könnten daher schon mangels Erfüllung dieses Tatbestandselements aus dem Anwendungsbereich von Art 82 EG fallen.

Sollten die bislang angeführten Voraussetzungen hingegen erfüllt sein, so käme als letzter Prüfungsschritt eine Rechtfertigung nach Art 86 Abs 2 EG in Betracht, da es sich bei sozialen Diensten in aller Regel um Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln wird.

Art 86 Abs 2 EG in Verbindung mit Abs 1 erlaubt es den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags entgegenstehen können, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich sind, um die Erfüllung der den Unternehmen, die über die ausschließlichen Rechte verfügen, übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen.<sup>123</sup>

Nach der Rechtsprechung ist daher zu prüfen, ob die Beschränkung des Wettbewerbs erforderlich ist, um es dem Inhaber eines ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen. Die letzte Formulierung geht auf einen Wandel in der Rsp zurück. Hatten der EuGH und ihm folgend die Kommission noch bis Ende 1980 vertreten, die Nichtbeachtung der Vertragsvorschriften müsse notwendig sein, um die Dienstleistung überhaupt erbringen zu können,<sup>124</sup> so prüft der Gerichtshof nunmehr, inwieweit eine Bevorzugung des betrauten Unternehmens notwendig ist, damit dieses seine Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren<sup>125</sup> oder annehmbaren<sup>126</sup> Bedingungen erfüllen kann. Auch unter diesem gelockerten Prüfmaßstab sind jedoch strenge Anforderungen an die Eignung und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu stellen. Es ist jedoch festzuhalten, dass neben Umweltfragen gerade der soziale Sektor zu jenen Bereichen zählt, in denen nach Rsp und Anwendungspraxis eine Berufung auf Art 86 Abs 2 EG erfolgreich möglich war.<sup>127</sup>

Bei der Prüfung ist davon auszugehen, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger

---

<sup>121</sup> Vgl dazu etwa die Überlegungen von GA *Jacobs*, Schlussanträge, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 168.

<sup>122</sup> Vgl dazu wiederum Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 35; sowie unter I.5.

<sup>123</sup> Vgl Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533, Rn 14.

<sup>124</sup> Vgl dazu etwa *Koenig/Kühling* (FN 110) Art 86 Rn 58 mwN.

<sup>125</sup> Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533, Rn 16.

<sup>126</sup> VerbRs C-147/97 und C-148/97, *Deutsche Post AG*, Slg 2000, I-825, Rn 49

<sup>127</sup> Vgl dazu *Idot*, *L'intérêt général: limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence?* JTDE 2007, 225 Rn 27.

rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.<sup>128</sup> Dies ist nach Ansicht des EuGH notwendig, um einer Methode des Rosinenpickens vorzubeugen. Unternehmen könnten versucht sein, sich auf einzelne rentable Bereiche zu konzentrieren und dort günstiger als das betraute Unternehmen anzubieten, da sie nicht auf die Erwirtschaftung von Monopolrenditen zur Quersubventionierung der nicht rentablen Bereiche angewiesen sind.<sup>129</sup> Hierbei ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Insbesondere ist nachzuweisen, dass es durch die Einräumung des besonderen Rechts nicht zu einer Überkompensation der zur Erbringung der DAWI-Leistungen erforderlichen Belastungen kommt. Die dazu im Kontext des Beihilfenrechts von der Rsp entwickelten Kriterien (s sogleich unten) sind daher auch im Kontext des Wettbewerbsrechts heranzuziehen.

#### 2.4. Bedeutung der besonderen Rechtsvorschriften für DAWI im Primärrecht

Bei sozialen Diensten wird es sich im Allgemeinen um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse handeln. Diese sind in aller Regel wirtschaftlicher Natur und unterfallen daher grundsätzlich den Regeln des Binnenmarkts. Der EG-Vertrag kennt jedoch eine Reihe von Sondervorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, mit denen auch den Besonderheiten des sozialen Sektors Rechnung getragen werden kann. Auf die Bedeutung von Art 86 Abs 2 EG wurde oben schon eingegangen.

Keine eigenständige regulative Funktion kommt in diesem Zusammenhang nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung dem Art 16 EG zu. Dieser begründet keine eigenständigen Rechte, unterstreicht aber die Bedeutung der Ausnahmen zu Gunsten von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als grundlegende Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts.<sup>130</sup> Der Europäische Gerichtshof selbst hat, soweit ersichtlich, die Bestimmung noch nicht herangezogen. In einer Reihe von Schlussanträgen finden sich jedoch Festlegungen der Generalanwälte, wonach Art 16 EG die Besonderheit von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unterstreicht.<sup>131</sup> Gleichzeitig wird aber betont, dass darin keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art 86 Abs 2 EG liegen kann, sondern vielmehr eine Leitlinie für dessen Auslegung.<sup>132</sup>

Dies gilt in gleicher Weise für Art 36 der Grundrechtecharta. Auch in Bezug auf diese Bestimmung wird von den Generalanwälten zu Recht betont, dass sie die Bedeutung und das Gewicht unterstreicht, die die Mitgliedstaaten den DAWI zugemessen haben.<sup>133</sup> Als eigenständige Anspruchsgrundlage wird Art 36 jedoch nicht gesehen.

Diese Rechtslage wird auch durch den Vertrag von Lissabon keine wesentliche Änderung erfahren. Auch das neue Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse<sup>134</sup> fügt sich in diesen Rechtsrahmen ein. Das Protokoll präzisiert die gemeinsamen Werte, von denen sich die Union in Bezug auf die Gestaltung und die Organisation von

<sup>128</sup> Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533, Rn 16 und 17; Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 57.

<sup>129</sup> So auch *Koenig/Kühling* (FN 110) Art 86 Rn 59.

<sup>130</sup> So GA *Alber*, Schlussanträge, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109, Rn 94.

<sup>131</sup> GA *Jacobs*, Schlussanträge, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769, Rn 124, GA *Jacobs*, Schlussanträge, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089, Rn 175; GA *Alber*, Schlussanträge, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109.

<sup>132</sup> GA *Poiães Maduro*, Schlussanträge, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295, Fn 35.

<sup>133</sup> GA *Alber*, Schlussanträge, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109; und GA *Jacobs*, Schlussanträge, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769.

<sup>134</sup> ABI 2007 C 306/158.

Daseinsvorsorgeleistungen leiten lässt. Es betont die Rolle und den weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in diesem Bereich. Dies entspricht schon im Wesentlichen dem aktuellen Stand der Rechtsprechung, kann jedoch als primärrechtliche Klarstellung und Absicherung dieser Judikatur verstanden werden. Als echte Neuerung gegenüber dem Status quo stellt sich hingegen die Bestimmung nach Art 16 Abs 3 EG dar, welche eine Rechtssetzungskompetenz neu in den Vertrag aufnimmt (dazu unten II.1.).

### 3. Beihilfenrecht

Soziale Dienstleistungen werden in hohem Ausmaß von der öffentlichen Hand zur Gänze oder in Teilen finanziell unterstützt. Derartige Finanzströme unterliegen potentiell den Vorgaben der europäischen Beihilfenaufsicht. Die Breite des Beihilfentatbestands führt dazu, dass potentiell das gesamte finanzielle Beziehungsgeflecht zwischen der öffentlichen Hand und den Einrichtungen des sozialen Sektors der Beihilfenaufsicht unterstellt sein könnte, was der Kommission doch erhebliche Einflussmöglichkeiten auf die Organisation dieses Bereichs ermöglichen würde. Dieser rechtliche Befund kontrastiert jedoch mit der Anwendungspraxis der Kommission. Hier ist zu konstatieren, dass Beihilfen in diesem Bereich keine sehr hervorragende Rolle spielen. Dies mag zum einen damit zusammenhängen, dass die Kommission bislang politisch kein großes Interesse gezeigt hat, die Finanzierungsbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und dem sozialen Sektor von Amts wegen einer intensiven beihilfenrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Zum anderen sind in rechtlicher Hinsicht neben dem Beihilfenbegriff im engeren Sinne auch die anderen Tatbestandsmerkmale der Art 87 ff EG und das dazu ergangene beihilfenrechtliche Sekundärrecht zu beachten. Diese bieten doch eine Reihe von Anknüpfungspunkten, die im Ergebnis dazu führen können, dass tatbestandsmäßige Beihilfen doch nicht der Beihilfenaufsicht unterstehen.<sup>135</sup>

#### 3.1. Soziale Einrichtungen als begünstigte Beihilfenempfänger

Das Regime der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht bezweckt Wettbewerbsverfälschungen durch staatliche Zuwendungen im Binnenmarkt hintanzuhalten. Aufgrund dieser wirtschaftlichen Zwecksetzung sind nur Beihilfen erfasst, die ein *Unternehmen* begünstigen. Dabei ist, wie schon im Wettbewerbsrecht, entscheidend darauf abzustellen, ob die begünstigte Einrichtung wirtschaftlich tätig wird, ohne dass es auf die gewählte Rechtsform ankäme. Die beihilfenrechtliche Anwendungspraxis und Rsp<sup>136</sup> orientiert sich dabei zu Recht weitgehend am Unternehmensbegriff, der in der Judikatur zu Art 81 EG entwickelt wurde. Es kann daher auf die Ausführungen oben verwiesen werden. Der Gleichklang des Unternehmensbegriffs im Beihilfen- und im Wettbewerbsrecht bringt es mit sich, dass die fehlende Gewinnerzielungsabsicht einer Einrichtung auch im Beihilfenrecht nicht für sich genommen das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausschließt. So hat die Kommission ein System nicht gewinnorientierter privater Krankenversicherer in den Niederlanden einer beihilfenrechtlichen Prüfung unterzogen. Dies ist folgerichtig, da nach der Rsp zu Krankenversicherungen im Wettbewerbsrecht solche privaten Krankenversicherer „der zweiten Säule“ sehr wohl eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und nach der Entscheidung *Poucet und Pistre* nur die staatliche Grundversorgung der „Ersten Säule“ ausgenommen ist. In gleicher Weise werden soziale Einrichtungen, wenn und insoweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten, als Unternehmen anzusehen sein.

<sup>135</sup> Vgl dazu schon *Herzig* (FN 13) 106 ff mwN.

<sup>136</sup> Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg 2006, I-289, Rn 107 ff.

### 3.2. Neue versus bestehende Beihilfen

Ein weiterer Grund für die geringe Anzahl an Beihilfenverfahren im sozialen Bereich könnte darin liegen, dass viele Finanzierungssysteme in Österreich schon vor dem Beitritt zur Gemeinschaft (bzw zum EWR-A) bestanden haben. Sie unterliegen damit als bestehende Beihilfen nicht dem Durchführungsverbot, sondern könnten allenfalls von Amts wegen von der Kommission aufgegriffen werden, die dann dem betroffenen Mitgliedstaat zweckdienliche Maßnahmen vorzuschlagen hat. Eine Notifikationspflicht besteht für solche Altbeihilfen nicht.

Es wäre jedoch voreilig, Maßnahmen, die zeitlich vor dem Beitritt ergriffen wurden, schon allein aus diesem Grund per se als bestehende Beihilfen zu qualifizieren. Nach der Rsp kann eine Änderung der Wettbewerbssituation, in welcher die Beihilfe gewährt wurde, eine bestehende zu einer Neubehilfe machen, ohne dass dazu notwendigerweise etwa der Subventionsvertrag hätte geändert werden müssen. Dies könnte vor allem für Einrichtungen relevant sein, die im historischen Kontext, in dem die Subventionszusage getätigt wurde, keinem nennenswerten Wettbewerb ausgesetzt waren, durch eine Änderung der Wettbewerbssituation aber mittlerweile marktorientiert tätig werden. Grundlegende Reformen in der Organisation sozialer Dienstleistungen oder in der Krankenanstaltenfinanzierung könnten zu einer solchen Änderung von wesentlichen Parametern des Wettbewerbsumfelds führen.

### 3.3. De-minimis GVO

Von der Verpflichtung zur Anmeldung ausgenommen sind mangels einer spürbaren Eignung zur Wettbewerbsverfälschung Beihilfen, die den Betrag von EUR 200.000 bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten. Dies ist in der so genannten de-minimis-Verordnung vorgesehen.<sup>137</sup> Diese kann aufgrund der oft kleinteiligen Organisationsstruktur, in der soziale Dienste erbracht werden, für diesen Sektor von großer Bedeutung sein.<sup>138</sup>

### 3.4. Zwischenstaatsbezug

Art 87 EG ist nur anwendbar, wenn die Beihilfen den Handel zwischen Mitgliedstaaten sowie den Wettbewerb beeinträchtigen bzw zu beeinträchtigen drohen. Die Kommission scheint hier in Bezug auf Leistungen der Daseinsvorsorge einen großzügigen Maßstab anlegen zu wollen. Nach einem Arbeitsdokument der Dienststellen<sup>139</sup> will sich die Kommission auf die Fälle konzentrieren, die sich in wirklich spürbarer Weise auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken. Dafür sind in der Tat Ansätze in der Anwendungspraxis zu finden. In der Entscheidung *Freibad Dorsten*<sup>140</sup> sah die Kommission das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels als nicht erfüllt an, da die fragliche Sportstätte im Wesentlichen von den Einwohnern von Dorsten und den umliegenden Gemeinden genutzt wird. In eine

<sup>137</sup> VO 1998/2006 der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „de minimis“-Beihilfen, ABl 2006 L 379/5.

<sup>138</sup> VO 70/2001 der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl 2001 L 10/33.

<sup>139</sup> Europäische Kommission, Non Paper – Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, veröff. unter:

[http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/1759\\_sieg\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_de.pdf), Rn 53.

<sup>140</sup> Beihilfe N 258/2000, *Freibad Dorsten*, Pressemitteilung IP/00/1509.

ähnliche Richtung geht die Entscheidung *Irish Hospitals*.<sup>141</sup> Dort argumentierte die Kommission, dass die fragliche Maßnahme in erster Linie örtlichen Krankenhäusern zugute kommt, die unter Versorgungsengpässen leiden, und nicht dazu führen wird, dass Kliniken entstehen, die auch Patienten aus anderen Mitgliedstaaten anlocken könnten. Ein Zwischenstaatsbezug sei daher nicht gegeben.<sup>142</sup> Weitere Beispiele sind im Anhang zusammengefasst.

### 3.5. Beihilfenrechtliche Beurteilung von Daseinsvorsorgeleistungen

Können soziale Dienste nicht zu marktgerechten Konditionen erbracht werden, wird oft die öffentliche Hand mit Ausgleichszahlungen eingreifen müssen, um die Erfüllung des Gemeinwohlauftrags sicherzustellen. Dabei haben die Mitgliedstaaten ein weites Ermessen, wie sie diesen Gemeinwohlauftrag definieren wollen. Die Kommission zieht diese Entscheidung nur in Fällen einer offenkundigen Überschreitung des Ermessens in Zweifel.

Die beihilfenrechtliche Beurteilung der Ausgleichszahlungen waren Gegenstand einer kontroversen Debatte, die im Juli 2003 zu einem Grundsatzurteil des EuGH in der Rs *Altmark Trans* geführt hat. Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass Ausgleichsleistungen dann keine Beihilfen darstellen und daher auch nicht anzumelden sind, wenn kumulativ vier Voraussetzungen vorliegen.<sup>143</sup>

1. Es muss eine tatsächliche Betrauung mit einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vorliegen;
2. die Berechnungsparameter müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden;
3. der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken; und
4. findet kein Vergabeverfahren statt, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs an den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens zu messen.

Die Kommission hat auf das Urteil mit einem Maßnahmenpaket reagiert, das im Wesentlichen aus einer Freistellungsentscheidung<sup>144</sup> und einem neuen Gemeinschaftsrahmen für Daseinsvorsorgeleistungen<sup>145</sup> besteht. Dieses Maßnahmenpaket übernimmt weitgehend die *Altmark*-Kriterien des Gerichtshofs, geht aber in einem wesentlichen Punkt über das Urteil hinaus. Eine Überkompensation einer Ausgleichsleistung kann nach der Entscheidung des EuGH nur verlässlich ausgeschlossen werden, wenn entweder ein Vergabeverfahren stattgefunden hat oder der Ausgleich nicht über die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens hinausgeht. Der Gerichtshof stellt damit im Sinne eines hypothetischen Nettokostenansatzes auf ein durchschnittlich effizientes, hypothetisches Vergleichsunternehmen ab. Dieses Kriterium erzeugt erheblichen Druck in

---

<sup>141</sup> Beihilfe N 543/2001, *Abschreibungen für irische Krankenhäuser*, Rn 20, Schreiben der Kommission abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2001/n543-01.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf)

<sup>142</sup> Weitere Beispiele finden sich unter I.5.

<sup>143</sup> Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747, Rn 88 ff.

<sup>144</sup> KO-E 2005/842/EG vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI 2005 L 312/67.

<sup>145</sup> Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4.

Richtung einer effizienten Leistungserbringung bzw der Wahl möglichst effizienter Vertragsunternehmen durch die öffentliche Hand. Wer mehr Zuschüsse braucht als das hypothetische Vergleichsunternehmen, bezieht eine Beihilfe, die der Genehmigung durch die Kommission bedarf.

In ihrem Maßnahmenpaket verzichtet nun die Kommission auf die vom Gerichtshof vorgezeichnete Möglichkeit, Ausgleichszahlungen, die nicht dem Nettokostenansatz entsprechen, einer näheren Prüfung zu unterziehen oder gar die Genehmigung zu verweigern. Das Maßnahmenpaket verlangt vielmehr lediglich eine Erfüllung der ersten drei *Altmark*-Kriterien und schließt sodann eine Überkompensation schon dann aus, wenn nicht mehr als die dem Unternehmen tatsächlich entstehenden Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns ausgeglichen werden. Ein Benchmarking ist nicht erforderlich.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht differenziert das Maßnahmenpaket. Nach der Freistellungsentscheidung sind Ausgleichszahlungen unterhalb gewisser Schwellenwerte bei Erfüllung der Kriterien schon von der Notifikationsverpflichtung entbunden. Dies gilt im Wesentlichen für Zahlungen unter 30 Mio EUR pro Jahr an Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 Mio EUR sowie für Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen ohne betragsmäßige Einschränkung. Alle anderen Ausgleichszahlungen sind der Kommission zu notifizieren, werden aber von dieser bei Erfüllung der Voraussetzungen nach dem Gemeinschaftsrahmen genehmigt. Schließlich enthält das Maßnahmenpaket noch eine Änderung der Transparenzrichtlinie, welche Unternehmen, die staatliche Ausgleichszahlungen erhalten und sowohl öffentliche Dienstleistungen erbringen als auch auf anderen Gebieten tätig sind, zur getrennten Buchführung verpflichtet, um eine Überkompensation auszuschließen.<sup>146</sup>

#### **4. Vergaberechtliche Vorgaben**

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe kann für den sozialen Sektor in zweifacher Hinsicht relevant sein. Zum einen können soziale Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen als öffentlicher Auftraggeber anzusehen sein. Ihr Beschaffungswesen unterliegt dann den vergaberechtlichen Vorgaben. Andererseits wird der soziale Sektor in vielen Fällen auf Aufträge der öffentlichen Hand angewiesen sein. Dies wirft die Frage auf, unter welchen Umständen solche Beschaffungsvorgänge zwingend einem Vergabeverfahren zu unterziehen sind und welche Besonderheiten dabei allenfalls zu beachten sind.

##### **4.1. Soziale Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber**

Der persönliche Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2006) umfasst über den engeren Kreis der Gebietskörperschaften hinaus auch Einrichtungen, die in einem besonderen Naheverhältnis zum Staat stehen. Damit soll im Sinne einer funktionalen Betrachtungsweise sichergestellt werden, dass alle öffentlichen Einrichtungen, die sich in ihrem Beschaffungsverhalten von anderen als wirtschaftlichen Kriterien leiten lassen könnten, den Vorgaben des Vergaberechts unterliegen.

Sedes materiae dazu ist § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Die Bestimmung knüpft den Begriff des öffentlichen Auftraggebers neben dem Erfordernis der Teilrechtsfähigkeit an zwei

---

<sup>146</sup> Richtlinie 2005/81/EG der Kommission v 28.11.2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI 2005 L 312/47.

kumulative Voraussetzungen: Die Einrichtung muss einerseits zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Andererseits muss ein staatlicher Einfluss auf die Einrichtung vorliegen, der entweder durch eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand oder durch eine staatliche Aufsicht über die Tätigkeit der Einrichtung oder deren Leitungsorgane vermittelt werden kann.

#### 4.1.1. *Im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art*

Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art steht in einem gewissen Naheverhältnis zum Unternehmensbegriff und zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit. Viele der dazu oben erörterten Kriterien kehren hier wieder. Die beiden Konzepte sind allerdings nicht vollkommen deckungsgleich. Übt eine Einrichtung eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit aus, so kann dies die Anwendung der Vergabevorschriften auf das Beschaffungsverhalten der Einrichtung indizieren, wenn zusätzlich auch eine staatliche Nahebeziehung vorhanden ist. Es kann aber auch durchaus Konstellationen geben, in denen wettbewerbsrechtliche und vergaberechtliche Vorschriften kumulativ zur Anwendung kommen. Typischerweise wird dies bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen der Fall sein, die neben ihren im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art auch eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Diese unterliegen auch in Bezug auf ihre wirtschaftliche Tätigkeit dem Vergaberecht.<sup>147</sup>

Beim Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben handelt sich um einen offenen Katalog von Tätigkeitsfeldern, die in einem weiteren Sinne ein öffentliches Interesse verfolgen. Dazu zählen der Bau von Sozialwohnungen, die Bereitstellung von Studentenheimplätzen oder die Vorsorge für die Krankenbehandlung von Sozialversicherten. Gleiches wird für weite Bereiche von sozialen Diensten wie Wohlfahrts- und Hilfseinrichtungen, Krankenhäusern, Kurbetrieben, Rettungsdiensten, Altenheimen etc anzunehmen sein.<sup>148</sup>

Die Tätigkeit muss jedoch kumulativ auch in nichtgewerblicher Weise erbracht werden. Auch hier liegt wieder eine Parallele zum Begriff der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit, wenn etwa der EuGH darauf abstellt, dass eine nichtgewerbliche Tätigkeit dann vorliegt, wenn Aufgaben auf andere Art als durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden.<sup>149</sup> Wie schon beim Unternehmensbegriff kann auch hier, jetzt allerdings unter gegensätzlichen Vorzeichen, die fehlende Gewinnerzielungsabsicht zwar die nichtgewerbliche Art der Tätigkeit indizieren, aber nicht für sich allein genommen schon konstituieren. Die Rsp stellt zusätzlich auf das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs ab und prüft, ob die Einrichtung in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird.<sup>150</sup>

Ein weiteres wichtiges Element zur Beurteilung der gewerblichen Art der Tätigkeit ist schließlich die Frage, ob die Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit selbst zu tragen hat. Ist davon auszugehen, dass im Fall einer wirtschaftlichen Krise

<sup>147</sup> Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73, Rn 29 ff.

<sup>148</sup> So auch *Holly*, Soziale Dienste und Vergaberecht, in *Dimmel*, Das Recht der Sozialwirtschaft (2007) 165, 172; vgl auch *Herzig* (FN 13) 113 ff.

<sup>149</sup> Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821, Rn 50; verbRs C-223/99 und C-260/99, *Agora*, Slg 2001, I-3605, Rn 37.

<sup>150</sup> Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821, Rn 49; verbRs C-223/99 und C-260/99, *Agora*, Slg 2001, I-3605, Rn 38; Rs C-373/00, *Truley*, Slg 2003, I-1931, Rn 61. Dies wird für Österreich im Übrigen in Bezug auf die Tätigkeit gemeinnütziger Wohnbaugesellschaften kontrovers diskutiert.

die öffentliche Hand quasi als Lender of last resort eintritt, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die Einrichtung nicht in vollem Umfang den Gesetzen des Marktes ausgesetzt ist und daher eine nichtgewerbliche Tätigkeit vorliegt.<sup>151</sup>

#### 4.1.2. Staatlicher Einfluss

Zum öffentlichen Auftraggeber wird eine Einrichtung, die eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nichtgewerblicher Art erbringt, erst dann, wenn sie darüber hinaus auch unter staatlichem Einfluss steht. Ein solcher Einfluss ist nach dem BVergG im Gleichklang mit den Richtlinien dann zu bejahen, wenn entweder eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand vorliegt oder diese durch Aufsichtsrechte oder die Zusammensetzung der Leitungsorgane auf die Gestion der Einrichtung Einfluss nehmen kann.

Für den sozialen Sektor kommen wohl grundsätzlich alle diese Möglichkeiten in Betracht. Wenn die öffentliche Hand etwa im Wege der Ausgliederung im Allgemeininteresse liegende Aufgaben an Vereine oder Gesellschaften überträgt, so behält die ausgegliederte Einrichtung ihren Status als öffentlicher Auftraggeber solange sie von der öffentlichen Hand beherrscht wird. Eine allgemeine staatliche Aufsicht, etwa im Wege der Aufsichtsbefugnisse der Vereinspolizei wird jedoch nicht ausreichen, eine hinreichende staatliche Einflussnahme zu begründen. Von einem hinreichenden staatlichen Einfluss wird hingegen dann auszugehen sein, wenn die Einrichtung der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegt. Dies ergibt sich schon aus der Aufnahme in die Liste nach Anhang III der RL 2004/18/EG.<sup>152</sup> Dieser kommt jedoch nur deklarative Wirkung zu. Auch Einrichtungen, die der Rechnungshofkontrolle nicht unterliegen, können daher durchaus öffentliche Auftraggeber sein.

Besonders bedeutsam könnte dabei auf den ersten Blick das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentliche Hand sein. Quantitativ ist dies erfüllt, wenn mehr als die Hälfte der Tätigkeit der Einrichtung finanziert wird.<sup>153</sup> Es wird wohl nicht wenige soziale Einrichtungen geben, die in diesem Ausmaß wirtschaftlich von der öffentlichen Hand abhängig sind. Dennoch wird die Einrichtung, auch wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt, mit der Überschreitung dieses Finanzierungsgrads nicht automatisch zum öffentlichen Auftraggeber. Nach der Ratio der Bestimmung zielen das Erfordernis der überwiegenden Finanzierung oder der Einflussmöglichkeiten auf die Leitung auf Erscheinungsformen von Einrichtungen ab, die eine besondere Nahebeziehung zum öffentlichen Auftraggeber aufweisen und dadurch vergaberechtlich mit diesem gleichgestellt werden sollen. Auch die Rsp wendet daher eine restriktive Auslegung an. Zur öffentlichen Finanzierung zählen nur Leistungen, die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen. Dagegen bleiben Beiträge, die von der öffentlichen Hand als Gegenleistung zu bestimmten Vertragsleistungen der Einrichtung gezahlt werden, außer Betracht. Zwar kann auch ein solches Vertragsverhältnis eine Verbindung der betreffenden Einrichtung mit der öffentlichen Hand zur Folge haben, allerdings ist diese Verbindung eher mit normalen Geschäftsverbindungen vergleichbar, wie sie im Rahmen von gegenseitigen Verträgen entstehen, die von den Vertragspartnern frei ausgehandelt wurden. Sie ist daher von anderer Qualität als diejenige, die durch eine reine Unterstützungsleistung entsteht. Im konkreten Anlassfall hat der Gerichtshof staatliche Zahlungen, die der *Universität Cambridge* allgemein für die Finanzierung ihrer Forschungstätigkeit und ihres Studienbetriebs geleistet wurden, der öffentlichen Finanzierung zugerechnet. Zahlungen, die als Gegenleistung für die

<sup>151</sup> Vgl aus der Rsp etwa Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rn 55.

<sup>152</sup> ABI 2004 L 134/114, 179.

<sup>153</sup> Rs C-380/98, *Cambridge*, Slg 2000, I-8035, Rn 30.



Durchführung bestimmter wissenschaftlicher Veranstaltungen oder Forschungsaufträge geleistet wurden, bleiben hingegen unberücksichtigt, da die öffentliche Hand ein wirtschaftliches Interesse an der Erbringung der Leistung habe.<sup>154</sup>

Daraus können Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung des Finanzierungsrahmens von sozialen Einrichtungen durch die öffentliche Hand gezogen werden. Werden Subventionierungsvorhaben mit konkreten und auch bestimmbareren Leistungszusagen der NPO verknüpft, so ist die daraus resultierende Leistung für die Finanzierung der NPO vergaberechtlich nicht in Anschlag zu bringen.

## **4.2. Soziale Einrichtungen als Auftragnehmer**

### *4.2.1. Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens*

Tritt die öffentliche Hand in Leistungsbeziehungen mit den Trägern, indem sie soziale Dienste von diesen bezieht, so wird in der Regel, so es sich um ein entgeltliches Austauschverhältnis handelt, ein Vergabeverfahren durchzuführen sein. Primär werden dabei wohl Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens nachgefragt werden. Diese sind nach dem System des gemeinschaftlichen Vergaberechts als so genannte nicht prioritäre Dienstleistung klassifiziert, für die nur ein stark abgeschlanktes Vergaberechtsregime gilt.

Kein förmliches Vergabeverfahren muss dann durchgeführt werden, wenn das Entgelt für die von der öffentlichen Hand nachgefragte Dienstleistung nicht von dieser selbst, sondern von einem Dritten getragen wird und dieser auch das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit trägt. Man denke etwa an den Betrieb eines Kindergartens, der durch Beiträge der Eltern finanziert wird. Vergaberechtlich könnte dann ein Dienstleistungskonzessionsvertrag vorliegen (§ 8 BVergG 2006). Dieser ist vom gemeinschaftlichen Vergaberecht nicht erfasst. Allerdings ist nach der Rsp unmittelbar aus dem Primärrecht eine Verpflichtung zur Herstellung eines angemessenen Grades an Transparenz auch in Bezug auf Dienstleistungskonzessionen abzuleiten.<sup>155</sup> § 11 BVergG 2006 sieht daher vor, dass solche Verträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben sind. Anderes mag in Fällen besonderer Dringlichkeit gelten.<sup>156</sup> Es muss ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet werden und das Verfahren muss den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs entsprechen. Dem Transparenzgrundsatz wird vor allem durch eine ausreichende Bekanntmachung der Ausschreibung Rechnung zu tragen sein. Die Materialien empfehlen dazu grundsätzlich eine Veröffentlichung im Internet.<sup>157</sup> Eine gänzlich formfreie Vergabe ohne Bekanntmachung unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer ist nur für Konzessionen mit einem Auftragswert unter 40.000 EUR zulässig. Ein spezifischer vergaberechtlicher Rechtsschutz besteht für Verstöße gegen die angeführten Transparenzgrundsätze allerdings nicht. Diesbezügliche Ansprüche müssen vielmehr vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.

### *4.2.2. Vergabefreiheit bei Vorliegen des Inhouse-Ausnahmetatbestands*

Gemäß § 10 Z 7 BVergG 2006 kann ein öffentlicher Auftraggeber Sozialdienstleistungen von einer Einrichtung, die sich zwar formal von ihm unterscheidet, die zu ihm aber in einem organisationsrechtlichen und beschaffungsrelevanten Naheverhältnis

<sup>154</sup> Rs C-380/98, *Cambridge*, Slg 2000, I-8035, Rn 24.

<sup>155</sup> Vgl Rs C-324/98, *Telaustria*, Slg 2000, I-10745; und Rs C-231/03, *Coname*, Slg 2005, I-7287.

<sup>156</sup> So die Mat, 1171 BlgStenProtNR XXII.GP, 33.

<sup>157</sup> 1171 BlgStenProtNR XXII.GP, 34

steht, vergabefrei beziehen. Die genauen Voraussetzungen zum Vorliegen dieses Ausnahmetatbestands sind in der Abgrenzung äußerst komplex und können hier nicht näher nachgezeichnet werden.<sup>158</sup> Im Kern müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der öffentliche Auftraggeber muss über die soziale Einrichtung eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Diese Kontrolle muss nicht nur im Zeitpunkt der Auftragsvergabe sondern über die gesamte Vertragslaufzeit bestehen.
- Die Tätigkeit der sozialen Einrichtung muss hauptsächlich für die öffentliche Körperschaft erbracht werden, die ihre Anteile innehat. Alle sonstigen Tätigkeiten dürfen nur nebensächlich sein.

#### 4.2.3. Vorbehalte zugunsten gemeinnütziger Bieter

Das Verwaltungs- bzw. Sozialrecht einiger Mitgliedstaaten kennt mitunter Tätigkeitsvorbehalte zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen. So ist etwa nach italienischen Regionalgesetzen die Erstattung der Kosten von gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe daran geknüpft, dass die soziale Einrichtung, die diese Leistungen anbietet, keinen Erwerbszweck verfolgt. Dies schließt im Ergebnis gewinnorientierte Einrichtungen, darunter auch solche aus anderen Mitgliedstaaten, von der Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit aus. Der Gerichtshof hat dies im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit als zulässig erachtet und begründet dies insbesondere mit einem Hinweis auf die den Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit verbliebene Zuständigkeit.<sup>159</sup>

Es stellt sich die Frage, ob ein gleichsinniger Vorbehalt zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen auch im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zulässig wäre. Dies wird im Ergebnis zu verneinen sein.<sup>160</sup> Eine Einschränkung durch die Festlegung der Zuschlagskriterien scheidet aus. Der öffentliche Auftraggeber ist zwar grundsätzlich frei, seine Auswahlentscheidung auch an soziale Kriterien zu knüpfen, solange diese diskriminierungsfrei ausgestaltet sind, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird, und dabei auch ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung genannt sind.<sup>161</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Zuschlagskriterium sich nur auf die Leistung beziehen kann, die Gegenstand des Auftrags ist.<sup>162</sup> Für einen Vorbehalt zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen müsste daher ein Zusammenhang zwischen der fehlenden Gewinnerorientierung und der Qualität der angebotenen Leistung nachgewiesen werden. Dies wird kaum möglich sein. Eine Rechtfertigung mit strukturellen gesundheitspolitischen Überlegungen, wie sie im Kontext der Grundfreiheiten vorgebracht werden können, scheidet für das Vergabeverfahren aus. Der öffentliche Auftraggeber darf sich bei der Auftragsvergabe nur von wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen, allgemeine gesundheitspolitische Zielsetzungen gehören dazu

<sup>158</sup> Vgl weiterführend etwa *Holoubek/Fuchs*, Vergaberecht, in *Holoubek/Potacs*, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts (2007<sup>2</sup>) 791, 843 ff mwN; einführend dazu auch *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri* (FN 52) Rn 702 ff.

<sup>159</sup> Rs C-70/95, *Sodemare*, Slg 1997, I-3395, Rn 32 f.

<sup>160</sup> So im Ergebnis auch die Kommission in einem Arbeitsdokument der Dienststellen, SEC(2007) 1514; 11, Rn 2.7.

<sup>161</sup> Vgl Rs C-448/01, *Wienstrom*, Slg 2003, I-14527, Rn 33.

<sup>162</sup> Vgl dazu etwa Rs C-448/01, *Wienstrom*, Slg 2003, I-14527, Rn 67. Vgl dazu auch die Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 endg; vgl nunmehr auch EuGH in Rs C-346/06, *Rüffert*, Urteil v 3.4.2008, noch nicht in Slg veröff.

nicht. Aus dem gleichen Grund hat der Gerichtshof im Übrigen auch erst jüngst die Möglichkeit zur Verfolgung sozialpolitischer Zielsetzungen mit den Mitteln des Vergaberechts etwa durch so genannte Tariftreueerklärungen weitgehend eingeschränkt.<sup>163</sup>

Auch eine Berücksichtigung bei der Festlegung der Eignungskriterien wird nicht möglich sein. Diese sind zwar anders als die Zuschlagskriterien nicht auftragsbezogen, sondern unternehmensbezogen festzulegen.<sup>164</sup> Auch die Eignung darf aber von einem Unternehmer nur in einem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. Das BVergG 2006 macht dies schon in der Legaldefinition deutlich. § 2 Z 20 lit c stellt klar, dass Eignungskriterien auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein müssen. Dementsprechend schreibt § 70 (2) BVergG 2006 vor, dass Nachweise über Eignungsanforderungen nur soweit verlangt werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. Für eine Einschränkung des Bieterkreises auf nicht gewinnorientierte Einrichtungen müsste daher nachgewiesen werden, dass die Einschränkung geeignet ist, die Qualität des Unternehmens in Bezug auf die nachgefragte Leistung zu beurteilen. Dies wird aus den bereits oben zu den Zuschlagskriterien angeführten Gründen kaum gelingen können.

Eine Ausnahme von dem soeben dargelegten Ergebnis besteht jedoch kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes für geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe. Darunter sind Unternehmen zu verstehen, in denen die Mehrheit der Arbeitnehmer Menschen mit Behinderung sind, die eine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen nicht ausüben können. Für diese Gruppen sieht § 21 BVergG, gestützt auf Art 19 der RL 2004/18/EG,<sup>165</sup> explizit die Zulässigkeit einer Beschränkung des Teilnehmerkreises vor. Auf die Einschränkung ist in einer allfällig vorgeschriebenen Bekanntmachung entsprechend hinzuweisen.

---

<sup>163</sup> Rs C-346/06, *Rüffert*, Urteil v 3.4.2008, noch nicht in Slg veröff.

<sup>164</sup> Vgl näher zu dieser Unterscheidung *Dullinger/Damjanovic*, Eignungs- und Zuschlagskriterien, in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 159, 165 f.

<sup>165</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134/114.

## 5. Rsp zum grenzüberschreitenden Bezug im Wettbewerbs-, Binnenmarkt und Vergaberecht im Vergleich<sup>166</sup>

### 5.1. Allgemeine Grundsätze

Wettbewerbsrecht (Artt 81, 82 u 87 EG) <sup>167</sup>		Grundfreiheiten	Vergaberecht <sup>168</sup>
<i>Beeinträchtigung des Handels und des Wettbewerbs zwischen den MS</i>	<i>Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes (Art 82 EG)</i>	<i>Grenzüberschreitendes Element</i>	<i>Grenzüberschreitendes Interesse (potentielle Bieter)</i>
<p>Ausreichend ist die <b>bloße Eignung</b>: idS EuGH Rs 22/78, <i>Hugin/ Kommission</i>, Slg 1979, 1869, Rn 17; Rs 19/77, <i>Miller/Kommission</i>, Slg 1978, 131, Rn 15; Rs 234/84, <i>Belgien/Kommission</i>, Slg 1986, 2321, Rn 22; Rs C-219/95 P, <i>Ferriere Nord/ Kommission</i>, Slg 1997, I-4411, Rn 19f; EuG Rs T-613/97, <i>UFEX</i>, Slg 2006, II-1531, Rn 158; Rs T-259/02, <i>Raiffeisen Zentralbank AG</i>, Slg 2006, II-5169, Rn 162ff.</p> <p>Maßgeblich ist nicht die einzelne Vertragsklausel, sondern der <b>Vertrag in seiner Gesamtheit</b> (oder auch das Vertragsbündel): idS EuGH Rs 193/83, <i>Windsurfing International/ Kommission</i>, Slg 1986, 611, Rn 96f; Rs C-214/99, <i>Neste Markkinointi Oy</i>, Slg 2000, I-11121, Rn 25.</p> <p>Insbesondere in Wirtschaftssektoren die typischerweise in <b>grenzüberschreitenden Wettbewerb</b> stehen: idS EuGH Rs 172/80, <i>Züchner/Bayrische Vereinsbank</i>, Slg 1981,</p>	<p><b>Gesamter MS</b>: EuGH Rs C-260/89, <i>ERT</i>, Slg 1991, I-292, Rn 31; Rs C-241/91 P ua, <i>RTE</i>, Slg 1995, I-743, Rn 70; Rs C-203/96, <i>Dusseldorf</i>, Slg 1998, I-4075, Rn 60; Rs C-462/99, <i>Connect Austria</i>, Slg 2003, I-5197, Rn 79.</p> <p><b>Teilgebiet eines MS</b> kann ausreichen: EuGH Rs 40/73, <i>Suiker Unie ua/ Kommission</i>, Slg 1975, 1663, Rn 448 (<b>Süddeutschland</b>); Rs 22/78 <i>Hugin/ Kommission</i>, Slg 1979, 1869, Rn 19 (<b>London</b>); Rs C-209/98, <i>Sydhavnens Sten &amp; Grus</i>, Slg 2000, I-3743, Rn 64 (<b>Kopenhagen</b>).</p> <p><b>Spezifische Einrichtungen</b> können etwa aufgrund des Umfangs ihrer Tätigkeiten va Frachtverkehr und der Bedeutung dieses Verkehrs für die Ein- und Ausfuhren in den betreffenden MS einen wesentlichen Teil des</p>	<p>Generell erfährt das Tatbestandsmerkmal eine <b>weite Auslegung</b></p> <p><b>Zukünftiger oder potentieller</b> grenzüberschreitender Bezug ausreichend: EuGH Rs C-191/97, <i>Delière</i>, Slg 2000, I-2549, Rn 58 (die Möglichkeit der Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen in einem anderen MS reicht aus); EuGH Rs C-254/98, <i>TK-Heimdienst Sass GmbH</i>, Slg 2000, I-151, Rn 26 (Inländer beanstandet innerstaatliche Regelung, potentielle Behinderung des Marktzugangs für Marktteilnehmer aus anderen MS ausreichend); EuGH Rs C-36/02, <i>Omega</i>, Slg 2004, I-9609, Rn 21 (deutsche Behörde spricht Verbot gg deutsches Unternehmen aus, jedoch verhindert das Verbot sämtliche zukünftigen Liefer- und</p>	<p>Ausreichend ist die Möglichkeit, dass Unternehmen aus anderen MS <b>mittelbar</b> vom öffentlichen Auftrag betroffen sein können, selbst wenn dem Sachverhalt ein grenzüberschreitender Bezug fehlt, zB Unternehmen auch international tätig, Markt für ausländische Unternehmen nicht vollkommen uninteressant: EuGH Rs C-87/94, <i>Kommission /Belgien</i>, Slg. 1996, I-2043, Rn. 33; Rs C-458/03, <i>Parking Brixen</i>, Slg 2005, I-8585; Schlussanträge der GA Kokott v 13.3.2008, Rs C- 454/06, <i>presstext Narichtenagentur</i>, Rn 114.</p> <p>Grenzüberschreitendes Interesse kann nur unter besonderen Umständen zB einer sehr <b>geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung</b> des Auftrags oder</p>

<sup>166</sup> Für die überaus wertvolle Hilfestellung bei der Erstellung dieser Übersicht danken wir Frau MMag. Andrea Herzog.

<sup>167</sup> Dazu auch Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABI 2004 C 101/81.

<sup>168</sup> Dazu auch Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI 2006 C 179/2.

<p>2021, Rn 18; Rs C- 305/89, <i>Italien/Kommission</i>, Slg 1991, I-1603, Rn 26; KO-E v 17.1.1955, ABL 1995 L 159/21.</p> <p>Auch bei Unternehmen, die <b>rein örtlich tätig</b> und nicht an Ausfuhren beteiligt sind (Ausfuhren von Unternehmen aus anderen MS verringern sich): idS EuGH Rs 102/87, <i>Frankreich/Kommission</i>, Slg 1988, 4067, Rn 19; Rs C- 278/92, <i>Spanien/Kommission</i>, Slg 1994, I-4103, Rn 40ff; Rs C-88/03, <i>Portugal-/Kommission</i>, Slg 2006, I-7115, Rn 91 (<b>lokal begrenzte Beihilfe</b>); EuG Rs T – 288/97, <i>Regione Friuli Venezia Giulia</i>, Slg 2001, II-1169, Rn 51.</p> <p>Auch bei verhältnismäßig <b>geringem Umfang einer Beihilfe</b> und verhältnismäßig geringer Größe des begünstigten Unternehmens nicht ausgeschlossen: idS EuGH Rs C-142/87, <i>Belgien/ Kommission</i>, Slg 1990, I-959, Rn 43; Rs C-278/92 ua, <i>Spanien/ Kommission</i>, Slg. 1994, I-4103, Rn 40f; EuG Rs T-214/95, <i>Vlaams Gewest/Kommission</i>, Slg 1998, II-717, Rn 48f.</p>	<p>Gemeinsamen Marktes bilden: idS KO-E 94/119/EG, <i>Port of Rodby</i>, ABL 1994 L 55/52; EuGH Rs C-179/90 <i>Porto di Genova</i>, Slg 1991, I-5889 Rn 15; Rs C-242/95, <i>GT-Link</i>, Slg 1997, I-4449, Rn 36f; Rs C-163/96, <i>Pretura circondariale di La Spezia</i>, Slg 1998, I-533, Rn 26 (<b>Hafen</b>); EuG Rs T-128/98, <i>Pariser Flughäfen</i>, Slg 2000, II-3929, Rn 152 (<b>Flughafen</b>); EuGH Rs C-395/96 P <i>Compagnie maritime belge</i>, Slg 2000, I-1365, Rn 47; KO-E 92/213/EWG, <i>British Midland</i>, ABL 1992 L 96/34 (<b>Verkehrsrouten</b>)</p>	<p>Franchiseverträge mit Unternehmen aus anderem MS); EuGH C-293/02 <i>Jersey Produce Marketing Organisation</i>, Slg 2005, I-9543 (potentielle Beeinträchtigung von Exporten bei einer rein regionalen Abgabe); ähnlich EuGH Rs C-72/03 <i>Carbonati Apuani</i>, Slg 2004, I-8027.</p> <p>Bei Dienstleistungen ist ausreichend wenn der Empfänger die Grenze übertritt (Grundsatz der <b>passiven Dienstleistungsfreiheit</b>):</p> <p>EuGH Rs C-286/82 ua, <i>Luisi &amp; Carbone</i>, Slg 1984, 377, Rn 10; Rs C-198/89, <i>Kommission/Griechenland (Fremdenführer)</i>; Slg 1991, I-727, Rn 9; Rs C-180/89, <i>Kommission/Italien, (Fremdenführer)</i>, Slg 1991, I-709, Rn 8; Rs C-154/89, <i>Kommission/Frankreich (Fremdenführer)</i>, Slg 1991, I-659, Rn 9; EuGH Rs C-224/97, <i>Ciola</i>, Slg 1999, I-2517.</p>	<p>spezifischer <b>regionaler Charakter</b> ausgeschlossen werden: EuGH Rs C-69/88, <i>Krantz</i>, Slg 1990, I-583, Rn 11; Rs C-44/98, <i>BASF</i>, Slg 1999, I-6269, Rn 16; Rs C-431/01, <i>Mertens</i>, Slg 2002, I-7073, Rn 34; Rs 231/03, <i>Coname</i>, Slg 2005, I-7287, Rn 20.</p> <p>Umstand, dass grenzüberschreitendes Interesse <b>nicht ausgeschlossen</b> werden kann, ausreichend: EuGH Rs C- 87/94, <i>Kommission/Belgien</i>, Slg 1996, I-2043, Rn 33; Rs C-458/03, <i>Parking Brixen</i>, Slg. 2005, I-8585, Rn 55; Rs C-380/05, <i>Centro Europa 7 Srl</i>, Urteil v 31.1.2008, Rn 66f.</p>
---	---	--	---

## 5.2. Soziale Leistungen: Grenzüberschreitender Bezug bejaht

Wettbewerbsrecht (Artt 81, 82 u 87 EG) <sup>169</sup>		Grundfreiheiten	Vergaberecht <sup>170</sup>
<i>Beeinträchtigung des Handels und des Wettbewerbs zwischen den MS</i>	<i>Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes (Art 82 EG)</i>	<i>Grenzüberschreitendes Element</i>	<i>Grenzüberschreitendes Interesse (potentielle Bieter)</i>
<p>Die Durchführung eines <b>Pflichtversicherungssystems</b> durch einen einzigen Betreiber ist eine Beeinträchtigung des Handels zw den MS, da es ausländischen Versicherern dadurch verwehrt ist, ein vollständiges Rentensystem als grenzüberschreitende Dienstleistung anzubieten: EuGH Rs C-67/96 <i>Albany</i>, Slg 1999, 5751, Rn 48ff.</p> <p><b>Regionales Stromversorgungsunternehmen</b>, das Inhaber einer Konzession für die Stromversorgung im Konzessionsgebiet ist, verbietet den lokalen Stromversorgungsunternehmen vertraglich, <b>Elektrizität für die öffentliche Versorgung</b> einzuführen. Trotz des regionalen Charakters ist für die Beurteilung des Zwischenstaatsbezugs die Gesamtheit von vertraglichen Beziehungen zwischen Erzeugern, regionalen Versorgungsunternehmen und Endverbrauchern heranzuziehen. Die kumulative Wirkung dieser vertraglichen Beziehungen ist zur Abschottung des</p>	<p>Eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, welche die Tätigkeit der <b>Arbeitsvermittlung</b> ausübt, kann aufgrund des eingeräumten gesetzlichen Monopols eine beherrschende Stellung innehaben, wobei das <b>Gebiet des MS</b>, auf das sich das Monopol erstreckt, einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt: EuGH Rs 41/90 <i>Höfner</i>, Slg 1991 I- 1979 Rn 28f.</p> <p>Jedenfalls einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes bildet das Gebiet eines MS bei der Sammlung, Beförderung und Verteilung von <b>Postsendungen</b>: EuGH Rs 320/91, <i>Corbeau</i>, Slg 1993, I-2533, Rn 9; idS auch Rs C-147/97, <i>Deutsche Post AG</i>, Slg 2000, I-825, Rn 57.</p> <p><b>Krankentransporte</b> – Liegt die beherrschende Stellung im gesamten Land Rheinland-Pfalz vor, so betrifft diese Stellung aufgrund der großen</p>	<p>Maßgeblich ist, dass die <b>Krankenhausbehandlung</b> in anderem MS vollzogen wird. Der Umstand, dass die Erstattung der Kosten vor einem nationalen Gesundheitsdienst beantragt wird, ist irrelevant: idS EuGH Rs C-157/99, <i>Smits und Peerbooms</i>. Slg 2001, I-5473, Rn 69; Rs C-385/99, <i>Müller-Fauré</i>, Slg 2003, I-4509, Rn 40ff; Rs C-372/04, <i>Watts</i>, Slg 2006, I-4325, Rn 89ff; idS auch <b>Zahnbehandlung</b> in einem anderen MS: EuGH Rs C-158/96, <i>Kohll</i>, Slg 1998, I-1931, Rn 35; Versagung der Kostenerstattung bei <b>Brillenkauf</b> in einem anderen MS: EuGH Rs C-120/95, <i>Decker</i>, Slg 1998, I-1831, Rn 34.</p> <p>Steuerliche Abzugsfähigkeit von <b>Schulgeld an privaten Einrichtungen</b> – grenzüberschreitender Bezug auch dann gegeben, wenn Eltern im Inland wohnen und arbeiten und nur das Kind die Grenze zum Schulbesuch übertritt: EuGH Rs C-76/05, <i>Schwarz</i>, Slg 2007, I-6849; idS</p>	<p>Grenzüberschreitendes Interesse jedenfalls bei der <b>Übertragung der Herausgabe des Telefonverzeichnisses</b> an ein privates Unternehmen in Form einer Dienstleistungskonzession. Trotz Unanwendbarkeit der vergabespezifischen RL muss der AG zugunsten potentieller ausländischer Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen (Interesse ausländischer Bieter nicht ausgeschlossen): EuGH Rs C-324/98, <i>Teleaustria AG</i>, Slg 2000, I-1074, Rn 60f.</p> <p>Grenzüberschreitendes Interesse bei der Vergabe einer Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der <b>Gasversorgung einer Gemeinde</b>, da ein Interesse eines in einem anderen MS niedergelassenen Unternehmens nicht ausgeschlossen werden kann: EuGH Rs C-231/03, <i>Coname</i>, Slg</p>

<sup>169</sup> Dazu auch Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABI 2004 C 101/81.

<sup>170</sup> Dazu auch Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI 2006 C 179/2.

<p>nationalen Marktes geeignet (kann aber nach <b>Art 86 Abs 2 EG</b> vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts ausgenommen sein): EuGH Rs C-393/92 <i>Municipality of Almelo</i>, Slg 1994, I-1477, Rn 35ff.</p> <p>Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein öffentlicher Zuschuss für ausschließlich <b>örtliche und regionale Verkehrsdienste</b> dennoch auf den Handel zwischen den MS auswirkt, da das begünstigte Unternehmen dadurch die Erbringung von Verkehrsdiensten beibehalten und ausweiten kann und sich deshalb die Chancen von in einem anderen MS niedergelassenen Unternehmen verringern: EuGH Rs C-280/00, <i>Altmark Trans</i>, Slg 2003, I-7747, Rn 77f.</p> <p>Bei <b>musikalischen und audiovisuellen Theaterproduktionen</b> mit relativ hoher (internationaler) Publikumswirkung kann eine Handelsbeeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden: KO- E N 340/2007, <i>Beihilfen für Theater, Musical und Tanz</i>, ABI 2007 C 206/01.</p> <p>Zwischenstaatsbezug kann unabhängig vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Dienste oder von der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets bestehen -<b>Fachärzte</b> für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde stehen im Wettbewerb mit Berufskollegen aus anderen MS: EuGH Rs C-172/03 <i>Heiser</i>, Slg 2005, I-1627, Rn 33.</p>	<p>Fläche dieses Lands von fast 20.000 qkm und seiner hohen Einwohnerzahl von etwa vier Millionen (liegt über jener von einigen MS) einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes: EuGH Rs C-475/99, <i>Ambulanz Glöckner</i>, Slg 2001, I-8089, Rn 38.</p>	<p>auch Versagung der Steuerbefreiung für eine Lehrtätigkeit, da diese an einer in einem anderen MS ansässigen Universität absolviert wird: EuGH Rs C-281/06, <i>Jundt</i>, Urteil v 18.12.2007, Rn 53.</p> <p><b>Soziale Vergünstigungen</b> (Erziehungsentgelt) – Das grenzüberschreitende Element für einen Wanderarbeitnehmer ist auch dann gegeben, wenn ein deutscher Staatsbürger unter Beibehaltung seines Dienstverhältnisses in Deutschland seinen Wohnsitz in einen anderen MS verlegt: EuGH Rs C-212/05, <i>Hartmann</i>, Slg 2007, I-6303, Rn 20.</p> <p><b>Glücksspiele zu karitativen Zwecken</b> – sobald wenigstens einer der Leistungsanbieter in einem anderen MS niedergelassen sein kann, in dem die Leistung angeboten wird (Beschränkung rechtfertigbar): EuGH Rs C- 67/98, <i>Zenatti</i>, Slg 1999, I-7289, Rn 24.</p>	<p>2005, I-7287, Rn 17.</p> <p>Grenzüberschreitendes Interesse wird auch bei einer Kooperationsvereinbarung für die Erbringung <b>nicht reservierte Postdienste</b> bejaht, wobei im konkreten Fall das jährliche Entgelt der Leistung nur <b>€12.020,42</b> beträgt. Denn allein die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung ist, dass die in den RL über öffentliche Aufträge vorgesehenen besonderen und strengen Verfahren nicht angemessen sind, wenn es sich um öffentliche Aufträge von geringem Wert handelt, bedeutet nicht, dass diese vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrecht ausgenommen sind: EuGH Rs C-220/06, <i>Asociación Profesional de Empesas/Administración General del Estado</i>, Urteil v 18.12.2007, Rn 72; idS auch EuGH Rs C-59/00, <i>Vestergaard</i>, Slg 2001, I-9505, Rn 19; EuGH Rs C-264/03, <i>Kommission/ Frankreich</i>, Slg 2005, I-8831, Rn 33.</p>
--	---	---	---

### 5.3. Soziale Leistungen: Grenzüberschreitender Bezug verneint

Wettbewerbsrecht (Artt 81, 82 u 87 EG) <sup>171</sup>		Grundfreiheiten	Vergaberecht <sup>172</sup>
<i>Beeinträchtigung des Handels und des Wettbewerbs zwischen den MS</i>	<i>Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes (Art 82 EG)</i>	<i>Grenzüberschreitendes Element</i>	<i>Grenzüberschreitendes Interesse (potentielle Bieter)</i>
<p>Keine tatbestandserhebliche Auswirkung auf den Handel und Wettbewerb zwischen den MS bei einer Entscheidung der Angehörigen eines freien Berufs, einen mit der Verwaltung eines <b>Zusatzrentensystems</b> betrauten Rentenfonds einzurichten und beim Staat zu beantragen, die <b>Pflichtmitgliedschaft</b> aller Angehörigen des betreffenden Berufs in diesem Fonds vorzuschreiben: EuGH Rs C-180/98 <i>Pavlov</i>, Slg 2000, 6451, Rn 90ff.</p> <p>Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den MS ist zu verneinen bei öffentlichen Zuschüssen für ein <b>örtliches Freizeitbad</b> mit einem Einzugsgebiet von etwa 50 km: KO-E N 258/00 <i>Freizeitbad Dorsten</i>, ABI 2001 C 172/14, 16.</p> <p>Kein Zwischenstaatsbezug bei öffentlichen Zuschüssen für den Neu- oder Ausbau oder die Modernisierung bestimmter nationaler (konkret irischer) <b>Krankenhäuser</b>: KO-E N 543/01, <i>Abschreibungen für irische Krankenhäuser</i>, ABI 2002 C 154/3, 4.</p>	<p>Keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes bilden unter Umständen <b>kleine und lokal (regional) begrenzte Märkte</b>; zB lokale Frischbetonmärkte in Frankreich und Großbritannien KO-E v 16.12.1997, COMP/M. 1030, <i>LaFarge/Redland</i>; oder bei bestimmten <b>lokalen Gasversorgungsmärkten</b> KO-E v 25.11.1996, IV/M.713, <i>RWE/ Thyssengas</i>; örtlich begrenzte Einzelhandelsmärkte KO-E v 25.01.2000, COMP/M.1684, <i>Carrefour/Promodès</i>.</p> <p>Ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes kann unter besonderen Umständen dann nicht vorliegen, wenn der betroffene nationale Markt <b>traditionell ausländischen Wettbewerb äußerst eingeschränkt zugänglich</b> ist: idS KO-E v 24.04.1997, IV/M. 894, <i>Rheinmetall/British Aerospace/STN Atlas</i>; KO-E v 19.06.1998 IV/M.1153, <i>Krauss-Maffei/Wegmann</i>.</p>	<p><b>Arbeitsvermittlung</b> - bei einem Sachverhalt, in dem ein deutscher Personalberater sich in einem Rechtsstreit mit einem deutschen Unternehmen über die Vermittlung eines deutschen Staatsangehörigen befindet, ist ein grenzüberschreitender Bezug im Sinne der Dienstleistungsfreiheit nicht gegeben: EuGH Rs 41/90 <i>Höfner</i>, Slg 1991, I-1979, Rn 35ff; idS auch Rs 52/97, <i>Debauve</i>, Slg 1980, 833, Rn 9; Rs C-134/95, <i>USSL</i>, Slg 1997, I-195, Rn 19.</p> <p>Ein grenzüberschreitendes Element im Sinne der Dienstleistungsfreiheit besteht nicht, wenn ein in einem MS niedergelassenes Unternehmen, in den von ihm betriebenen <b>Altersheimen</b>, Dienstleistungen für Senioren aus anderen MS erbringt und zwar deshalb da sich die Staatsangehörigen des anderen MS in die Altersheime</p>	<p>Vertrag, ohne Einleitung eines Vergabeverfahrens, an die Post, nach dem die Empfänger von <b>Sozialleistungen</b> die ihnen geschuldeten Beträge bei den Poststellen abholen können. Die Kommission hat nicht die erforderlichen Anhaltspunkte geliefert, nach denen einer solchen Dienstleistung trotz ihres spezifischen Charakters eine grenzüberschreitende Bedeutung zukomme. A priori weisen diese eben keine grenzüberschreitende Bedeutung auf: EuGH Rs C-507/03, <i>Kommission/Irland</i>, Urteil v 13.11.2007, Rn 33.</p> <p>Ein Vertrag über die <b>Durchführung von Presseaussendungen für öffentliche Bundesdienststellen</b> inklusive der Gewährung des Zugangs zum bestehenden Nachrichtenarchiv kann unter Umständen ein grenzüberschreitendes Interesse nicht</p>

<sup>171</sup> Dazu auch Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABI 2004 C 101/81.

<sup>172</sup> Dazu auch Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI 2006 C 179/2.



<p>Öffentliche Zuschüsse für die Errichtung von <b>Rastplätzen</b> für Transportfahrzeuge in Teneriffa beeinträchtigen nicht den Handel zwischen den MS: KO-E NN 29/02, <i>Spain – Aid for the installation of service areas on Tenerife</i>, Abl 2003 C 110/14.</p> <p>Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den MS ist zu verneinen bei geringen Zuschüsse für <b>regionale Theaterproduktionen</b>, die aufgrund ihrer <b>sprachspezifischen Charakteristik</b> keine internationale Publikumswirkung entfalten und sich deren Einzugsgebiet auf etwa 50 km beschränkt: KO-E N 257/2007, <i>Beihilfen für Theater</i>, ABL 2007 C 173/1; idS auch KO-E N 448/2005, <i>Theater Musical und Tanz</i>, ABL 2006 C 89/6.</p>		<p>begeben, um sich dort ständig und für unbestimmte Zeit aufzuhalten. Diese sind somit nicht in einem anderen MS ansässig: EuGH Rs C-70/95, <i>Sodemare</i>, Slg 1997, I-3395, Rn 36ff.</p>	<p>begründen, da ein Großteil der benötigten Dienste <b>nationalspezifische Bezüge bzw Bezüge zum rein regionalen Geschehen</b> aufweisen: noch nicht entschiedene Rs s dazu Schlussanträge der GA Kokott v 13.3.2008, Rs C- 454/06, <i>presstext Narichtenagentur</i>, Rn 114.</p>
--	--	--	---

## **II. Rechtspolitischer Handlungsbedarf und rechtliche Vorgaben für ein mögliches Rechtsinstrument zu sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

### **1. Rechtsgrundlage**

Ein Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Regulierung von sozialen Dienstleistungen setzt nach dem Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung eine einschlägige Rechtsgrundlage im Vertrag voraus.

Auf der Grundlage der *lex lata* wäre zunächst an Art 86 Abs 3 EG zu denken, welcher der Kommission die Zuständigkeit gibt, zur Regulierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geeignete Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten.<sup>173</sup> Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Heranziehung dieser Bestimmung im Bereich der Telekom-Liberalisierung<sup>174</sup> zeigt jedoch, dass Art 86 Abs 3 EG nicht als allgemeine legislative Grundlage zur Regulierung von Daseinsvorsorgeleistungen herangezogen werden kann. Die Kommission hat daher in der Folge weitere Liberalisierungsschritte auf der Grundlage von Art 95 EG vorgeschlagen, was über das Mitentscheidungsverfahren zu einer stärkeren Einbindung des Europäischen Parlaments führte.

De lege ferenda wird durch den Vertrag von Lissabon mit Art 16 Abs 3 EG (= Art 14 Abs 3 neu) eine geeignete Rechtsgrundlage geschaffen. Nach dieser Bestimmung können Parlament und Rat die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren von DAWIs durch Verordnung festlegen. Anzuwenden ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Art 16 EG verbindet diese Rechtsgrundlage aber auch mit inhaltlichen Vorgaben, die der Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft, wenngleich mit einem sehr weiten Ermessensspielraum, Grenzen setzen. Zum einen sind die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jener finanzieller und wirtschaftlicher Art, so zu gestalten, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Zum anderen darf ein Rechtsakt nach Art 16 EG nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten beeinträchtigen, die Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren. Dies ist bei der Gestaltung von inhaltlichen Vorgaben für die mögliche Ausgestaltung des Rechtsakts zu berücksichtigen. Gewisse Ansatzpunkte dazu lassen sich schon aus den primärrechtlichen Vorgaben gewinnen. Unter den dort in Bezug genommenen „Grundsätzen und Bedingungen, insbesondere finanzieller und wirtschaftlicher Art“ sind wohl jedenfalls auch Regelungen über die Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen und über die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten zu verstehen, so diese zur Erfüllung eines Gemeinwohlauftrags erforderlich sind. Der Rechtsakt könnte daher präzisierende Regelungen in diesen Bereichen treffen. Darüber hinaus wäre ein Rechtsakt nach Art 16 EG auch ein geeignetes Instrument, zu den im ersten Teil aufgeworfenen horizontalen Fragen Klarstellungen zu treffen.

### **2. Zu den Inhalten eines möglichen Rechtsakts im Einzelnen**

#### **2.1. Zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen**

Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen unterliegt, wie bereits im ersten Teil ausgeführt, nach wie vor sehr unklaren Kriterien. Die

---

<sup>173</sup> Zu Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsetzungsbefugnisse der Kommission vgl. *Cruz*, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in *de Burca*, *EU Law and the Welfare State* (2005) 169, 198 ff mwN.

<sup>174</sup> VerB Rs C-271/90, C-281/90 und C-289/90, *Spanien/Kommission*, Slg 1992, I-5833.

Rechtsprechung kann dazu nur sehr grobe Eckpunkte anbieten. Dies führt gerade für den sozialen Sektor zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Dem könnte durch eine klare Abgrenzung in einem zu entwickelnden Rechtsakt begegnet werden. Dies hätte zudem den wesentlichen Vorteil, dass die Auseinandersetzung um die Abgrenzungsfrage durch die Beschlussfassung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Rat und Europäisches Parlament auf eine politische Ebene gehoben wird.

Als mögliche Abgrenzungskriterien kämen etwa neben der sozialen Ausrichtung der Tätigkeit, die überwiegende Beteiligung von Freiwilligen, die Finanzierung der Tätigkeit durch Spenden, der lokale Charakter der erbrachten Dienstleistung, die Kleinteiligkeit und die regionale Ausrichtung der entsprechenden Einrichtung uä in Betracht. An die fehlende Gewinnerzielungsabsicht als solche dürfte nicht angeknüpft werden, da dieses Kriterium nach der Rsp für sich genommen eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht ausschließen kann. In eine Abgrenzung in einem Rechtsinstrument wäre auch die bestehende Judikatur des EuGH aufzunehmen. Bildungsdienstleistungen und Leistungen der sozialen Sicherheit wären im Sinne einer Kodifikation der Rechtsprechung auszuklammern. Dies könnte auch der richtige Platz für eine genauere Abgrenzung und Definition dieser Bereiche sein. Damit wäre auch der Vorteil der Rechtssicherheit pro futuro verbunden. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs stützt sich ja auf den im Zeitpunkt der Entscheidung aktuellen Stand des Gemeinschaftsrechts und fußt dabei auf einer Bezugnahme der Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten, der sich im Zeitablauf ändern kann. Gerade die aktuellen Entwicklungen im Hochschulsektor zeigen, dass zunehmend am Markt orientierte Elemente eine Rolle spielen. Dies würde einen Wechsel in der Rechtsprechung für die Zukunft nicht ausschließen. Eine Aufnahme in einen Rechtsakt könnte hier Klarheit schaffen.

Gegen diesen Vorschlag könnte eingewendet werden, dass die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten an Tatbestandselemente des EG-Vertrags und somit des Primärrechts anknüpft. Diese können durch einen Sekundärrechtsakt nicht verändert werden. Die Auslegung des Primärrechts bleibt vielmehr allein dem Gerichtshof vorbehalten. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die bisherige Praxis des Gerichtshofs zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen in Ermangelung von gemeinschaftlichen Festlegungen und Wertungen des Gemeinschaftsgesetzgebers vorgenommen werden musste. Der Gerichtshof war daher gezwungen quasi richterrechtlich eine Abgrenzung mit Blick auf die Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten vorzunehmen. Damit ist aber letztlich unweigerlich eine Wertungsentscheidung verbunden, welche Bereiche im Markt und welche marktfremd erbracht werden sollen. Wird eine solche Abgrenzung nun durch einen zu schaffenden Rechtsakt politisch durch den Gemeinschaftsgesetzgeber selbst vorgenommen, so wäre es nahe liegend, dass sich der Europäische Gerichtshof in Zukunft an diesen gemeinschaftlichen Festlegungen orientiert, solange der Rechtsakt die von der Rechtsprechung gesetzten primärrechtlichen Schranken nicht überschreitet.

## **2.2. Festlegung von de-minimis-Schwellen**

Soziale Dienste werden, wie oben bereits ausgeführt, in vielen Fällen auf lokaler und regionaler Ebene in kleinteiligen Wirtschaftsstrukturen mit geringen Umsätzen erbracht werden. Nationale Regelungen in diesem Bereich werden daher in vielen Fällen nur wenig Potential zur Verfälschung der Handelsströme im Binnenmarkt oder zur Verfälschung des Wettbewerbs aufweisen und oft auch kaum relevante Marktzutrittsschranken für Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten errichten. Eine uneingeschränkte Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf solche Arten von sozialen Diensten führt daher zu

einer uU erheblichen regulativen Belastung, ohne dass dem vergleichbare Gewinne für den Binnenmarkt entgegenstehen. Dem trägt auch das Gemeinschaftsrecht Rechnung, indem wirtschaftliche Vorgänge, die kein Potential zur Belastung des Binnenmarkts aufweisen, ausgeklammert werden. Die dabei heranzuziehenden Tatbestandselemente variieren jedoch nach den verschiedenen Rechtsbereichen des Gemeinschaftsrechts und unterliegen auch einer unterschiedlichen Auslegung durch den Gerichtshof.<sup>175</sup> Auch hier wird wiederum Rechtsklarheit nur durch eine Präzisierung durch das Sekundärrecht zu erreichen sein. Dies könnte ein Rechtsakt nach Art 16 EG leisten. Zu denken wäre hier etwa auch an quantifizierbare Umsatzschwellen, unterhalb derer etwa Anforderungen aus dem Beihilfen- oder Vergaberecht nicht zur Anwendung kommen. Dies entspricht im Übrigen dem Ansatz, den die Kommission für das Beihilfenrecht schon jetzt im *Altmark*-Paket verfolgt hat. Eine solche Vorgehensweise könnte für soziale Dienste generalisiert durchaus in einem zu schaffenden Rechtsakt seinen Platz haben.

### 2.3. Binnenmarktrelevante Regelungen

Die Auslegung der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes obliegt allein der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Die Möglichkeiten der Einschränkung der durch den EG-Vertrag selbst gewährten Rechte sind daher gering. Denkbar wäre es aber dennoch, unter der nachprüfenden Kontrolle des Gerichtshofs Klarstellungen zu treffen, unter welchen Voraussetzungen eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der Grundfreiheiten das Funktionieren der Dienste von allgemeinem Interesse in Frage stellen könnte. Dazu könnten die vom Gerichtshof in Bezug auf soziale Leistungen herangezogenen Rechtfertigungsgründe präzisiert und kodifiziert werden. Ausgangspunkt hierfür könnte die Rsp zu den Gesundheitsdienstleistungen sein.<sup>176</sup> Es könnte klargestellt werden, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, der bestimmte Beschränkungen rechtfertigen kann. Auch auf die Notwendigkeit, die Kosten, die durch eine angebotsinduzierte Nachfrage entstehen können, zu kontrollieren und, soweit wie möglich, eine Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern, hat der EuGH bereits hingewiesen. Solche von der Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründe könnten präzisierend auch in einen Rechtsakt aufgenommen werden.

Eine Klarstellung scheint des Weiteren insbesondere in Bezug auf Rechtsformvorbehalte zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen notwendig. Hierzu hat der Gerichtshof in *Sodemare* ausgeführt, dass *beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts* (eigene Hervorhebung) ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen kann, dass ein System der Sozialhilfe seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen.<sup>177</sup> Da der gegenwärtige Stand des Gemeinschaftsrechts letztlich durch einen Rechtsakt nach Art 16 EG verdeutlicht wird, wäre eine Klarstellung dieser Festlegung des Gerichtshofs durch den Gemeinschaftsgesetzgeber anzuraten.

<sup>175</sup> Eine Übersicht über die nach der Rechtsprechung wesentlichen Kriterien findet sich unter I.5.

<sup>176</sup> Dazu oben I.2.

<sup>177</sup> Rs C-70/95, *Sodemare*, Slg 1997, I-3395, Rn 32. Vgl dazu auch oben I.2.

## 2.4. Wettbewerbs- und beihilfenrelevante Regelungen

Der Schwerpunkt von Regelungen im Bereich des Beihilfen- und Wettbewerbsrechts wird in der Behandlung von Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlleistungen liegen. Diese sind sowohl nach Art 86 Abs 2 EG als auch nach Art 87 EG zu prüfen, unterliegen in beiden Fällen aber den gleichen Kriterien. Die hierzu von der Rechtsprechung und in der Folge im Monti-Paket aufgestellten Parameter stellen die Praxis gerade im sozialen Sektor vor nicht unerhebliche Probleme. Dies betrifft im Wesentlichen alle vier vom Gerichtshof in der Rs *Altmark* festgelegten Kriterien.<sup>178</sup> Schon die Natur und Anforderungen an die Ausgestaltung des Betrauungsakts sind für den sozialen Sektor nach wie vor unklar und sollten in einem Rechtsakt jedenfalls näher präzisiert werden. Des Weiteren kann es gerade auch für soziale Dienste Situationen geben, in denen die Berechnung der für den Ausgleich erforderlichen Parameter *ex ante* schwer möglich ist. Auch dies könnte in einer abweichenden Sonderregelung für soziale Dienste berücksichtigt werden. Vor besondere Probleme stellt die Praxis der Maßstab eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens, an dessen Kosten die Ausgleichszahlungen zu messen sind. Sind soziale Einrichtungen nicht in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig, so wird es typischerweise an einem solchem *tertium cooperationis* mangeln. Dies hat die Rechtsprechung schon in der Rs *Chronopost*<sup>179</sup> beschäftigt. Das Problem wurde jüngst wiederum in der Rs *BUPA*<sup>180</sup> vom Gericht aufgegriffen. Ein zu erstellender Rechtsakt könnte diese Sonderkonstellation, die insbesondere auch für soziale Dienste von hoher Bedeutung sein wird, entsprechend aufgreifen.

Auf die Möglichkeit der Einführung besonderer Schwellenwerte im Sinne einer *de-minimis*-Regelung wurde oben bereits hingewiesen.

## 2.5. Vergaberechtliche Fragen

Soziale Dienstleistungen unterliegen, wie dargestellt, nur einem abgeschlankten Vergaberechtsregime. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, inwieweit die Vorgaben des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe hinreichend auf die Besonderheiten des sozialen Sektors Rücksicht nehmen. Zu eng gefasst scheinen hier zunächst die Vorgaben einer vergabefreien Inhouse-Vergabe. Durch die rigide Rechtsprechung in diesem Bereich ist es öffentlichen Auftraggebern kaum mehr möglich, Dienste an ausgegliederte Einrichtungen zu vergeben, wenn diese auch Aufträge anderer öffentlicher Einrichtungen entgegen nehmen sollen. Dadurch können durchaus wesentliche Rationalisierungserwartungen nicht realisiert werden. Die Problematik hat in dem Bereich des öffentlichen Nahverkehrs zu einer Neuausrichtung der Vorgaben an eine Inhouse-Vergabe in der Verordnung über Personenverkehrsdienste<sup>181</sup> geführt.<sup>182</sup> Eine gleichgerichtete Vorgangsweise könnte generalisierend für soziale Dienste auch in einem Rechtsakt nach Art 16 EG Platz finden. Des Weiteren wurden durch den genannten Rechtsakt zum ÖPNV auch die Möglichkeiten der Direktvergabe ausgeweitet. Auch eine analoge Übertragung dieses Schrittes könnte für soziale Dienste erwogen werden. Nicht zuletzt bergen verstärkte Verpflichtungen zur Ausschreibung von sozialen Diensten das Risiko, dass Leistungen mit hohen Gewinnerwartungen dem

<sup>178</sup> Zu diesen vgl oben I.3.

<sup>179</sup> VerbRs C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993.

<sup>180</sup> Rs T-289/03, *BUPA*, Urteil v 12.2.2008, noch nicht in Slg veröff.

<sup>181</sup> Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABI 2007 L 315/1.

<sup>182</sup> Vgl dazu *Kahl*, Die neue Public Service Obligations (PSO)-Verordnung, ZVR 2008, 83, 85 f.

privaten Sektor überantwortet werden, der gemeinnützige Bereich hingegen mit den unprofitableren Leistungen das Auslangen finden muss. Diese Problematik wird verstärkt dadurch, dass das Vergaberecht keine Möglichkeit kennt, außerhalb der Sonderregelung für geschützte Werkstätten eine Vergabe auf gemeinnützige Einrichtungen einzuschränken.<sup>183</sup>

## 2.6. Festlegung von Universaldienstverpflichtungen

### 2.6.1. Inhaltliche Vorgaben

Art 16 EG steht schon aufgrund seiner Entstehungsgeschichte in engem Zusammenhang mit der Festlegung von Universaldienstverpflichtungen. Schon nach der Erklärung Nr 13 zum Vertrag von Amsterdam soll Art 7d (nunmehr Art 16 EG) unter uneingeschränkter Beachtung der Rsp des Gerichtshofs unter anderem in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit von öffentlichen Diensten umgesetzt werden.

Diese Festlegung wird – in rechtlich verbindlicher Weise – nunmehr im Vertrag von Lissabon mit dem Protokoll zur Bedeutung der Dienste von allgemeinem Interesse bekräftigt. Nach diesem Protokoll zählt zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf DAI auch ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte. Dies scheint Ausdruck eines allgemein Rechtsgedankens, der sich auch in Art 36 der Charta der Grundrechte wieder findet. Nach dieser Bestimmung achtet die Union den Zugang zu Daseinsvorsorgeleistungen, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt zu fördern. Aus diesen Bezugnahmen wird ersichtlich, dass ein auf der Grundlage von Art 16 Abs 3 EG zu erlassender Rechtsakt ganz offensichtlich auch Universaldienstverpflichtungen enthalten soll.

Dies mag auf den ersten Blick überraschen. Klassischerweise sind in gemeinschaftlichen Sekundärrechtsakten Universaldienstverpflichtungen dann vorgesehen, wenn bislang dem Wettbewerb nicht ausgesetzte Sektoren liberalisiert werden sollten. Zu nennen wäre hier der gemeinschaftliche Acquis im Telekommunikationssektor,<sup>184</sup> die Gas-<sup>185</sup> und Stromrichtlinien<sup>186</sup> sowie die Richtlinie über Postdienste.<sup>187</sup> Dies ist auch folgerichtig, macht doch erst die Öffnung des Wettbewerbs die Festlegung von Universaldienstverpflichtungen notwendig. Bislang von Monopolisten implizit oder explizit im politischen Auftrag erbrachte Leistungen sind in einem vom Wettbewerb geprägten Marktumfeld hoheitlich festzulegen bzw zu finanzieren. Ein solcher allgemeiner Liberalisierungsauftrag für Dienste von allgemeinem Interesse ist nun allein auf der Grundlage von Art 16 EG keineswegs auszumachen. Auch die Binnenmarkt-, Wettbewerbs- und Beihilfenregeln verpflichten nicht generell zu einer Liberalisierung und überlassen die

<sup>183</sup> Dazu oben I.4.2.3.

<sup>184</sup> S dazu *Szysczak*, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU* (2007) 143.

<sup>185</sup> Richtlinie 2003/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl 2003 L 176/57.

<sup>186</sup> Richtlinie 2003/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl 2003 L 176/37.

<sup>187</sup> Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl 1998 L 15/14, idF Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl 2008 L 52/3.

Entscheidung über die Organisation und Funktionsweise von Daseinsvorsorgeleistungen den Mitgliedstaaten. Dies wirft die Frage auf, warum Universaldienstverpflichtungen gemeinschaftsrechtlich vorgesehen werden sollen, ohne dass dies gleichzeitig mit Liberalisierungsschritten einhergehen soll.

Eine Antwort darauf mag zunächst darin liegen, dass ungeachtet der fehlenden unmittelbaren rechtlichen Verpflichtung zur Liberalisierung, welche aus dem Gemeinschaftsrecht nicht abzuleiten ist, die Binnenmarkt-, Wettbewerbs- und Beihilfenregeln gewisse Bereiche auch des sozialen Sektors doch in wirtschaftlicher Hinsicht und mittelbar näher in ein Marktumfeld rücken können. Diesen Entwicklungen Rechnung tragend macht es Sinn, qua Art 16 EG die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch Universaldienstverpflichtungen abzusichern.

Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass Art 16 EG ein doppeltes Mandat enthält und nicht nur die Gemeinschaft, sondern auch die Mitgliedstaat verpflichtet. In vielen Mitgliedstaaten werden nun soziale Dienste bereits jetzt und unabhängig von den Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht in einem Marktumfeld angeboten und von der öffentlichen Hand nachgefragt. Für diese wettbewerblich geprägten Bereiche des sozialen Sektors sind Universaldienstverpflichtungen also durchaus angebracht. Der genaue Umfang dieser Verpflichtungen wird dabei in aller Regel wohl von den Mitgliedstaaten zu bestimmen sein. Dies unterstreicht auch das Protokoll zu den DAI, wenn es die wichtige Rolle und den weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörde in dieser Frage hervorhebt. Auch die Rechtssetzungstechnik der genannten Liberalisierungsrichtlinien trägt dem Rechnung, indem in aller Regel für Universaldienstverpflichtungen ein allgemeiner Rahmen vorgeben wird, der von den Mitgliedstaaten näher zu konkretisieren ist. Dessen ungeachtet wird ein allgemeiner Rechtsakt über DAWIs aber durchaus auch Mindestanforderungen für Universaldienstverpflichtungen enthalten können. Dies ergibt sich schon aus der Zielsetzung nach Art 36 der Grundrechtecharta, aber auch aus dem genannten Protokoll, welches ein hohes Niveau in Bezug auf Universaldienstverpflichtungen zu den gemeinsamen Werten der Union zählt, die eben auch von dieser und nicht nur von den Mitgliedstaaten zu verfolgen sind.

#### *2.6.2. Zugang und Bezahlbarkeit; Kontinuität der Leistung; vertragliche und vorvertragliche Verpflichtungen*

Sollten in einen Rechtsakt nach Art 16 Universaldienstverpflichtungen in Anlehnung an den bestehenden Acquis aufgenommen werden, so könnten diese den Zugang zu Leistungen für jedermann unabhängig von seiner ökonomischen, sozialen oder geographischen Situation zu einer bestimmten Qualität und einem leistbaren Preis garantieren. Die Richtlinie 97/33/EG<sup>188</sup> definiert Universaldienstverpflichtungen etwa als Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität, dass allen Benutzern unabhängig von ihrem Standort und, gemessen an den landesspezifischen Bedingungen, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht. Im neuen Regelungspaket zur elektronischen Kommunikation wird den Universaldiensten sogar eine eigene Richtlinie gewidmet.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl 1997 L 199/32.

<sup>189</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl 2002 L 108/51.

Eine weitere Facette des Universaldienstes ist ein Recht auf individuellen Zugang zur Leistung. Dies kommt auch in Art 36 der Grundrechtecharta zum Ausdruck. So sieht beispielsweise die Richtlinie 2002/22/EG<sup>190</sup> vor, dass allen zumutbaren Anträgen auf Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und auf Zugang zu öffentlichen Telefondiensten von mindestens einem Unternehmen entsprochen werden muss. Daran gebunden sind auch qualitative Anforderungen an die Ausgestaltung dieses Anschlusses.

Unter dem Aspekt der Erschwinglichkeit der Preise können Universaldienstverpflichtungen auch Maßnahmen der Preisregulierung oder Preisgestaltung beinhalten. Dazu zählen auch Regeln, die sicherstellen sollen, dass einkommensschwachen Personen oder Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen der Zugang zur Leistung möglich ist. In der Literatur wird dies als Absicherung vor social force majeure beschrieben.<sup>191</sup> So verpflichtet etwa die Richtlinie über den Erdgasbinnenmarkt<sup>192</sup> dazu, für schutzbedürftige Kunden einen angemessenen Schutz einzuräumen, wozu auch geeignete Maßnahmen gehören, mit denen diesen Kunden geholfen wird, den Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden. Die Regulierungsdichte der an Zugang und Leistbarkeit anzulegenden Anforderungen variiert in den verschiedenen Gemeinschaftsrechtsakten. Die Kommission geht davon aus, dass die Definition von Universaldienstleistungen und damit die Präzisierung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Wesentlichen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.<sup>193</sup> Dessen ungeachtet finden sich jedoch in manchen Gemeinschaftsrechtsakten durchaus sehr präzise Anforderungen an Universaldienste. Zu nennen wären etwa die Anforderungen nach der Richtlinie 2002/22/EG an die Ausgestaltung von ISDN-Diensten, die Veröffentlichung von Teilnehmerverzeichnissen, Notfalldienste und die sehr detaillierten Bestimmungen über die Rechnungslegung der Dienstleister. Auch die Postdienstrichtlinie sieht sehr detailgenaue Anforderungen an die Qualität der zu erbringenden Leistungen vor.<sup>194</sup>

Zu den typischen Universaldienstverpflichtungen gehört auch die Kontinuität der Leistung. Die Kommission definiert diese als Verpflichtung des Leistungserbringers sicherzustellen, dass Leistungen ohne Unterbrechung erbracht werden. So sieht etwa die Postdienstrichtlinie vor, dass Postdienstleistungen allein in Fällen von höherer Gewalt unterbrochen werden dürfen. Des Weiteren werden Notfalldienste definiert, welche auch im Fall eines Netzwerkzusammenbruchs sicherzustellen sind.

Das Konzept des Universaldienstes umfasst schließlich auch Maßnahmen des Verbraucherschutzes und in diesem Zusammenhang vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten. So kennt beispielsweise die Erdgasrichtlinie sehr detaillierte Regelungen über die Ausgestaltung der Verbraucherverträge für Erdgaskunden. Die Postrichtlinie sieht wiederum vor, dass die Nutzer von dem Anbieter des Universaldienstes regelmäßig ausreichend genaue und dem neuesten Stand entsprechende Informationen über die Merkmale der angebotenen Leistung erhalten, insbesondere über die allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu diesen Leistungen, die Preise und die Qualität. Diese Informationen sind zudem in geeigneter Weise zu publizieren.

<sup>190</sup> Vgl Art 4 der RL (FN 189).

<sup>191</sup> *Wilhelmsson*, Services of General Interest and Private Law, in *Rickett/Telfer*, International Perspectives on Consumers' Access to Justice (2003) 165.

<sup>192</sup> Vgl Art 3 Abs 3 der RL (FN 185).

<sup>193</sup> Vgl dazu das Weißbuch über Dienste von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg, Rn 5.

<sup>194</sup> Vgl dazu *Szysczak* (FN 184) 247 f.



Allen Universaldienstverpflichtungen gemein ist jedoch, dass sie im Allgemeinen keine von einzelnen Rechtsunterworfenen durchsetzbaren Rechte einräumen. Adressaten der Verpflichtung sind in aller Regel die Mitgliedstaaten. Auch Art 36 der Grundrechtecharta wird nicht dahingehend zu interpretieren sein, dass ein von Einzelnen unmittelbar durchsetzbarer Anspruch auf Zugang zu Leistungen einzuräumen wäre. Die Durchsetzung der vom Gemeinschaftsrecht gestellten Anforderungen an Universaldienstverpflichtungen bleibt daher im Wesentlichen der Kommission vorbehalten. Die einschlägigen Richtlinien sehen daher in aller Regel umfassende Informationspflichten vor, für den Fall einer Verletzung des materiellen Regelungsgehalts der Richtlinie steht der Kommission auch das Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens zur Verfügung. Dies wäre auch der Weg, der bei einer Festlegung von solchen Verpflichtungen in einem Rechtsakt nach Art 16 EG einzuschlagen wäre.

## **Executive Summary**

### **I. Analyse der primärrechtlichen Grundlagen**

Ausgangspunkt der Studie ist zunächst eine Analyse der primärrechtlichen Grundlagen im Bereich der Daseinsvorsorge. Gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkte sind hier vor allem die Grundfreiheiten des Binnenmarkts, das europäische Wettbewerbsrecht (Art 81f EG), das Beihilfenrecht sowie vergaberechtliche Vorgaben.

#### **1. Grundfreiheiten**

Soziale Dienste sind in aller Regel als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen und unterfallen daher den Grundfreiheiten des gemeinsamen Marktes. Ausnahmsweise nicht erfasst sein könnten allenfalls jene Bereiche, in denen Leistungen gemeinnützig, unentgeltlich und allein durch Freiwillige erbracht werden. Auch die Ausnahme zu Gunsten von Leistungen, die mit öffentlicher Gewalt verbunden sind, wird nur in Randbereichen in Anspruch genommen werden können, wie beispielsweise bei Leistungen der Bewährungshilfe, die unter strafgerichtlicher Kontrolle stehen. Anderes gilt allerdings für die Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit. Diese wurden nach der Rsp ausdrücklich nicht den Wettbewerbsregeln unterstellt, da diese Einrichtungen nicht als Unternehmen anzusehen sind.

Anbieter sozialer Dienste aus anderen Mitgliedstaaten können sich grundsätzlich gegenüber Beschränkungen und Behinderungen, mit denen sie bei der Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit in Österreich konfrontiert werden, auf die Marktfreiheiten berufen. Der Katalog möglicher tatbestandsmäßiger Beschränkungen ist hier denkbar groß. Er umfasst Beschränkungen der Zahl der Anbieter in Form eines numerus clausus (fixe Zahl der Anbieter; etwa auch im Vertragsarztsystem der Krankenversorgung oder im Apothekensektor), eine nach qualitativen Kriterien festgelegte Beschränkung oder auch Regelungen in Form einer Bedarfsprüfung, bei der die Zulassung zum Markt daran geknüpft wird, dass bestehende Einrichtungen in ihrem Bestand nicht gefährdet werden. Auch Beschränkungen und Vorrechte zu Gunsten gemeinnütziger Einrichtungen sind erfasst.

All diese Einschränkungen sind als tatbestandsmäßige Beschränkungen der Grundfreiheiten anzusehen. Dies heißt jedoch keineswegs, dass sie als solche per se gemeinschaftsrechtlich verboten wären. Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen derartige Regelungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und damit beibehalten werden können. In seiner bisherigen Rsp hat der EuGH die Notwendigkeit von Beschränkungen zu Gunsten von Daseinsvorsorgeleistungen durchaus anerkannt, soweit ein wirklicher Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen nachgewiesen wird und bei freiem Wettbewerb die Leistung nicht in ausreichendem Maße angeboten würde. Das konkrete Regelungsinstrument muss allerdings erforderlich sein, zu dem verfolgten Ziel in angemessenem Verhältnis stehen und auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind. Für den sozialen Sektor können hierzu noch nähere Determinanten aus der Rsp des Gerichtshofs zu Gesundheitsdienstleistungen gewonnen werden.

Eine Reihe von sozialen Diensten ist auch von der neuen Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt erfasst. Deren Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit rezipieren weitgehend den Stand des Primärrechts, sodass daraus materiell kein echtes zusätzliches Liberalisierungspotential zu erwarten ist. Allerdings ist

festzuhalten, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie Bedarfsprüfungen nur mehr sehr eingeschränkt zulässig sind. Ein gewichtiger Unterschied ist hingegen in verfahrensrechtlicher Hinsicht auszumachen. Die Richtlinie verpflichtet zu einem umfassenden horizontalen Screening für die ihr unterfallenden Anforderungen und sieht hierzu eine umfassende Notifikationspflicht an die Kommission vor.

## **2. Wettbewerbsrecht**

Eine weitere wichtige Einfallspforte des Gemeinschaftsrechts stellen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags dar. Die Erbringung sozialer Dienstleistungen wird in vielen Fällen von staatlichen oder staatsnahen Einrichtungen organisiert, koordiniert oder auf andere Weise beeinflusst. Soweit damit Auswirkungen auf den Wettbewerb im sozialen Sektor verbunden sind, könnten solche Verhaltensweisen unter bestimmten Umständen dem Kartellverbot des Art 81 EG unterliegen.

Eine typische Besonderheit des sozialen Sektors besteht weiters darin, dass bestimmte soziale Dienstleistungen, man denke etwa an Leistungen der Bewährungshilfe, der Flüchtlingsbetreuung etc, im Wesentlichen allein von staatlichen Stellen nachgefragt werden. Treten diese somit auf den entsprechend abzugrenzenden Märkten als marktbeherrschender Nachfrager auf, so könnten die Vorgaben des Art 82 EG zu beachten sein, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Eine Berufung auf Art 82 EG ist gegenüber öffentlichen Einrichtungen jedoch dann ausgeschlossen, wenn diese in nichtwirtschaftlicher Weise tätig werden. Dies gilt nach der neueren Rsp des EuGH auch für das Nachfrageverhalten öffentlicher Einrichtungen, wenn sie angebotsseitig in nichtwirtschaftlicher Weise tätig werden.

Für und gegen soziale Einrichtungen, die hingegen wirtschaftlich tätig werden, kommt eine Anwendung der Wettbewerbsregeln grundsätzlich in Betracht. Allerdings wird aufgrund der oftmals kleinteiligen Organisationsstruktur des sozialen Sektors und des lokalen Charakters der dort erbrachten Leistungen der erforderliche Binnenmarktbezug in vielen Fällen nicht nachzuweisen sein. Dies gilt im Übrigen in ähnlicher Weise auch für das Beihilfen- und das Vergaberecht. Die entsprechenden Vorgaben aus der Rsp werden in einem eigenen, horizontalen Kapitel überblicksartig zusammengefasst (Kap I. 5.)

Den Besonderheiten von sozialen Leistungen kann schließlich auch mit Art 86 Abs 2 EG Rechnung getragen werden. Diese Bestimmung nimmt Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung der Wettbewerbsregeln aus. Ausschließliche oder besondere Rechte, die sozialen Einrichtungen gewährt werden, um ihnen die Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, können daher unter Berufung auf diese Vorschrift gerechtfertigt werden (Kap I.2.3.)

Der materielle Regelungsgehalt von Art 86 Abs 2 EG wird durch die allgemeinen Bestimmungen des Art 16 EG, auch in seiner neuen Fassung durch den Vertrag von Lissabon, und das dort beschlossene neue Protokoll über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht verändert. Die genannten Rechtsakte unterstreichen aber die besondere Bedeutung, die das Gemeinschaftsrecht den Daseinsvorsorgeleistungen zumisst (Kap I.2.4). Gleiches gilt für Art 36 der Grundrechtecharta über den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, welcher durch den Vertrag von Lissabon rechtsverbindliche Wirkung erhalten soll.

### 3. Beihilfenrecht

Soziale Dienstleistungen werden in hohem Ausmaß von der öffentlichen Hand zur Gänze oder in Teilen finanziell unterstützt. Derartige Finanzströme unterliegen potentiell den Vorgaben der europäischen Beihilfenaufsicht. Auch hier bieten aber de-minimis-Vorschriften und das Erfordernis eines entsprechenden Zwischenstaatsbezugs eine Reihe von Anknüpfungspunkten, soziale Dienste unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung des Beihilfenrechts auszuklammern.

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für Ausgleichsleistungen, die für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gezahlt werden, wurden vom Europäischen Gerichtshof in der *Altmark Trans*-Entscheidung näher präzisiert und waren in der Folge Gegenstand von Legislativmaßnahmen der Kommission im so genannten Monti-Paket. Danach sind Ausgleichsleistungen dann keine Beihilfen und daher auch nicht anzumelden, wenn kumulativ vier Voraussetzungen vorliegen: Es muss eine tatsächliche Betrauung mit einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vorliegen; die Berechnungsparameter müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden; der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken; und schließlich ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs an den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens zu messen, sofern kein Vergabeverfahren stattfindet.

In ihrem Maßnahmenpaket verzichtet die Kommission allerdings auf die vom Gerichtshof vorgezeichnete Möglichkeit, Ausgleichszahlungen, die nicht dem Nettokostenansatz entsprechen, einer näheren Prüfung zu unterziehen oder gar die Genehmigung zu verweigern. Das Maßnahmenpaket verlangt vielmehr lediglich eine Erfüllung der ersten drei *Altmark*-Kriterien und schließt sodann eine Überkompensation schon dann aus, wenn nicht mehr als die dem Unternehmen tatsächlich entstehenden Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns ausgeglichen werden. Ein Benchmarking ist nicht erforderlich.

### 4. Vergaberechtliche Vorgaben

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe kann für den sozialen Sektor in zweifacher Hinsicht relevant sein. Soziale Einrichtungen können unter bestimmten Voraussetzungen als öffentlicher Auftraggeber anzusehen sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen und unter staatlichem Einfluss stehen.

Tritt die öffentliche Hand in Leistungsbeziehungen mit den Trägern, indem sie soziale Dienste von diesen bezieht, so wird in der Regel, so es sich um ein entgeltliches Austauschverhältnis handelt, ein Vergabeverfahren durchzuführen sein. Primär werden dabei wohl Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens nachgefragt werden. Diese sind nach dem System des gemeinschaftlichen Vergaberechts als so genannte nicht prioritäre Dienstleistung klassifiziert, für die nur ein stark abgeschlanktes Vergaberechtsregime gilt.

Kein förmliches Vergabeverfahren muss dann durchgeführt werden, wenn das Entgelt für die von der öffentlichen Hand nachgefragte Dienstleistung nicht von dieser selbst, sondern von einem Dritten getragen wird und dieser auch das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit trägt. Vergaberechtlich könnte dann eine so genannte Dienstleistungskonzession vorliegen,

für die nach der Rsp unmittelbar aus dem Primärrecht eine Verpflichtung zur Herstellung eines angemessenen Grades an Transparenz abzuleiten ist.

Vergabefrei kann ein öffentlicher Auftraggeber Sozialdienstleistungen von einer Einrichtung unter Umständen dann beziehen, wenn diese zu ihm in einem organisationsrechtlichen und beschaffungsrelevanten Naheverhältnis steht. Für diesen als In-House-Vergabe bezeichneten Ausnahmetatbestand gelten jedoch nach der Rsp sehr strenge Regeln, die sich für die Ausgestaltung einer Verwaltungskooperation im Wege von Ausgliederungen oftmals als hinderlich erweisen.

Sehr enge Grenzen sind dem öffentlichen Auftraggeber schließlich auch dann gesetzt, wenn im Vergabeverfahren gemeinnützige Einrichtungen gegenüber ertragsorientierten Unternehmen privilegiert werden sollen.

## **II. Rechtspolitische Handlungsbedarf und rechtliche Vorgaben für ein mögliches Rechtsinstrument zu sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

Ausgehend von den Ergebnissen und Schlussfolgerungen des ersten Teils wird in einem zweiten Teil der Studie der Frage nachgegangen, inwieweit den Besonderheiten des sozialen Sektors durch einen speziellen Rechtsakt über soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Rechnung getragen werden sollte. Für einen solchen Rechtsakt würde de lege ferenda durch den Vertrag von Lissabon mit Art 16 Abs 3 eine geeignete Rechtsgrundlage geschaffen.

Ein solcher Rechtsakt könnte unserer Auffassung nach folgende Inhalte umfassen:

- Präzisere Kriterien für eine Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen
- Horizontale Festlegung von de-minimis-Schwellen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Beihilfen- und Vergaberecht
- Klarstellungen, unter welchen Voraussetzungen eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der Grundfreiheiten das Funktionieren der Dienste von allgemeinem Interesse in Frage stellen könnte, insbesondere durch eine Zusammenfassung der vom Gerichtshof in Bezug auf soziale Leistungen herangezogenen Rechtfertigungsgründe
- Klarstellungen in Bezug auf die Zulässigkeit von Rechtsformvorbehalten zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen
- Ein eigenständiges Regelungsregime zur Behandlung von Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlleistungen, das den Besonderheiten sozialer Dienste Rechnung trägt
- Sondervorschriften zur Vergabe von sozialen Leistungen: Neuausrichtung der Vorgaben an eine In-House-Vergabe; größerer Spielraum für Direktvergaben
- Festlegung von Universaldienstverpflichtungen
  - o Verpflichtung des Zugangs zu Leistungen für jedermann unabhängig von seiner ökonomischen, sozialen oder geographischen Situation zu einer bestimmten Qualität und einem leistbaren Preis

- Recht auf individuellen Zugang zur Leistung
- Maßnahmen der Preisregulierung oder Preisgestaltung, die sicherstellen, dass einkommensschwachen Personen oder Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen der Zugang zur Leistung möglich ist
- Verpflichtung zur Kontinuität, die sicherstellt, dass Leistungen ohne Unterbrechung erbracht werden
- Maßnahmen des Verbraucherschutzes und vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten



