

Bürgerversicherung aus europarechtlicher Perspektive

I. Die europarechtlichen Prüfungsmaßstäbe für die Bürgerversicherung

Eines der (konkurrierenden) Zwischenergebnisse der Diskussion um die zukünftige Organisation und Finanzierung der Gesundheitsversorgung in Deutschland ist das Konzept der so genannten „Bürgerversicherung“¹. Auch wenn die Einzelheiten dieses Vorhabens noch der Fixierung in konkreten Gesetzentwürfen harren², lassen sich als Kernelemente des Modells die Beseitigung der Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung und die Einbeziehung der bisher nicht erfassten Bevölkerungsgruppen (Selbstständige, Beamte) in deren System identifizieren³. Die bisherige „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung⁴ wäre damit aufgehoben, das Betätigungsfeld der privaten Versicherer voraussichtlich auf das Angebot von Zusatzversicherungen reduziert⁵.

Die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit dieses Vorhabens ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil das nationale Verfassungsrecht in seiner Interpretation durch das BVerfG dem Gestaltungswillen des Gesetzgebers bei der Ordnung des Gesundheitswesens kaum wirksame Grenzen zu setzen scheint⁶. Für eine europarechtliche Bewertung ist das Vorhaben unter zwei Gesichtspunkten fassbar: zum einen

¹ S. die Dokumentation der verschiedenen Diskussionsmodelle in Soziale Sicherheit 2003, 402 ff.: Neben der „Bürgerversicherung“ steht das von der Mehrheit der Rürup-Kommission favorisierte Modell der „Kopfpauschalen“ bzw. „Gesundheitsprämien“, das rechtlich insofern geringere Probleme aufwirft, als es auf eine Ausweitung des Kreises der gesetzlich Versicherten verzichtet. Zur rechtlichen Bewertung s. *Bieback*, Soz. Sicherheit 2003, 416 ff.; s. auch noch *Erdmann*, ZSR 2003, 673 (677 ff.); *Wallrabenstein*, SGB 2004, 24 ff.

² Das weitere Schicksal der Reformüberlegungen ist derzeit ungewiss: Nachdem zeitweise bereits eine gesetzliche Regelung in der laufenden Legislaturperiode angekündigt war (s. FAZ Nr. 120 v. 25.5.2004, S. 1; FAZ Nr. 117 v. 21.5.2004, S. 11), wird nun eine Gesetzesinitiative nicht vor 2006 erwartet, s. FAZ Nr. 191 v. 18.8.2004, S. 9; FAZ Nr. 202 v. 31.8.2004, S. 11.

³ Ein breiterer Ansatz unter Einbeziehung der Rentenversicherung wird z. B. bei *F. Kirchhof*, NZS 2004, 1 ff. zugrunde gelegt.

⁴ Dazu z. B. *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001; *Uleer*, in: FS v. Maydell, 2002, S. 767 ff.

⁵ Dazu noch unten bei Fn. 95 f. In jüngster Zeit diskutierte Variationen des Modells „Bürgerversicherung“ wollen zwar eine weitere Tätigkeit der privaten Versicherer zulassen, diese aber zugleich den Funktionsgesetzen der gesetzlichen Krankenkassen (Aufnahmepflicht, einheitliche einkommensabhängige Beiträge, Teilnahme am Risikostrukturausgleich) unterwerfen, s. die Dokumentation in FAZ Nr. 201 v. 30.8.2004, S. 17. Auch diese Gestaltung würde freilich den Ausschluss der Versicherertätigkeit nach den bisherigen privatwirtschaftlichen Grundsätzen bedeuten.

⁶ Kritisch zur singulären Reichweite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums in diesem Sektor zuletzt *Hufen*, NJW 2004, 14 ff.; ähnlich jetzt auch *Schmidt-Aßmann*, NJW 2004, 1689 ff.; s. auch noch (zur verfassungsgerichtlichen Bewertung der Position der privaten Versicherer) unten bei Fn. 84.

unter dem Aspekt des europäischen Wettbewerbsrechts, also der Art. 81 ff. EGV, die durch die gesetzliche Installierung eines Monopols betroffen sein können; zum anderen unter dem Aspekt der Grundfreiheiten, also der Position konkurrierender privater Versicherer aus anderen Mitgliedstaaten, die von der Dienstleistungsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages Gebrauch machen wollen, um Versicherungsleistungen anzubieten, und damit korrespondierend der Versicherungsnehmer, die diese Angebote nutzen wollen.

II. Bürgerversicherung und europäisches Wettbewerbsrecht

1. Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht

Das europäische Wettbewerbsrecht ist als Prüfungsmaßstab vor allem deshalb interessant, weil es anders als das deutsche Wettbewerbsrecht dem Zugriff des Reformgesetzgebers entzogen ist: Dass Hindernisse aus der Sphäre des deutschen Wettbewerbsrechts im Gesetzgebungsverfahren en passant mit beseitigt werden könnten, hat das Vorgehen des Gesetzgebers beim Gesundheitsreformgesetz 2000⁷ gezeigt, mit dem durch die Neufassung von § 69 SGB V die gesetzlichen Krankenkassen aus dem Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts befreit wurden⁸: Während der Gesetzestext selbst nur nüchtern davon spricht, dass die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern öffentlich-rechtlicher Natur seien, macht die Gesetzesbegründung den Zweck dieser Qualifikation deutlich⁹: Dort heißt es, die Krankenkassen „handeln deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“¹⁰. Gegen diese Definitionshoheit des Gesetzgebers für den Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts lässt sich auch verfassungsrechtlich nur wenig anführen¹¹. Das EG-Wettbewerbsrecht lässt sich dagegen nicht auf diese Weise „hinwegdefinieren“, es bestimmt seinen Anwendungsbereich nach seinen eigenen, für den Mitgliedstaat nicht disponiblen Kriterien¹².

⁷ GKV-GesundheitsreformG 2000 v. 2.12.1999, BGBl. 1999 I S. 2626.

⁸ S. dazu u. a. *Diekmann/Wildberger*, NZS 2004, 15 ff.; *Pietzcker*, in: FS v. Maydell, 2002, S. 531 ff.; *Peikert/Kroel*, MedR 2001, 14 ff.; *Gassner*, VSSR 2000, 121 (127 ff.).

⁹ Das BSG legt die im Wortlaut nicht ganz eindeutige Regelung im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers als Ausschluss des Wettbewerbsrechts als Maßstab für das Handeln der Kassen aus, s. BSG, Urt. 25.9.2001 – B 3 KR 3/01, BSGE 89, 24 (30 ff.) = SGB 2002, 688 (691 f.) m. Anm. *Nofitz* zum Ausschluss der Geltung des UWG; BSG, Urt. 31.8.2000 – B 3 KR 11/98 R, BSGE 87, 95 (99) = SGB 2001, 450 (452) m. Anm. *Bieback* zum GWB; für ein Verständnis als bloße Rechtswegregelung dagegen *Engelmann*, NZS 2000, 213 ff.; *Koenig/Engelmann*, WRP 2002, 1244 (1245 f.); KG Berlin, Beschl. 29.6.2001 – 5 W 24/01, NJW 2002, 1504 (1505; obiter); OLG Dresden, Urt. 23.8.2001 – U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33 (aufgehoben durch BGH, Urt. 24.6.2003 – KZR 18/01, WRP 2003, 1125 = NZS 2004, 33, der die Frage offen gelassen hat); wohl auch *Eichenhofer*, NZS 2001, 1 (4).

¹⁰ BT-DrS. 14/1245 v. 23.6.1999, S. 67 f.

¹¹ So zu Recht *Gassner*, VSSR 2000, 121 (129 f.); anders aber *Schwerdtfeger*, Pharma Ind. 2000, 106 (109 f., 187) vor allem unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG; ähnlich *Neumann*, WuW 1999, 961 (965); ihnen folgend OLG Dresden, Urt. 23.8.2001 – U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33.

¹² Zu diesem Verlust der mitgliedstaatlichen Definitionsmacht über die Grenze zwischen Verwaltung und wirtschaftlicher Betätigung s. nachdrücklich *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 290 Rn 466.

2. Die Krankenkassen als Unternehmen mit wirtschaftlicher Betätigung?

Allerdings ist auch die Antwort nach diesen gemeinschaftsrechtlichen Kriterien nicht eindeutig: Über die Frage, ob die Sozialsysteme überhaupt den Art. 81 ff. EGV unterfallen, also als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieser Bestimmung und damit als Adressaten der Pflichten aus Art. 81 ff. EGV anzusehen sind, besteht seit langem Streit. Der EuGH legt hierbei grundsätzlich einen funktionalen Unternehmensbegriff zugrunde¹³; Unternehmen ist danach „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung“¹⁴. Entscheidend ist allein, ob eine Tätigkeit ausgeübt wird, die in ihrer Funktion grundsätzlich auch Private im Wettbewerb ausfüllen könnten – die also „zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“¹⁵. Ausgeschlossen wird mit dieser Abgrenzung zunächst nur die Ausübung von originär hoheitlichen Aufgaben¹⁶.

Auf der Grundlage dieser funktionalen Betrachtung konnte z. B. in der berühmten *Höfner und Elser*-Entscheidung von 1991¹⁷ das nationale Monopol der Arbeitsvermittlung als unternehmerische Tätigkeit eingeordnet werden; in späteren Entscheidungen wurde diese Argumentation dann z. B. auch auf Monopole im Bereich des Rettungswesens¹⁸ angewandt. Das hatte zur Konsequenz, dass die Schaffung und Aufrechterhaltung dieser Monopole unter zusätzlichen Voraussetzungen¹⁹ als Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – Art. 82 EGV – eingeordnet werden konnte.

Neben diesen Grundlinien hat sich in der EuGH-Rechtsprechung allerdings ein Sonderstrang²⁰ herausgebildet, der bei der Bestimmung des Unternehmensbegriffs die

¹³ S. zum Unternehmensbegriff des Gemeinschaftsrechts und der Einordnung staatlicher Aktivitäten *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 276 ff.; *Lange*, WuW 2002, 953 ff.; *Schwarze*, EuZW 2000, 614 ff.; *González-Orús*, 5 EPL (1999), 388 ff.; *Benicke*, EWS 1997, 373 ff.; *Slot*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1413 ff.

¹⁴ EuGH, 23.4.1991 – Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser/Macrotron*, Slg. 1991, I-1979, Tz. 21 = EuZW 1991, 349; EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 17 = EuZW 1993, 355; EuGH, 19.1.1994 – Rs. C-364/92 – *Eurocontrol*, Slg. 1994, I-43, Tz. 18 = EuZW 1994, 248 = EWS 1994, 130 m. Anm. *Seidl-Hohenveldern*; EuGH, 11.12.1997 – Rs. C-55/96 – *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119, Tz. 21 = EuZW 1998, 274.

¹⁵ So Tz. 27 der Schlussanträge von GA Jacobs zu EuGH, 16.3.2004 – verb. Rs. C-264 u. a. – *AOK-Bundesverband*.

¹⁶ Eine unternehmerische Tätigkeit wurde aus diesem Grund verneint für die Luftraumüberwachung durch *Eurocontrol*, s. EuGH, 19.1.1994 – Rs. C-364/92 – *Eurocontrol*, Slg. 1994, I-43, Tz. 31 = EuZW 1994, 248 (dazu *Drijber*, 32 CMLRev [1995], 1039 ff.), sowie für die Überwachung der Einhaltung von Umweltbestimmungen durch ein von der Hafenbehörde mit dieser Aufgabe betrautes Unternehmen, EuGH, 18.3.1997 – Rs. C-343/95 – *Diego Cali*, Slg. 1997, I-1549, Tz. 22 = EuZW 1997, 312; s. auch den Überblick bei *Schwarze*, EuZW 2000, 614 (615 f.).

¹⁷ EuGH, 23.4.1991 – Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser/Macrotron*, Slg. 1991, I-1979 = EuZW 1991, 349; bestätigt durch EuGH, 11.12.1997 – Rs. C-55/96 – *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119 = EuZW 1998, 274; EuGH, 8.6.2000 – Rs. C-258/98 – *Carra*, Slg. 2000, I-4217 = EWS 2000, 368; dazu z. B. *Eichenhofer*, NJW 1991, 2857 ff.; zuletzt *Rousseau*, *Droit Social* 2002, 974 ff.

¹⁸ EuGH, 25.10.2001 – Rs. C-475/99 – *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8089 = EuZW 2002, 25 = ZESAR 2003, 230 m. Anm. *Abig*; dazu auch *Stadler/Bock*, BayVBl 2003, 40 ff.

¹⁹ Dazu näher *Möller*, VSSR 2001, 25 (46 ff.).

²⁰ Ähnlich z. B. *Winterstein*, 20 ECLR (1999), 324 (327).

besonderen Bedingungen der sozialen Sicherungssysteme berücksichtigt. Diese Rechtsprechung hat ihren Ausgang in der *Poucet und Pistre*-Entscheidung von 1993²¹ genommen: Diese Entscheidung ist auch speziell für das Thema Bürgerversicherung von Bedeutung, weil es auch dort schon um die Weigerung von gesetzlich Versicherten ging, Beiträge zu der in Frankreich bestehenden gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für Selbstständige zu zahlen; sie machten das Recht geltend, stattdessen eine Versicherung mit einem von ihnen frei gewählten Anbieter abzuschließen.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung nicht darauf abgestellt, dass dieselbe Leistung auch von privaten Anbietern im Wettbewerb erbracht werden kann; er hat stattdessen hervorgehoben, dass die Krankenkassen „eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter“ erfüllen²². In der Analyse des nationalen Systems hebt der Gerichtshof hervor, dass die Tätigkeit der Kassen gesetzlich determiniert sei und behördlicher Aufsicht unterliege²³; vor allem aber hält er fest, dass das System für alle Versicherten trotz unterschiedlicher Beitragshöhe die gleichen Leistungen vorsieht und damit auf einer Einkommensumverteilung beruht²⁴, zu deren Realisierung wiederum die Versicherungspflicht unerlässlich sei²⁵.

Dabei ist nicht zu bestreiten, dass die gesetzlichen Versicherungssysteme gegenüber einem normalen Wettbewerbsversicherer gravierende Unterschiede aufweisen – tatsächlich ist die Abkoppelung der Beitragsbemessung vom Risiko des Versicherten und der damit verbundene Solidarausgleich in einem wettbewerblichen System nicht vorstellbar. Fraglich und umstritten ist nur, ob diese Abweichungen so gravierend und so prägend sind, dass schon eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Art. 81 ff. EGV verneint werden muss. Eine solche Bewertung schlägt dann übrigens auch auf das EG-Beihilferecht durch, denn auch dieses betrifft Beihilfen, die an Unternehmen gewährt werden²⁶; es ist damit unanwendbar, wenn eine unternehmerische Tätigkeit des Empfängers verneint wird.

3. Konsequenzen der unterschiedlichen Auffassungen

Die alternative Konstruktion, nach der eine unternehmerische Betätigung zu bejahen wäre, hätte allerdings zunächst nur begrenzte Konsequenzen; sie würde vor allem ebenfalls keine vollständige Unterwerfung unter das Wettbewerbsrecht bedeuten: Es besteht die Möglichkeit, Abweichungen von seinen Regeln wie die Verleihung von

²¹ EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 10, 13 = EuZW 1993, 355 = NJW 1993, 2597 m. Anm. *Eichenhofer*; kritisch dazu *Schwintowski*, ZEuP 1994, 296 (299 ff.); s. auch *Laigre*, Droit Social 1993, 488 ff.

²² EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 18.

²³ EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 14, 15; zur fehlenden Gewichtung der einzelnen Gesichtspunkte *Möller*, VSSR 2001, 25 (31 f.).

²⁴ EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 10.

²⁵ EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Tz. 13.

²⁶ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – *Freskot AE/Elleniko Dimosio*, Slg. 2003, I-5263, Tz. 79; s. auch BSG, 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231 (269) = NZS 2003, 537 (545) zur Bewertung der Ausgleichsleistungen zwischen den Krankenkassen nach dem Risikostruktureausgleich (dazu noch unten Fn. 48 f.).

Ausschließlichkeitsrechten mit Art. 86 Abs. 2 EGV zu rechtfertigen, wenn sie erforderlich sind, um die Erbringung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse zu ermöglichen; auf diese Weise sind unter Zugrundelegung der bekannten „Rosintheorie“ mitgliedstaatliche Monopole in Bereichen gerechtfertigt worden, die ohne Zweifel eine wirtschaftliche Tätigkeit betreffen und damit Art. 81 ff. EGV unterfallen, wie etwa in den Bereichen von Post²⁷ und Telekommunikation²⁸.

Entscheidender Unterschied zur Verneinung bereits einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist die Tatsache, dass die Abweichungen nur insoweit zugelassen sind, als sie zur Sicherung der übertragenen Aufgabe erforderlich sind. Die Rechtfertigung über Art. 86 Abs. 2 EGV eröffnet damit den Zugang zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit von gesetzlichen Monopolen; diese Prüfung hat zumindest dazu beigetragen, dass diese Monopole in den letzten Jahren in verschiedenen Sektoren auf Kernbereiche zurückgeführt worden sind und zum Teil auch noch weiter abgebaut werden sollen, während sich für den Bereich der Sozialversicherungssysteme die entgegengesetzte Entwicklung andeutet. Dazu muss man allerdings ergänzen, dass der EuGH bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung den Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum in der Beurteilung der Notwendigkeit von Monopolen zugesteht²⁹. Eine Deregulierung oder Liberalisierung unmittelbar durch die Rechtsprechung hat es nur in seltenen Fällen gegeben, in denen das Monopol eindeutig nicht zu rechtfertigen war³⁰. Im übrigen – z. B. in den prominenten Bereichen von Post, Telekommunikation und Energieversorgung – beruht die Liberalisierung auf der Intervention des Gemeinschaftsgesetzgebers, also auf dem politischen Gestaltungswillen der EG³¹. Immerhin könnten die Maßstäbe bei der Schaffung neuer Monopole aber strenger sein; hier fehlt es bisher an Rechtsprechung.

4. Unternehmerische Tätigkeit gegenüber den Versicherten?

Die Weichenstellung in der *Poucet und Pistre*-Entscheidung ist in der Literatur auf nicht unerhebliche Kritik gestoßen; so wird zu Recht vorgebracht, dass allein die soziale Funktion des gesetzlichen Versicherungssystems nicht zum Ausschluss der Unternehmens-Eigenschaft führen kann, denn dann wäre Art. 86 Abs. 2 EGV als

²⁷ EuGH, 19.5.1993 – Rs. C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Tz. 8 = EuZW 1993, 422; EuGH, 10.2.2000 – verb. Rs. C-147/97 u. 148/97 – Deutsche Post/GZS, Slg. 2000, I-825, Tz. 37 = NJW 2000, 2261 m. Anm. Bartosch S. 2251 ff. = EuZW 2000, 281 m. Anm. Neu.

²⁸ EuGH, 20.3.1985 – Rs. 41/83 – Italien/Kommission (British Telecom), Slg. 1985, 873, Tz. 16 ff.; s. auch z. B. EuGH, 13.12.1991 – Rs. C-18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Tz. 14 ff.

²⁹ Besonders deutlich wird diese Zurückhaltung in den „Energie-Urteilen“ von 1997 zur Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Ein- und Ausführmonopole für Strom und Gas, s. stellvertretend EuGH, 23.10.1997 – Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Tz. 90 ff. = EuZW 1998, 76 m. Anm. Lecheler; dazu auch Lecheler/Gundel, RdE 1998, 92 ff.; Möller, VSSR 2001, 25 (39).

³⁰ Etwa bei ineffizienten Monopolen (Fall des Arbeitsvermittlungs-Monopols für Führungskräfte, s.o. Fn. 17 – Höfner) oder bei der Erstreckung von Monopolen auf Nachbarsektoren (Fall der Telekommunikations-Endgeräte, s. EuGH, 13.12.1991 – Rs. C-18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941).

³¹ Das wird nicht hinreichend berücksichtigt bei Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 287 ff., die die Entwicklung in diesen Sektoren als Vorbild für den Sozialsektor einordnen.

Rechtfertigungsgrund überflüssig³²: Die Bestimmung setzt voraus, dass eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt, die zugleich Zwecke des Allgemeininteresses erfüllt – und eben zur Erfüllung dieser Aufgaben auch abweichenden Regeln unterworfen werden kann, soweit das zur Zweckerreichung erforderlich ist.

Diese Kritik schien auch Wirkung zu zeigen, weil der EuGH in den folgenden Jahren auch Sozialversicherungen als Unternehmen behandelt und konsequent die Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV geprüft hat³³. Es ist inzwischen aber deutlich geworden, dass zwischen diesen Entscheidungen kein Widerspruch besteht; die Rechtsprechung des EuGH differenziert vielmehr danach, wie stark der Solidargedanke das System prägt: Wenn er vorhanden ist, aber keine zentrale Rolle spielt, so handelt es sich um eine unternehmerische Betätigung, die Art. 81 EGV grundsätzlich unterworfen ist; das ist so bereits entschieden worden zur Pflicht zum Beitritt zu Pensionsfonds³⁴, deren Leistungen im wesentlichen von Dauer und Höhe der Einzahlungen abhängig waren³⁵. Auch die Einrichtung einer freiwilligen Zusatzversicherung, die in geringerem Umfang vom Solidargedanken geprägt war, ist als wirtschaftliche Betätigung eingeordnet worden³⁶.

Daneben stehen weiterhin Entscheidungen zu Sachverhalten, für die der Gerichtshof eine Einordnung der Zwangsversicherung als wirtschaftliches Unternehmen ablehnt; ein Beispiel dafür ist *INAIL*-Entscheidung von 2002³⁷ zur italienischen Berufsunfallversicherung. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof wieder darauf abgestellt, dass die Einrichtung zu stark vom Solidarprinzip geprägt sei, um einem privaten Unternehmen vergleichbar zu sein; die Zwangsmitgliedschaft war damit nicht am EG-Wettbewerbsrecht zu messen.

Kritisch kann man dazu anmerken, dass der EuGH einen nur graduellen Unterschied³⁸ – denn Umverteilungsmechanismen wurden in allen entschiedenen Fällen

³² So zu Recht *Boecken*, NZS 2000, 269 (272); ähnlich *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 304 f.; *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, S. 120 ff.; *ders.*, VSSR 1996, 311 (322 ff.), der die Argumentation des EuGH als faktische Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV einordnet.

³³ S. die Nachweise in Fn. 34 und 36.

³⁴ EuGH, 21.9.1999 – Rs. C-67/96 – Albany International BV, Slg. 1999, I-5863 = ZIP 2000, 34 m. Anm. *Büdenbender*; EuGH, 21.9.1999 – Maatschappij Drijvende Bokken BV, Slg. 1999, I-6121; EuGH, 21.9.1999 – Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Brentjens' Handelsonderneming, Slg. 1999, I-6029 = EuZW 2000, 174; EuGH, 12.9.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451; dazu z. B. *Idot*, Europe 11/1999, S. 4 ff.; *Berg*, EuZW 2000, 170 ff.; *Gyselen*, 37 CMLRev (2000), 425 ff.; *ders.*, in: *Mélanges Waelbroeck*, Vol. II, Brüssel 1999, S. 1071 ff.; *Gadbin*, Droit Social 2001, 178 ff.

³⁵ Die Rechtfertigung der Beitrittspflicht erfolgte dann über Art. 86 Abs. 2 EGV und die „Rosinentheorie“, s. stellvertretend EuGH, 21.9.1999 – Rs. C-67/96 – Albany International BV, Slg. 1999, I-5751, Tz. 108 f.

³⁶ EuGH, 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Fédération française des sociétés d'assurance, Slg. 1995, I-4013, Tz. 15–21 = EuZW 1996, 277 = Rec. Dalloz 1996 jur. S. 317 m. Anm. *Bergerès*; dazu *Idot*, Europe 1/1996, S. 1 ff.; *Laigre*, Droit Social 1996, 82 ff.; *Kessler*, JCP 1997 I No 3999, S. 65 ff.; *Heinze*, ZVersWiss 1996, 281 (296 ff.); *Benicke*, EWS 1997, 373 ff.; *Möller*, VSSR 2001, 25 (32 ff.).

³⁷ EuGH, 22.1.2002 – Rs. C-218/00 – INAIL, Slg. 2002, I-691 = EuZW 2002, 146 m. Anm. *Lübbig* = RIDPC 2002, 795 m. Anm. *Ferraro*; dazu auch *Penner*, NZS 2003, 234 ff.; *Giubboni*, 7 European Law Journal (2001), 69 ff. Im Anschluss daran für das deutsche Recht nun BSG, 11.11.2003 – B 2 U 16/03 R, NZS 2004, 490; dazu *Seewald*, SGB 2004, 387 ff., 453 ff.; *Giesen*, ZESAR 2004, 151 ff.; *Pabst/Ricke*, ZESAR 2004, 292 ff.

³⁸ Die Qualifizierung sei „notwendig eine graduelle Frage“, so zu Recht Tz. 35 der Schlussanträge von GA Jacobs zu EuGH, 16.3.2004 – verb. Rs. C-264 u. a. – AOK-Bundesverband; ähnlich *Ebsen*, in: *v. Bogdandy/Kadelbach* (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 21 (28 f.).

eingesetzt – als Anknüpfungspunkt für eine ganz grundsätzlich unterschiedliche Behandlung verwendet³⁹. Die Rechtsprechung hat auch eine weitere – nicht auf den ersten Blick einleuchtende – Konsequenz: Je stärker ein Mitgliedstaat sein Sozialsystem wettbewerblichen Mechanismen annähert, desto stärker geraten die verbleibenden nicht-wettbewerblichen Strukturelemente unter Rechtfertigungszwang, müssen also im Zweifel unter Rückgriff auf Art. 86 Abs. 2 EGV legitimiert werden⁴⁰.

5. Exkurs: Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts im Verhältnis zu den Leistungserbringern?

Vervollständigt wird dieses Bild durch die Entwicklung der Rechtsprechung zu einem Bereich, in dem die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts zuletzt besonders umstritten war: dem Verhältnis zu den Leistungserbringern. Hier hat die deutsche Literatur – auch soweit sie das deutsche System im Verhältnis zu den Versicherten als sozial geprägt und damit als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet hat – die Geltung des Wettbewerbsrechts mehrheitlich angenommen⁴¹; es wurde insoweit unterschieden zwischen der Beziehung zu den Versicherten und dem Verhältnis zu den Leistungserbringern, in dem das Wettbewerbsrecht Anwendung finden sollte. Die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts war damit auch die letzte Hoffnung für die Leistungserbringer, nachdem das deutsche Wettbewerbsrecht durch den Gesetzgeber außer Anwendung gestellt worden war⁴².

Allerdings hatte bereits das Europäische Gericht erster Instanz in einer Entscheidung aus dem Frühjahr 2003 die Argumentation zur Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auch auf das Verhältnis zu den Leistungserbringern ausgedehnt⁴³: Der Bereich der Beschaffung sei danach nicht abtrennbar von der nicht als unternehmerische Betätigung einzustufenden Versorgungsleistung im Verhältnis zu den Versicherten; sofern die zu beschaffenden Güter für eine nicht-wirtschaftliche Verwendung

³⁹ Als „innere Inkonsistenz“ der Rechtsprechung bewertet dies *Haverkate*, in: *ders. u. a.* (Hrsg), Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU, 1999, S. 267 (285 f.); kritisch auch *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 327 f.

⁴⁰ Dazu u. a. *Benicke*, EWS 1997, 373 (379); *Eichenhofer*, VSSR 1997, 71 (78); *Ebsen*, in: v. *Bogdandy/Kadelbach* (Fn. 38), S. 21 (39 f.). Konsequenzen hat dieser Effekt für das mit der „Bürgerversicherung“ konkurrierende Modell der „Kopfpauschalen“, das auf die einkommensbezogene Beitragsbemessung und damit auf ein Element sozialen Ausgleichs verzichtet: Dadurch könnte es in den Anwendungsbereich der Art. 81 ff. EGV geraten und ggf. von einer Rechtfertigung gem. Art. 86 Abs. 2 EGV abhängig werden, s. dazu auch *Kingreen*, MedR 2004, 188 (190 f.).

⁴¹ Deutlich für eine solche gespaltene Einordnung *Bieback*, EWS 1999, 361 (362, 364 ff.); gegen eine Ausweitung der Herauslösung aus dem Wettbewerbsrecht in die „Nachfragekonstellation“ z. B. auch *Kingreen*, ZESAR 2003, 199 (200 ff.); *ders.*, Sozialstaatsprinzip (Fn. 39), S. 555 ff.; *Helios*, EuZW 2003, 288; *Storr*, ZESAR 2003, 249 (253); *Axer*, NZS 2002, 57 (61 f.); *Eichenhofer*, NZS 2001, 1 (5); *Gassner*, VSSR 2000, 121 (138 ff.); *Boecken*, NZS 2000, 269 (273); *Hänlein/Kruse*, NZS 2000, 165 (167 ff.); *R. Pitschas*, VSSR 1999, 221 (235 f.); *Münder/v. Boetticher*, ZESAR 2004, 15 (20); a.A. z. B. *Knispel*, NZS 2000, 379 ff.

⁴² S.o. Fn. 9.

⁴³ EuG, 4.3.2003 – Rs. T-319/99 – FENIN/Kommission, Slg. 2003, II-357 = EuZW 2003, 283 m. Anm. *Heli-os*; Anm. *Petit*, RDUE 2003, 515 ff.; das Rechtsmittel gegen die Entscheidung ist unter Rs. C-205/03 P anhängig (ABl. EG 2003 C 184/19), hat jedoch nach der AOK-Entscheidung (s.u. Fn. 45) kaum Aussicht auf Erfolg.

bestimmt seien, sei auch ihr „Einkauf“ keine an Art. 81 EGV zu messende wirtschaftliche Betätigung.

Nun hat der EuGH in der mit Spannung erwarteten Entscheidung in Sachen AOK-Bundesverband und andere auf Vorlagen des BGH⁴⁴ und des OLG Düsseldorf zur Vereinbarkeit der Festbetragsregelung für Arzneimittel mit dem EG-Wettbewerbsrecht sich dieser Position angeschlossen und auch die Beziehung zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen außerhalb des Art. 81 EGV gestellt⁴⁵ – gegen die Schlussanträge des Generalanwalts, der eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV angenommen und diese unter den Vorbehalt der Unverhältnismäßigkeit der Regelung gestellt hatte⁴⁶.

Der EuGH hat diese Gelegenheit auch genutzt, um die Konsequenzen des begrenzten Wettbewerbs zu würdigen, den das deutsche System inzwischen mit der Schaffung des Wahlrechts der Versicherten zwischen den verschiedenen gesetzlichen Krankenkassen zugelassen hat⁴⁷; nach seiner Einschätzung haben diese Wettbewerbselemente die Prägung des Systems durch den Solidargedanken nicht soweit abgeschwächt, dass eine Unternehmenstätigkeit nun zu bejahen wäre. Der Gerichtshof stellt hierfür auf die Existenz des Risikostrukturausgleichs⁴⁸ ab, der die Konsequenzen des Kassenwettbewerbs begrenzt und damit im Ergebnis wieder zum Überwiegen des Solidargedankens führt⁴⁹; diese Bewertung stimmt im Übrigen überein mit der Position des BSG, das den Begriff „Wettbewerb“ unter den gesetzlichen Krankenkassen nur in Anführungszeichen verwendet⁵⁰. Diese Einordnung des deutschen Kassensystems fügt sich konsequent in die bisherige Rechtsprechung ein, auch wenn es sich – wie erwähnt – immer um die Bewertung gradueller Unterschiede in der Ausgestaltung handelt: Das machen die Schlussanträge von GA Jacobs deutlich, denn er hatte für die Einordnung der deutschen Krankenkassen als Unternehmen plädiert und für dieses Ergebnis auf den begrenzt möglichen Preiswettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen, wettbewerbliche Spielräume bei der Leistungserbringung sowie auf den unbestreitbar

⁴⁴ Vorlagebeschluss v. 3.7.2001 – KZR 31/99, WRP 2001, 1331 = GRUR 2002, 554; dazu z. B. *Axer*, NZS 2002, 57 ff.; *Slot*, 24 ECLR (2003), 580 ff.

⁴⁵ EuGH, 16.3.2004 – verb. Rs. C-264 u. a. – AOK-Bundesverband, EuZW 2004, 241 m. Anm. *Riedel* = EWS 2004, 268 m. Anm. *Krajewski* S. 256 ff.; dazu auch *van de Gronden*, 25 ECLR (2004), 87 ff.; *Gassner*, WuW 2004, 1028 ff.

⁴⁶ In den Schlussanträgen von GA Jacobs vom 22.5.2003 wird eine wirtschaftliche Tätigkeit und damit die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts bejaht (Tz. 43 ff.), im Anschluss eine Rechtfertigung durch Art. 86 Abs. 2 EGV angenommen (Tz. 93 ff.); im Ergebnis ebenso *Storr*, ZESAR 2003, 249 (252 ff.); zu den Voraussetzungen einer solchen Rechtfertigung auch *Reich*, EuZW 2000, 653 (656 ff.); *Möller*, VSSR 2001, 25 (36 ff.).

⁴⁷ Mit der Neufassung der §§ 173 ff. SGB V durch das Gesundheitsstrukturgesetz v. 21.12.1992, BGBl. I S. 2266, insoweit in Kraft getreten zum 1.1.1996.

⁴⁸ Seine Vereinbarkeit mit Verfassungs- und Europarecht wird bejaht von BSG, 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231 = NZS 2003, 537; dazu *Axer*, SGB 2003, 485 ff.; s. auch noch *dens.*, in: SDSRV 51 (2004), 111 (130 f.); *Spoerl/Winkelmann*, NZS 2004, 402 ff.

⁴⁹ EuGH, 16.3.2004 – verb. Rs. C-264 u. a. – AOK-Bundesverband, EuZW 2004, 241, Tz. 53, 56; zur Rolle des RSA für die Einordnung s. auch *Ebsen*, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Fn. 38), S. 21 (34 ff.).

⁵⁰ S. BSG, 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231 (265) = NZS 2003, 537 (543 f.); ebenso im Anschluss BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), Beschl. 9.6.2004 – 2 BvR 1248/03 u. 1249/03, EuGRZ 2004, 520 (523 f.); s. auch *Hänlein*, NZS 2003, 617 (619), der plastisch von einem „inszenierten Markt“ spricht.

bestehenden Wettbewerb mit den privaten Versicherern um die nicht versicherungspflichtigen Arbeitnehmer verwiesen⁵¹.

Zweifelhaft bleibt die Entscheidung allerdings insoweit, als der Unternehmenscharakter auch im Verhältnis zu den Leistungserbringern ausgeschlossen wird: Denn hier bestehen im Ausgangspunkt marktförmige Austauschvorgänge, für die die Anwendung des Wettbewerbsrechts angemessen erscheint⁵²; dementsprechend war auch die deutsche Literatur insoweit fast einhellig von der Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts ausgegangen⁵³. Für die Praxis dürfte mit der Entscheidung des EuGH allerdings trotzdem geklärt sein, dass das Wettbewerbsrecht für die gesetzliche Krankenversicherung solange keine Rolle spielen wird, wie die Strukturmerkmale erhalten bleiben, die den Gerichtshof zur Verneinung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenversicherung geführt haben⁵⁴.

6. Zwischenergebnis

Das Zwischenergebnis für die Frage der Bürgerversicherung bleibt damit, dass die „Zwangsversicherung“ und die Ausgestaltung der Beiträge durch den Gesetzgeber nicht an Art. 81 EGV zu messen sind. Die Position des EuGH erscheint hier auch nachvollziehbar – der Systemansatz der Sozialversicherung unterscheidet sich schon im Grundsatz zu stark vom wettbewerbsbezogenen Bild der Art. 81 ff. EGV, als dass man ihre Träger unter den Tatbestand des Art. 81 EGV subsumieren könnte, nur um die notwendigen Abweichungen dann wieder über Art. 86 Abs. 2 EGV zu rechtfertigen⁵⁵.

Das Wettbewerbsrecht dürfte dagegen weiter anwendbar sein, soweit es um freiwillige Versicherungen bei den gesetzlichen Kassen geht⁵⁶; das würde vor allem relevant werden beim Angebot von Zusatzversicherungen⁵⁷, die eine von der Bürgerversicherung gebotene Grundsicherung ergänzen könnten.

⁵¹ Tz. 38 ff. der Schlussanträge; ähnlich *Slot*, 24 ECLR (2003), 580 (582 f.); *Sodan*, in: GedSchr. Blomeyer, 2004, S. 691 (696 ff.); *Isensee*, VSSR 1996, 169 (175).

⁵² Zur Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts auf Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand s. z. B. BGH, 12.11.2002 – KZR 11/01, BGHZ 152, 347 = ZIP 2003, 1813 m. Anm. Lotze; K. Westermann, *ZweR* 2003, 481 ff.; *Bunte*, *WuW* 1998, 1036 ff.

⁵³ S.o. Fn. 41; inwieweit das Vergaberecht die entstehende Lücke füllen und den Schutz der Leistungserbringer gewährleisten kann, ist noch nicht geklärt, s. zu den einzelnen Problempunkten *Kingreen*, *MedR* 2004, 188 (192 ff.).

⁵⁴ Zu den Problemen, die sich in dieser Hinsicht für das Modell der „Kopfpauschalen“ ergeben können, s.o. Fn. 40.

⁵⁵ Ähnlich *Bieback*, *EWS* 1999, 361 (362).

⁵⁶ S. *Kingreen*, *Sozialstaatsprinzip* (Fn. 39), S. 493 ff.

⁵⁷ S. EuGH, 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – *Fédération française des sociétés d'assurance*, Slg. 1995, I-4013 = *EuZW* 1996, 277 und dazu *Heinze*, *ZVersWiss* 1996, 281 (300); zu entsprechenden Überlegungen der gesetzlichen Krankenkassen s. *Axer*, in: *SDSRV* 51 (2004), 111 (123 f.). Sollte den gesetzlichen Kassen dieses Feld eröffnet werden, entstünde damit allerdings eine problematische Verquickung von „vorbehaltenen“ und wettbewerblich geöffneten Geschäftsfeldern, die bereits aus anderen Bereichen wie dem Postsektor vertraut ist.

III. Bürgerversicherung und Grundfreiheiten

1. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Sozialsektor

Damit ist das Gemeinschaftsrecht aber noch nicht erschöpft. Es bleiben die Grundfreiheiten, die in der bisher auf das Wettbewerbsrecht konzentrierten Diskussion um die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die Ausgestaltung der nationalen Sozialversicherung kaum eine Rolle gespielt haben⁵⁸. Ihr Anknüpfungspunkt ist nicht die Frage, ob die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Art. 81 EGV darstellt, sondern ob staatliche Eingriffe den wirtschaftlichen Austausch unter den Mitgliedstaaten behindern; insofern erscheinen die Grundfreiheiten ohnehin als der treffendere Ansatz, weil hier unmittelbar das Handeln des Gesetzgebers und nicht die Qualifikation der Versicherertätigkeit zum Gegenstand der Prüfung wird. Die Tatsache, dass die Art. 81 ff. EGV als Prüfungsmaßstab nun ausscheiden – was nach der AOK-Entscheidung wohl endgültig feststeht –, bedeutet also keine Aussage gegen die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten⁵⁹.

Der EuGH betont zwar in ständiger Rechtsprechung, dass das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer sozialen Sicherungssysteme nicht berührt⁶⁰, und dieser Befund ist gegenüber Tätigkeiten des Gemeinschaftsgesetzgebers inzwischen im Vertrag sogar doppelt abgesichert: Zum einen sieht Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV ein Verbot von Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitspolitik vor⁶¹. Darüber hinaus wird die Rechtsprechung in Art. 137 Abs. 4 EGV⁶² kodifiziert, der durch den Vertrag von Nizza eingefügt wurde; danach berühren die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse der Gemeinschaft im Bereich der Sozialpolitik „nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“.

Diese Bestimmungen richten sich allerdings nur an den Gemeinschaftsgesetzgeber: Ihm ist es danach untersagt, die Ausgestaltung der Sozialsysteme in Europa an sich zu ziehen – was allerdings ohnehin nicht ernsthaft im Raum steht⁶³. Die Mitgliedstaaten,

⁵⁸ So zu Recht Möller, VSSR 2001, 25 (49 f.).

⁵⁹ Anders z.T. die Literatur, die die Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf den Bereich der Grundfreiheiten überträgt (so z. B. Kingreen, Sozialstaatsprinzip (Fn. 39), S. 491 f.; s. auch die Nachw. in Fn. 64) und auf diese Weise eine umfassende Bereichsausnahme des Gemeinschaftsrechts für den Sozialsektor konstruiert; zu solchen Kongruenzbestrebungen auch Möller, VSSR 2001, 25 (51). Unzutreffend insoweit auch BSG, 11.11.2003 – B 2 U 16/03 R, NZS 2004, 490 (492 f.).

⁶⁰ Erstmals EuGH, 7.2.1984 – Rs. 238/82 – Duphar, Slg. 1984, 523, Tz. 16; s. weiterhin EuGH, 17.2.1993 – Rs. C-159 u. 160/91 – Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, Tz. 6 = EuZW 1993, 355; EuGH, 17.6.1997 – Rs. C-70/95 – Sodemare, Slg. 1997, I-3395, Tz. 27 = EuZW 1998, 124; EuGH, 13.5.2003 – Rs. C-385/99 – Müller-Fauré/van Riet, Slg. 2003, I-4509, Tz. 100 = NJW 2003, 2298 m. Bespr. U. Becker S. 2272 ff.; EuGH, 12.7.2001 – Rs. C-157/99 – Geraets-Smits, Slg. 2001, I-5473, Tz. 44 = EuZW 2001, 464 m. Anm. M. Novak S. 476 f.

⁶¹ Dazu z. B. Hollmann/Schulz-Weidner, ZIAS 1998, 180 (184 ff.).

⁶² Im Konvents-Verfassungsentwurf findet sich die Bestimmung in Art. III-104 Abs. 5 lit. a wieder.

⁶³ Zu den eingeschränkten Befugnissen der Gemeinschaft s. z. B. Kingreen, Sozialstaatsprinzip (Fn. 39), S. 295 ff.; Fuchs, ZIAS 2003, 379 ff.; als Ersatz sieht Art. III-107 des Verfassungsentwurfs hier nun den Einsatz der „Methode der offenen Koordinierung“ vor; s. zu diesem Konzept de Búrca, 28 ELRev (2003), 814 ff.; Regent, 9 ELJ (2003), 190 ff.; Bodewig/Voß, EuR 2003, 310 ff.

die für diese Ausgestaltung damit weiterhin zuständig sind, sind damit aber nicht von der Beachtung der materiellen Vorgaben des Vertrages – insbesondere der Grundfreiheiten als Teil des Primärrechts – dispensiert. Der Sozialsektor ist auch kein von der Geltung der Grundfreiheiten freigestellter Ausnahmebereich⁶⁴. Eine Freistellung von den hier berührten Grundfreiheiten sieht Art. 45 EGV nur für Tätigkeiten vor, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind⁶⁵; nach der restriktiven Auslegung dieser Bestimmung durch den EuGH ist dafür eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“⁶⁶ erforderlich, die bei den Sozialversicherungssystemen sicher nicht gegeben ist⁶⁷.

Dass auch die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten die Vorgaben aus den Grundfreiheiten beachten müssen, hat inzwischen auch die lange Kette von EuGH-Entscheidungen zur Kostenerstattung für Behandlungsleistungen im Ausland – beginnend mit den Entscheidungen *Decker* und *Kohll* aus dem Jahr 1998⁶⁸ – zur Genüge gezeigt⁶⁹; zuletzt ist dies auch durch die *DocMorris*-Entscheidung zur Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Arzneimittelvertriebs durch Internet-Apotheken⁷⁰ bestätigt worden. Die Konsequenzen aus diesen Vorgaben für das nationale Sozialrecht werden in den Mitgliedstaaten zwischenzeitlich auch akzeptiert⁷¹, nachdem sie zunächst auf heftigen Widerstand gestoßen waren.

Verglichen mit dem Wettbewerbsrecht findet bei der Grundfreiheiten-Prüfung ein Perspektivwechsel statt: Es wird nicht darauf abgestellt, ob die staatliche Bürgerversicherung eine wirtschaftliche Betätigung darstellt⁷²; stattdessen wird geprüft, ob durch diese staatlichen Regelungen die Erbringung von wirtschaftlichen Leistungen – also das Leistungsangebot privater Anbieter – behindert wird⁷³. Eine Wirkungsgrenze der Grundfreiheiten bleibt allerdings bestehen: Von ihrem Schutz erfasst werden nur

⁶⁴ So aber *Fuchs*, ZIAS 1996, 338 (347 ff.); *U. Becker*, JZ 1997, 534 (540 ff.); wohl auch *Bieback*, EWS 1999, 361 (364); s. zu dieser Diskussion auch die Nachweise bei *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), EUV/EGV, vor Art. 39 – 55 EGV, Rn 188 ff.

⁶⁵ Die Bestimmung gilt über den Verweis in Art. 55 EGV auch für die Dienstleistungsfreiheit.

⁶⁶ So schon EuGH, 21.6.1974 – Rs. 2/74 – *Reyners*, Slg. 1974, 631, Tz. 45; später z. B. EuGH, 13.7.1993 – Rs. C-42/92 – *Thijssen*, Slg. 1993, I-4047, Tz. 8, 22; EuGH, 29.10.1998 – Rs. C-114/97 – *Kommission/Spanien*, Slg. 1998, I-6717, Tz. 35 = EuZW 1999, 125; EuGH, 9.3.2000 – Rs. C-355/98 – *Kommission/Belgien*, Slg. 2000, I-1221, Tz. 25; EuGH, 31.5.2001 – Rs. C-283/99 – *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-4363, Tz. 20.

⁶⁷ So zu Recht *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol (Fn. 32), S. 138 ff.; *Möller*, VSSR 2001, 25 (52 f.); anders für das deutsche System der gesetzlichen Unfallversicherung *Heinze*, in: FS Gitter, 1995, S. 355 (358 ff.).

⁶⁸ EuGH, 28.4.1998 – Rs. C-120/95 – *Decker*, Slg. 1998, I-1831 = EuZW 1998, 343; EuGH, 28.4.1998 – Rs. C-158/96 – *Kohll*, Slg. 1998, I-1931 = EuZW 1998, 345.

⁶⁹ Zuletzt EuGH, 13.5.2003 – Rs. C-385/99 – *Müller-Fauré/van Riet*, Slg. 2003, I-4509 = NJW 2003, 2298 m. Bespr. *U. Becker* S. 2272 ff.; mit der EuGH-Entscheidung im Fall AOK-Bundesverband (s.o. Fn. 45) ist die Lage im Verhältnis Kasse-Leistungserbringer und Kasse-Versicherter damit im Ergebnis parallel: In beiden Konstellationen ist das EG-Wettbewerbsrecht nicht anwendbar, es gelten aber die Grundfreiheiten.

⁷⁰ EuGH, 11.12.2003 – Rs. C-322/01 – *Deutscher Apothekerverband/DocMorris*, NJW 2004, 131 m. Anm. *Chr. Lenz* S. 332 ff. = ZESAR 2004, 89 m. Anm. *Kingreen*.

⁷¹ S. zur Anpassung des SGB V an diese Vorgaben durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG), BGBl. 2003 I S. 2190; dazu *Rixen*, ZESAR 2004, 24 ff.; *Fuchs*, NZS 2004, 225 ff.

⁷² So aber der Prüfungsansatz in Tz. 46 ff. der Schlussanträge von GA Stix-Hackl vom 14.11.2002 in der Rs. *Freskot*, denen der Gerichtshof nicht gefolgt ist; ähnlich auch *U. Becker*, JZ 1997, 534 (540).

⁷³ S. dazu *Möller*, VSSR 2001, 25 (53 f.).

grenzüberschreitende Sachverhalte, also die Leistungsangebote aus anderen Mitgliedstaaten; ein inländischer privater Versicherer kann sich damit nicht auf sie berufen.

2. Die gesetzliche Pflichtversicherung als Eingriff in die Grundfreiheiten

Als betroffene Grundfreiheiten kommen hier die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit ausländischer Versicherer in Betracht, deren Marktzugang dadurch behindert wird, dass die Bürgerversicherung die Nachfrage zwangsweise auf sich lenkt und absorbiert.

Dass die Dienstleistungsfreiheit durch solche Regelungen berührt wird, ist gesichert, da der EuGH in diesem Bereich jede staatliche Regelung als Eingriff ansieht, die die Leistungserbringung behindert oder beeinträchtigt⁷⁴ – unabhängig davon, dass sie für in- wie ausländische Anbieter in gleicher Weise gilt, also keine Diskriminierung zu Lasten ausländischer Unternehmen beinhaltet⁷⁵.

Auch für die Niederlassungsfreiheit ist inzwischen in der Rechtsprechung geklärt, dass sie jedenfalls auch das Recht auf Marktzugang in anderen Mitgliedstaaten gewährleistet⁷⁶: Diese Grundfreiheit erfasst damit auch staatliche Monopole, die die betroffene Tätigkeit für eigene Staatsangehörige ebenso wie für ausländische Unternehmen versperren⁷⁷.

Der EuGH hat diese Prüfung in Bezug auf gesetzliche Versicherungen bereits in der *Freskot*-Entscheidung aus dem Jahr 2003⁷⁸ durchgeführt. Betroffen war hier eine griechische Zwangsversicherung gegen Ernteschäden, die in Form einer Abgabe auf die Ernte finanziert wurde.

Auch in dieser Entscheidung hat der Gerichtshof in einem ersten Schritt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Betätigung der landwirtschaftlichen Versicherungskammer aufgrund der einheitlichen Festlegung von Beiträgen und Leistungen durch den Gesetzgeber verneint⁷⁹. Jedoch können diese Leistungen – auch wenn sie nicht nach privatwirtschaftlich-wettbewerblichen Kriterien erfolgen und deshalb selbst erstens nicht als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts und zweitens auch nicht als Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV angesehen werden können⁸⁰ – eine solche private Leistungserbringung durch private Versicherer faktisch beein-

⁷⁴ S. bereits EuGH, 18.1.1979 – verb. Rs. 110 u. 111/78 – van Wesemael, Slg. 1979, 35; EuGH, 17.12.1981 – Rs. 279/80 – Webb, Slg. 1981, 3305 (beide zur staatlichen Regulierung der Arbeitsvermittlung); später z. B. EuGH, 25.7.1991 – Rs. C-76/90 – Säger/Dennemeyer, Slg. 1991, I-4221 = EuZW 1991, 542; EuGH, 12.12.1996 – Rs. C-3/95 – Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511 = EuZW 1997, 53; EuGH, 3.10.2000 – Rs. C-58/98 – Josef Corsten, Slg. 2000, I-7919 = EuZW 2000, 763 m. Anm. *Früh*.

⁷⁵ S. speziell zu den Sozialversicherungsmonopolen *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol (Fn. 32), S. 44 ff.

⁷⁶ S. z. B. EuGH, 17.10.2002 – Rs. C-79/01 – Data Payroll Services, Slg. 2002, I-8923, Tz. 27 = EWS 2002, 574; EuGH, 1.2.2001 – Rs. C-108/96 – MacQuen, Slg. 2001, I-837, Tz. 26 f. = EuZW 2001, 282.

⁷⁷ So z. B. EuG, 8.7.1999 – Rs. T-266/97 – VTM, Slg. 1999, II-2329, Tz. 113 ff. = ZUM 2000, 1077; dazu Gundel, ZUM 2000, 1046 (1053 f.); anders z. B. noch Möller, VSSR 2001, 25 (58).

⁷⁸ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – *Freskot* AE/Elleniko Dimosio, Slg. 2003, I-5263.

⁷⁹ Tz. 76 ff. der *Freskot*-Entscheidung.

⁸⁰ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – *Freskot*, Slg. 2003, I-5263, Tz. 58; s. auch Möller, VSSR 2001, 25 (51).

trächtigen⁸¹. Ihre gesetzliche Anordnung stellt damit einen Eingriff in die jeweils betroffene Grundfreiheit dar⁸². Im Fall des EuGH war dabei noch nicht einmal geklärt, ob ein privates Konkurrenzangebot für dieses Versicherungsprodukt überhaupt existierte⁸³ – es reichte aus, dass ein solches Angebot vorstellbar war.

Die Bewertung durch den EuGH steht damit in deutlichem Kontrast zur Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht, das diese Verkürzung des Kreises der potentiellen Versicherungsnehmer nur als „mittelbar faktische Folgen“ einer Ausdehnung der Pflichtversicherung einordnet und deshalb regelmäßig nicht als Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Versicherer werten will – so zuletzt die Kammerentscheidung vom Februar 2004 zur Anhebung der Pflichtversicherungsgrenze⁸⁴. Der EuGH kommt dagegen zu dem Ergebnis, dass ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Anbieter vorliegt.

3. Zulässige Rechtfertigungsgründe

Auch solche Eingriffe in die Grundfreiheiten können nach dem System des EGV allerdings gerechtfertigt werden⁸⁵. Dafür stehen zum einen die ausdrücklich im Vertrag aufgeführten Gründe zur Verfügung, daneben auch die vom Gerichtshof anerkannten ungeschriebenen „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“.

Der Gesundheitsschutz, den Art. 46 EGV ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund aufführt, ist dabei zwar grundsätzlich einschlägig; jedoch dürfte der Zusammenhang zur Pflichtversicherung zu mittelbar sein – unmittelbar geht es ja nur um die Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme⁸⁶. Der EuGH prüft diese Motivation vorrangig unter dem Gesichtspunkt einer Rechtfertigung durch sozialpolitische Motive – wie die Sicherstellung einer einheitlichen und „solidarischen“ Absicherung der Versicherten⁸⁷. Diese Beweggründe gehören zu den ungeschriebenen „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“; diese Gründe kommen nach dem vom EuGH praktizierten

⁸¹ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 63; anders Möller, VSSR 2001, 25 (54 f.), der eine solche faktische Beeinträchtigung durch die staatliche „Bedarfsdeckung“ nicht genügen lassen will.

⁸² Die Möglichkeit, dass es sich hier um die Regelung einer Absatzmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung zu Art. 28 EGV (EuGH, 24.11.1993 – Rs. C-267, 268/91 – Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 = EuZW 1993, 770) handeln könnte, wird vom EuGH nicht in Erwägung gezogen; in diesem Fall würde die Dienstleistungsfreiheit nur ein Diskriminierungsverbot enthalten. Diese Einordnung ist freilich nicht fernliegend, denn verboten wird der Abschluss einer privaten Versicherung nicht – nur der Bedarf wird gedrosselt; s. zu der Frage Giesen, Sozialversicherungsmonopol (Fn. 32), S. 50 ff., der nationale Monopole generell als produktbezogene Regelungen einordnet und im Übrigen auch die Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit ablehnt.

⁸³ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 62.

⁸⁴ BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), Beschl. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, Tz. 13 unter Verweis auf BVerfG, Urt. 17.12.2002 – 1 BvL 28, 29, 30/95, BVerfGE 106, 275 (298 ff.) = DVBl 2003, 325 (327 ff.) – Festbetragsregelung (im Anschluss folgt allerdings noch eine „hilfsgutacherliche“ Prüfung der Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffs); Jaeger, NZS 2003, 225 (232) sieht dagegen die Berufsfreiheit der Versicherer durch eine Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Sektors „zweifelloso betroffen“.

⁸⁵ S. zur Rechtfertigung Giesen, Sozialversicherungsmonopol (Fn. 32), S. 142 ff.

⁸⁶ So die Rechtsprechung zur Erstattung von Behandlungsleistungen im Ausland, s. EuGH, 13.5.2003 – Rs. C-385/99 – Müller-Fauré/van Riet, Slg. 2003, I-4509, Tz. 67 ff., 73 = NJW 2003, 2298.

⁸⁷ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 66 ff.

Prüfungsschema neben den geschriebenen Gründen zur Anwendung, wenn eine nationale Regelung vorliegt, die ausländische Anbieter nicht diskriminiert⁸⁸. Die Ausweitung der gesetzlichen Pflichtversicherung wäre tatsächlich als eine solche Beschränkung einzuordnen, die keine Diskriminierung ausländischer Versicherer enthält – auch die inländischen Versicherer sind nachteilig betroffen; damit ist die Rechtfertigung durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ grundsätzlich möglich.

Als problematisch könnte allerdings erscheinen, dass der Gerichtshof wirtschaftliche Gründe nicht als zulässige Schranken der Grundfreiheiten anerkennt⁸⁹; diese Gegen Ausnahme ist hier argumentationswürdig, weil die Bürgerversicherung ja vor allem die Einnahmen der gesetzlichen Krankenversicherung stärken und damit die Finanzierbarkeit des Systems sicherstellen soll⁹⁰. Im Ergebnis kann dieser Einwand aber wohl nicht durchschlagen, weil der Gerichtshof nur „rein wirtschaftliche“ Motive ausschließt, während er die Finanzierbarkeit der sozialen Sicherungssysteme schon als zulässigen sozialen Gesichtspunkt anerkannt hat⁹¹.

4. Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit

Allerdings steht eine Rechtfertigung unter dem zusätzlichen Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit; es ist also nicht so, dass unter dem Gesichtspunkt der Grundfreiheiten „die Definition des Schutzniveaus und die Ausgestaltung der Organisation [eines sozialen Sicherungssystems] eine *domaine réservée* der Mitgliedstaaten“ blieben, wie das in der deutschen Literatur behauptet worden ist⁹². Auch der Umfang der Deckung durch die gesetzliche Pflichtversicherung unterfällt vielmehr der Verhältnismäßigkeitskontrolle; auch das hat der EuGH im Fall der griechischen Ernteausschlag-Versicherung bereits ausdrücklich festgehalten⁹³. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, ob die Finanzierung der Versicherung gefährdet wäre, wenn den Betroffenen der Abschluss bei anderen Versicherern unter Befreiung von der Abgabe gestattet würde⁹⁴. Er hat diese Prüfung mangels hinreichender tatsächlicher Angaben an das vorliegende Gericht zurückgegeben. Der Gerichtshof hat in diesem Fall als Anhaltspunkte hervorgehoben, dass das System nur eine Mindestabsicherung vorsieht und dem Abschluss weiterer Verträge zur Deckung des verbleibenden Risikos nicht entge-

⁸⁸ Zu dieser Voraussetzung Gundel, Jura 2001, 79 ff.; deutlich zur Differenzierung der zulässigen Rechtfertigungsgründe zuletzt EuGH, 16.1.2003 – Rs. C-388/01 – Kommission/Italien, Slg. 2003, I-721, Tz. 19, 21 = EuZW 2003, 186; s. auch EuGH, 23.3.2004 – Rs. 138/02 – Collins, Tz. 65 f.

⁸⁹ S. EuGH, 25.7.1991 – Rs. C-288/89 – Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Tz. 11 = EuZW 1991, 699; EuGH, 5.6.1997 – Rs. C-398/95 – SETTG/Ypourgos Ergasis, Slg. 1997, I-3091, Tz. 23 = EWS 1997, 277; EuGH, 29.4.1999 – Rs. C-224/97 – Ciola, Slg. 1999, I-2517, Tz. 16 f. = EuZW 1999, 405 m. Anm. Schilling; s. zu der in den Anforderungen nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung Gundel, EuR 1999, 781 (785).

⁹⁰ Dazu Beer/Klabn, SGb 2004, 13 (20 f.).

⁹¹ So EuGH, 28.4.1998 – Rs. C-158/96 – Kohll, Slg. 1998, I-1931 = EuZW 1998, 345, Tz. 41.

⁹² So die Konsequenz bei U. Becker, JZ 1997, 534 (540), der aus der EuGH-Rechtsprechung eine Bereichsausnahme für den Sozialsektor auch hinsichtlich der Grundfreiheiten ableitet.

⁹³ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 71.

⁹⁴ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 71.

gensteht⁹⁵. Auch dies sind Gesichtspunkte, die bei einer Bewertung eines Bürgerversicherungs-Modells dann konkret zu prüfen wären; das BVerfG hat sie bisher nur hilfsweise – nämlich für den Fall, dass doch ein Eingriff in die Berufsfreiheit anzunehmen wäre – berücksichtigt⁹⁶.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung findet damit also doch statt – nur nicht zur Rechtfertigung einer Abweichung von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EGV, sondern von den Grundfreiheiten⁹⁷; ihr Ergebnis dürfte dann von der konkreten Ausgestaltung der Bürgerversicherung abhängen.

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Wettbewerbsrecht des EG-Vertrags als Prüfungsmaßstab für die Zwangselemente einer künftigen Bürgerversicherung mit Sicherheit keine Rolle spielen wird; das hat die AOK-Entscheidung nun endgültig bestätigt.

Es bleiben als Maßstab die Grundfreiheiten, die eine gemeinschaftsrechtliche Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Tätigkeit der privaten Versicherer ermöglichen. Auch wenn das BVerfG dabei bleiben sollte, dass die Ausweitung des Monopols keinen Eingriff in die Berufsfreiheit begründet, würde sich die Realisierung der Bürgerversicherung damit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aussetzen müssen.

Rein dogmatisch würde ein negatives Ergebnis dieser Prüfung dann zwar nur zugunsten von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten – und ihren Vertragspartnern als Versicherungsnehmern – wirken; tatsächlich wird der deutsche Gesetzgeber aber kein System installieren können, das Durchbrechungen allein zugunsten ausländischer Versicherer ermöglichen müsste. Diese faktischen Zwänge, die über den eigentlichen Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts hinaus wirksam werden, hat zuletzt die DocMorris-Entscheidung deutlich gemacht: Auch diese Entscheidung betrifft formal nur die grenzüberschreitende Tätigkeit von Internet-Apotheken, faktisch macht sie aber auch die Aufrechterhaltung des Verbots im Inland unmöglich. Der Gesetzgeber wird damit ein Modell finden müssen, das diesen Vorgaben in jeder Hinsicht ent-

⁹⁵ EuGH, 22.5.2003 – Rs. C-355/00 – Freskot, Slg. 2003, I-5263, Tz. 62. Auch bei der verfassungsrechtlichen Prüfung des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Versicherer kommt diesem Gesichtspunkt entscheidende Bedeutung zu, so meint etwa *Bieback*, Soz. Sicherheit, 2003, 416 (422), dass aufgrund der zugleich mit der Einführung der Bürgerversicherung zu erwartenden starken Einschränkung der Leistungen der GKV die privaten Versicherer auf das Geschäftsfeld dieser Zusatzversicherungen verwiesen werden dürften; ähnlich wohl *Storr*, SGB 2004, 279 (287); s. auch *Beer/Klahn*, SGB 2004, 13 (14).

⁹⁶ BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), Beschl. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, Tz. 19, 21 (es lasse sich „infolge zunehmender Ausgrenzung einzelner Risiken und Kostenfaktoren aus dem Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung eher eine wachsende Nachfrage nach privater Zusatzversicherung vermuten“).

⁹⁷ Die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und den Grundfreiheiten-Rechtfertigungsgründen (dazu *Gundel*, ZUM 2000, 1046/1050 f. m.w.N.; knapp auch *Möller*, VSSR 2001, 25/56 f.) stellt sich in der vorliegenden Konstellation nicht, wenn man dem Ansatz des EuGH zur Qualifikation der Krankenkassen als nicht-wirtschaftlich tätiger Einheiten folgt: Die Bestimmung kann dann zur Rechtfertigung nicht eingreifen, denn Art. 86 Abs. 2 EGV setzt auch wieder die Verleihung von Rechten an ein (wirtschaftlich tätiges) Unternehmen voraus.

spricht. Man wird vom Europarecht allerdings auch nicht zuviel erwarten dürfen: Denn grundsätzlich steht es einer Ausweitung der gesetzlichen Versicherungspflicht ebenso wenig entgegen, wie schon dem geltenden System.