



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend



Deutscher Verein
für öffentliche und
private Fürsorge



Gemeinnütziger e.V.

Arbeitspapiere/Working Papers

Arbeitspapier Nr. 6

Dr. Bernd Schulte

**Europarechtliche Rahmenbedingungen
für die Tätigkeit sozialer Dienste und
Einrichtungen in kommunaler und
freigemeinnütziger Trägerschaft**



**Observatorium für die
Entwicklung der sozialen Dienste
in Europa**

**Observatory for the
Development of Social Services
in Europe**

Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa

Arbeitspapier Nr. 6

Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit sozialer Dienste und Einrichtungen in kommunaler und frei- gemeinnütziger Trägerschaft

Dr. Bernd Schulte

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Sozialrecht
München

Frankfurt am Main

Dezember 2001

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkung	2
2. Freie Wohlfahrtspflege im Umbruch	4
3. Europäische Union / Europäische Gemeinschaft – die soziale Dimension	5
4. Die Sozialpolitik im Vertrag zur Gründung der Europäischen (ehemals: Wirtschafts-) Gemeinschaft	7
5. Die Sozialverfassung der Europäischen Union „nach Amsterdam“	9
6. Europäische Sozialpolitik i.w.S.	12
7. Europäisches Wettbewerbsrecht und nationales Gesundheits- und Sozialwesen	17
8. Freie Wohlfahrtspflege und Europäische Sozialpolitik - Herausforderungen und Chancen	19

1. Vorbemerkung

Das *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* hat aus Anlass der im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft im Mai 1999 in Aachen durchgeführten Internationalen Konferenz über „Organisationen, Dienste und Initiativen des sozialen Sektors“ sechs Thesen zur Zukunft der sozialen Organisationen in Europa vorgelegt, die als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Gegenstandes dieser Untersuchung gewählt worden sind:¹

„Die sozialen Organisationen leisten einen unverzichtbaren Beitrag zum sozialen Zusammenhalt in Europa. Eine der zentralen Aufgaben in der Europäischen Union ist die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Die Europäische Union verfügt bereits heute über beachtliche Instrumente, mit denen sie zur Erfüllung dieser Aufgabe beiträgt. Auch wenn die Kernzuständigkeiten für die Sozialpolitik nach wie vor in erster Linie in der Hand der Mitgliedstaaten liegen, gewinnen die unionsweiten Maßnahmen der Sozialpolitik an Gewicht. Die sozialen Organisationen als Partner der nationalen Regierungen und europäischen Institutionen sind wichtige sozialpolitische Akteure, die sowohl nationale wie auch europäische Sozialstaatlichkeit mitgestalten. ...

Soziale Organisationen sind unverzichtbare Gesprächspartner im Dialog mit der Zivilgesellschaft. Die sozialpolitische Meinungsbildung auf EU-Ebene im nichtstaatlichen Bereich war traditionell begrenzt auf die Sozialpartner, die Arbeitgeber und Gewerkschaften. Dies war bedingt durch die Konzeption der EG als Wirtschaftsgemeinschaft. Entsprechende Strukturen haben sich gebildet und verfestigt, und andere nichtstaatliche Akteure wurden zunächst nicht ausreichend berücksichtigt. Die Union muss den Dialog mit den sozialen Organisationen noch stärker intensivieren, will sie ihren Aufgaben gerecht werden. Die Erfolgsgeschichte der Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern ist durchaus wiederholbar. ...

Es gilt, den Bürgerdialog in der Europäischen Union weiterzuentwickeln. Er stellt ein Gegengewicht zu dem von vielen Menschen empfundenen Demokratiedefizit dar und kann auch dazu beitragen, dass die Europäische Union eine für alle Menschen greifbare soziale Dimension erhält.

Die europäischen Institutionen und die nationalen Regierungen arbeiten in der Sozial- und Gesellschaftspolitik eng zusammen. Von großer Bedeutung ist auch die Zusammenarbeit mit sozialen Organisationen wie beispielsweise der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland. ...

Die Kommission ist aufgefordert, entsprechende Kriterien zur Einbeziehung der sozialen Organisationen wie beispielsweise Repräsentativität oder möglichst durchgängige Aufgabenwahrnehmung von der nationalen bzw. regionalen Ebene bis auf die lokale Ebene zu entwickeln und offen zu diskutieren.

Das Europäische Parlament, der Rat, die Europäische Kommission, der Ausschuss der Regionen und der Wirtschafts- und Sozialausschuss sollten verstärkt mit den nationalen und regionalen Regierungen und den als repräsentativ anerkannten Organisationen grundlegende Fragen dieses Dialogs erörtern. Dies entspricht der Erklärung Nr. 23 zum Maastrichter Vertrag, die erstmals nachdrücklich auf die Notwendigkeit einer engen Zusammenarbeit der Union mit dem gemeinnützigen Sektor hinweist: „Die Konferenz be-

¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Pressemitteilung: Sechs Thesen zur Zukunft der sozialen Organisationen in Europa, Bonn, den 20. Mai 1999

tont, dass zur Erreichung der in Artikel 117 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft genannten Ziele eine Zusammenarbeit der Europäischen Gemeinschaft mit den Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege und den Stiftungen als Träger sozialer Einrichtungen und Dienste von großer Bedeutung ist.

Die Beteiligung sozialer Organisationen stärkt das soziale Fundament der Europäischen Union. Eine Union, die sich die Förderung des sozialen Zusammenhaltes zur Aufgabe gemacht hat, kommt ohne die sozialen Organisationen nicht aus. Ihre Arbeit ist ein wichtiges Stück europäischer Sozialstaatlichkeit.

Um zukunftsfähig zu sein, müssen die sozialen Organisationen europäische Sozialpolitik aktiv mitgestalten, sich auf verändernde europäische Rahmenbedingungen einstellen und die auf europäischer Ebene vorhandenen Politikinstrumente nutzen. Gerade weil soziale Organisationen wie die Freie Wohlfahrtspflege auch in Zukunft Anwalt der Betroffenen und Anbieter sozialer Dienstleistungen sein wollen und wir sie in dieser Funktion brauchen, müssen sie sich auf Europa einstellen. ...

Mit dem Vertrag von Maastricht und verstärkt durch den Amsterdamer Vertrag, der am 1. Mai in Kraft getreten ist, sind die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Sozialordnungen der Mitgliedstaaten größer geworden. Die Auswirkungen der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit und der Prinzipien der Gleichbehandlung ausländischer und privater Anbieter mit den gemeinnützigen Anbietern sozialer Dienste und Einrichtungen sind im Ergebnis heute noch nicht absehbar. ...

Die sozialen Dienste machen in Europa bei allen bestehenden Unterschieden einen wichtigen Teil des Leistungsspektrums sozialer Organisationen aus. In Deutschland werden die meisten sozialen Dienste von den Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege bereitgestellt, allerdings spielen öffentliche Träger eine nicht unerhebliche Rolle. In anderen Ländern dominieren öffentliche Träger.

In dem Zusammenspiel des demographischen Wandels, der Veränderung der Lebensverhältnisse und Lebensformen, der Neudefinition der Geschlechterrollen, sowie veränderten ökonomischen und fiskalischen Rahmenbedingungen liegen tiefgreifende Herausforderungen für soziale Dienste und ihre Träger. Es stellen sich in diesem Zusammenhang vielfältige Fragen nach der Zugänglichkeit sozialer Dienste, ihrer Kooperation, Koordination, Vernetzung und Spezialisierung sowie Qualität, Effizienz, Effektivität, die zunächst von den auf lokaler Ebene Verantwortlichen beantwortet werden müssen. ...“

2. Freie Wohlfahrtspflege im Umbruch

Am Anfang jeder EG/EU-rechtlichen Betrachtung von „Organisationen, Initiativen und Diensten im sozialen Bereich“ (wie es im Titel der im Mai 1999 unter deutscher Präsidentschaft mit Unterstützung der Europäischen Kommission durchgeführten Internationalen Konferenz zur „Übersetzung“ des Begriffes „Freie Wohlfahrtspflege“ ins „Europäische“ umständlich, aber treffend, die Schwierigkeiten von Definition und Abgrenzung illustrierend hieß²), muss die Feststellung sein, dass sich die 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Hinblick auf diesen Sektor noch sehr viel stärker unterscheiden als in bezug auf die gleichfalls noch viele Unterschiede aufweisenden Sozialschutzsysteme i.e.S.

Illustrieren lässt sich diese Vielfalt und Unterschiedlichkeit in Deutschland an der quantitativen wie qualitativen Bedeutung der Freien Wohlfahrtspflege als sog. „dritten Sozialpartners“ (Spiegelhalter) in Deutschland, die anderswo keine Entsprechung hat: Quantitativ ist dazu anzumerken, dass allein die sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland heute rd. 90.000 Einrichtungen mit ca. 1,2 Mio. Beschäftigten umfassen. In qualitativer Hinsicht ist hinzuweisen auf die Rolle der Freien Wohlfahrtspflege als Element und Komponente der Zivilgesellschaft, die gerade auch auf Europäischer Ebene in den letzten Jahren „eingefordert“ worden ist, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der auch in der deutschen Öffentlichkeit vielfach (und nicht immer zu Unrecht) vermissten hinreichenden Nähe „Brüssels“ – als Chiffre für das ganze aus Europäischer Gemeinschaft und Europäischer Union gebildete „Europäische System“ - zu den Bürgern der Mitgliedstaaten, die seit „Maastricht“, d.h. seit Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union auch Unionsbürger sind.

Aus diesem Grunde fördert die Europäische Kommission in jüngster Zeit den zivilen Dialog auf Gemeinschaftsebene mit den Nicht-Regierungsorganisationen des sozialen Bereichs und hat wohl jetzt auch auf dieser internationalen Konferenz die Organisationen, Initiativen und Dienste im sozialen Bereich – apostrophiert als „Motor der Sozialpolitik in Europa“ – zum Thema gemacht (gewiss nicht zufällig während der deutschen Präsidentschaft in der Europäischen Union, zugleich - und zurecht - jedoch nicht durch Thematisierung der „Freien Wohlfahrtspflege“ selbst, die außerhalb Deutschlands so keine Entsprechung findet) und insoweit zwar Spezifikum des deutschen, nicht aber des Europäischen Gesellschaftsmodells ist.

In diesem Zusammenhang kann man die Zivilgesellschaft als die Summe der Institutionen ansehen, die zwischen der Privatsphäre des einzelnen und seines unmittelbaren Umfelds – Familie, „neighbourhood“ u.a. – einerseits und den Institutionen von „Staat“ und „Markt“ andererseits liegen und zwischen ihnen vermitteln.

² Deutsches Rotes Kreuz (Hg.), Organisationen, Initiativen und Dienste im sozialen Bereich (Internationale Tagung, Aachen 1999), Bonn 1999

3. Europäische Union / Europäische Gemeinschaft – die soziale Dimension

Die *Europäische Union* setzt sich seit „Maastricht“, d.h. seit dem Inkrafttreten des Vertrages über die Europäische Union aus den Europäischen Gemeinschaften - Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Europäische Atomgemeinschaft und Europäische (ex Wirtschafts-)Gemeinschaft als Kern und aus der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie aus der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz (ZBIJ) als zwei zusätzlichen Bereichen intergouvernementaler Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zusammen. Der *Vertrag von Amsterdam* hat das so aufgebaute Europäische (EU/EG-)System“ rechtlich fortgeschrieben.

Nach wie vor ist die *Europäische Gemeinschaft* also vor allem eine *Rechtsgemeinschaft*, d.h. sie beruht auf Recht und handelt durch Recht. Sowohl das aus den Gründungsverträgen und den sie ergänzenden Rechtsakten resultierende *Primärrecht* als auch das von den Organen der Europäischen Gemeinschaften selbst gesetzte sog. *Sekundärrecht* – etwa das Verordnungsrecht als gesetztes Recht (und gleichsam „Gesetzesrecht“) der Gemeinschaft – genießen Anwendungsvorrang vor jeglichem nationalen Recht der Mitgliedstaaten bis hin zum Verfassungsrecht. Der Inhalt einer EG-Verordnung oder einer EG-Richtlinie geht mithin jeglichem entgegenstehenden nationalen Recht der Mitgliedstaaten vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Europäische Gemeinschaft nur dort - aber dort auch immer - Rechtsetzungsbefugnisse hat, wo ihr von den Mitgliedstaaten nach dem *Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung* (Art. 5 Abs. 1 EGV) durch Souveränitätsverzicht entsprechende Kompetenzen eingeräumt worden sind: „*Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Umfang zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.*“ Die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten gebietet seine Beachtung auch im Bereich der sozialen Dienste im allgemeinen und der Freien Wohlfahrtspflege im besonderen.

Diese Europäische *Rechtsgemeinschaft* beruht somit im wesentlichen auf dem *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, den man als Europäischen „Verfassungsvertrag“ auffassen kann und der ursprünglich - bis zum Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union, der ihn entsprechend umbenannt hat – Vertrag zur Europäischen *Wirtschaftsgemeinschaft* hieß. Diese letztere Bezeichnung brachte klar zum Ausdruck, dass die Europäische Gemeinschaft ursprünglich vor allem eine Wirtschaftsgemeinschaft war und auf die Herstellung eines Gemeinsamen Marktes abzielte. Auch die erste Vertragsrevision des Vertrags zur Gründung von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die *Einheitliche Europäische Akte*, die seinerzeit das Binnenmarktkonzept auf den Weg gebracht hat, hatte noch eine eindeutige wirtschaftliche Zielsetzung.

Daraus folgt für die Frage nach den Rahmenbedingungen der Europäischen Union für die Sozialpolitik und insbesondere die Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten zweierlei: Zum einen leitet sich aus dem Charakter der Europäischen Gemeinschaft als sowohl *Rechts-* als auch *Wirtschaftsgemeinschaft* ab, dass die Europäische Gemeinschaft zunächst zentrale rechtliche Aufgaben und Zuständigkeiten vor allem für den Bereich der Wirtschaft übertragen erhalten hat - seit 1987 mit der Einheitlichen Europäischen Akte - auch zusätzliche Kompetenzen zur beschleunigten Herstellung des Europäischen Binnenmarktes – und dass zum anderen dementsprechend die *soziale Dimension* von Anbeginn an in der Europäischen Gemeinschaft und damit zugleich im Prozess der Schaffung der Europäischen Union lediglich eine sekundäre Rolle gespielt hat.

Die *Europäische Gemeinschaft* als Kern des „Europäischen Systems“ ist in erster Linie eine *Rechtsgemeinschaft* mit der Folge, dass das Recht für das Wesen der Europäischen Gemeinschaft in dreifacher Hinsicht konstitutiv ist: (i) die Gemeinschaft ist zum einen

durch Recht gegründet worden; (ii) *Aufgabe* der Gemeinschaft ist zum zweiten die *Rechtsetzung*, d. h. die Gestaltung durch Recht, wobei der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, und zwar jeglichen Gemeinschaftsrechts (bis hin zu jeder "kleinen" Richtlinie) vor nationalem Recht, und zwar vor jeglichem nationalen Recht (bis hin zum „großen“ Verfassungsrecht) Ausdruck der Supranationalität der Europäischen Gemeinschaft ist; und (iii) zum dritten steht das Handeln der Gemeinschaft unter der *Kontrolle durch das Recht*, die letztinstanzlich durch den Europäischen Gerichtshof wahrgenommen wird. Unterscheidet man für die Schaffung, Durchführung und Durchsetzung von Recht die vier Phasen (1) Rechtspolitik, (2) Rechtssetzung, (3) Rechtsanwendung und (4) Rechtsvollzug, so sind der *Europäische Rat*, die *Europäische Kommission* für die Rechtspolitik, der *Rat* für die Rechtssetzung, *nationale Behörden* und *Gerichte* und ausnahmsweise auch die *Europäische Kommission* für die Rechtsanwendung sowie die *nationalen Verwaltungen* und sowohl die *nationalen* als auch die *Europäischen Gerichte*, nämlich das Gericht erster Instanz und der Europäische Gerichtshof für den Rechtsvollzug zuständig.³

Das dergestalt konzipierte, gesetzte, angewendete und vollzogene Recht ist zugleich Medium der – *positiven* wie *negativen* – *Integration* der Europäischen Gemeinschaft, und das Recht verbürgt dergestalt auch den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt der Gemeinschaft (die „Kohäsion“). Dabei setzt das Gemeinschaftsrecht auch einen immer engeren Rahmen für das *Europäische Sozialmodell*, wie es sich innerhalb wie außerhalb der Europäischen Union/Europäische Gemeinschaft in Westeuropa entwickelt hat.

Die Europäische Union/Europäische Gemeinschaft, dieser Europäische „Staatenverbund“ (in der Diktion des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* in seinem „Maastricht-Urteil“⁴) unterscheidet sich vom europäischen Nationalstaat insbesondere dadurch, dass er nicht im Grundsatz „allzuständig“ ist, sondern lediglich dort tätig werden kann, wo ihm die Mitgliedstaaten unter Verzicht auf Souveränität entsprechende Aufgaben und Zuständigkeiten übertragen haben – gemäß dem Grundsatz von der begrenzten Kompetenzzuweisung.

Hier liegt ein entscheidender Unterschied zwischen supranationaler Gemeinschaft – „Staatenverbund“ - einerseits und Nationalstaat – auch Bundesstaat - andererseits. Ein weiterhin wichtiger Unterschied besteht darin, dass die Nationalstaaten ihre Legitimation von jeweiligem Staatsvolk, die Europäische Union/Europäische Gemeinschaft ihre Legitimation hingegen „nur“ von den Mitgliedstaaten herleiten (womit man begründen mag, dass der Europäische Staatenverband zwar über ein „Grundstatut“ in Gestalt der Gründungsverträge, nicht aber über eine - Volkssouveränität voraussetzende - veritable „Verfassung“, im klassischen Sinne verfügt). Die Europäische Gemeinschaft verfügt insofern über ein ihr von den Mitgliedstaaten übertragenes *Mandat*, vermittelt primär über die von den demokratisch strukturierten Mitgliedstaaten konstituierten Europäischen Organe, namentlich den Rat, und sekundär das von den Wahlvölkern der Mitgliedstaaten besetzte Europäische Parlament.

³ Vgl. zum Vorstehenden *Schulte, B.*, Europäisches Sozialrecht als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung, in: von Maydell, B./Schulte, B. (Hg.), Zukunftsperspektiven des Europäischen Sozialrechts, Berlin 1995, S. 45 ff., 56 f.

⁴ BverfGE 89, 155 ff.

4. Die Sozialpolitik im Vertrag zur Gründung der Europäischen (ehemals: Wirtschafts-) Gemeinschaft

Die Sozialpolitik ist in besonderer Weise geeignet, die Distanz zwischen Unionsbürgern und Europäischer Gemeinschaft/Union zu verringern und zugleich zur Stärkung der Akzeptanz der Gemeinschaft wie der Union insgesamt beizutragen, da ihre Inhalte die Bürger unmittelbar betreffen. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam ist die Zweigleisigkeit der Europäischen Sozialpolitik - Europäische Sozialpolitik i.e.S. gemäß Art. 136 (ex 117) ff. EG - ursprünglich der zwölf und später aller fünfzehn Mitgliedstaaten - einerseits und Europäische Sozialpolitik i.S.d. Abkommens über die Sozialpolitik der - ursprünglich der Elf und dann der Vierzehn (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs auf der Grundlage des Protokolls über die Sozialpolitik) andererseits - beendet und durch eine einheitliche gemeinschaftliche Sozialpolitik auf der Grundlage der Art. 136 ff. EG abgelöst worden. Dies ist zugleich die eine der wichtigsten Änderungen im Bereich der Sozialpolitik, die der Vertrag von Amsterdam gebracht hat.

Die Gemeinschaftskompetenz im Bereich der Sozialpolitik i.e.S. stellt sich demgemäß heute wie folgt dar: „Eingedenk“ der *sozialen Grundrechte*, wie sie in der *Europäischen Sozialcharta* und der *Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer* der Europäischen Gemeinschaft festgelegt sind, verfolgen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten gemeinsam nach Maßgabe des Art. 136 Abs. 1 EGV folgende *sozialpolitischen Ziele*:

- die *Förderung der Beschäftigung*,
- die *Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen*, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen,
- einen *angemessenen sozialen Schutz*,
- den sozialen Dialog,
- die *Entwicklung des Arbeitskräftepotentials* im Hinblick auf ein dauerhaftes hohes Beschäftigungsniveau sowie
- die *Bekämpfung von Ausgrenzungen*.

Der Erreichung dieser Ziele dienen wiederum gemäß Art. 137 (ex 118) EG *Maßnahmen*, die sowohl den überkommenen Praktiken in den Mitgliedstaaten als auch - ein in der Praxis maßgeblicher Vorbehalt - der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der Gemeinschaft Rechnung zu tragen haben.

Die Verfolgung der vorgenannten Ziele und die Durchführung der zu ihrer Erreichung bestimmten Maßnahmen sind nunmehr gemeinsame Angelegenheiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten (während nach Art. 117 EG a.F. ausschließlich die Mitgliedstaaten Akteure der Sozialpolitik waren). Was den Beitrag der Europäischen Gemeinschaft angeht, so „unterstützt und ergänzt“ sie die Aktivitäten der Mitgliedstaaten, wobei in einigen Bereichen das Prinzip der qualifizierten Mehrheit für die Beschlussfassung im Rat gilt, in anderen Bereichen, namentlich in dem kostenträchtigen und innenpolitisch gemeinhin sehr sensiblen Kernbereich der sozialen Sicherheit weiterhin als Einstimmigkeitsprinzip gilt und einige Angelegenheiten, namentlich Fragen der Lohnfindung sowie das Arbeitskampfrecht sogar jeglicher Gemeinschaftszuständigkeit entzogen sind.

Diese Gemeinschaftskompetenzen bedeuten im einzelnen:

- (i) im Hinblick auf die Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer, Arbeitsbedingungen, Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen, sowie Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und

Gleichbehandlung am Arbeitsplatz kann der Rat gemäß dem Verfahren der Mitentscheidung gemäß Art. 251 (ex 189 b) EG, d.h. *mit qualifizierter Mehrheit* durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen (wodurch die Gemeinschaftskompetenz, die in der Vergangenheit auf berufliche Eingliederung beschränkt war, eine Ausweitung erfahren hat und die Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung damit zugleich eine solidere Rechtsgrundlage erhalten haben);

(ii) hingegen gilt nach wie vor das *Einstimmigkeitsprinzip* in den Bereichen soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer, Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags, Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung (mit Ausnahme von Fragen des Arbeitsentgelts, des Koalitionsrechts, des Streikrechts sowie des Aussperrungsrechtes), für die es keine Gemeinschaftskompetenz gibt), Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen aus Drittstaaten, die sich rechtmäßig im Gebiet der Gemeinschaft aufhalten, sowie finanzielle Beiträge zur Förderung der Beschäftigung und zur Schaffung von Arbeitsplätzen (unbeschadet der Bestimmungen über den Europäischen Sozialfonds) - Art. 137 (ex 118) Abs. 3 EG -;

(iii) keinerlei Gemeinschaftszuständigkeit besteht im Hinblick auf Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht und Aussperrungsrecht - Art. 137 Abs. 6 EG -; damit sind beispielsweise Fragen der Lohnfindung der Gemeinschaftskompetenz generell entzogen.

Nach wie vor ist mithin für die *soziale Sicherheit* Einstimmigkeit erforderlich. Dies bedeutet, dass die Gemeinschaft, die auch durch ihr umfangreiches Liberalisierungs- und De-regulierungsprogramm zur Schwächung der Autonomie der Mitgliedstaaten in bezug auf die Politik der sozialen Sicherheit entscheidend beigetragen hat, diesen Autonomieverlust der Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene auf Gemeinschaftsebene keineswegs ausgleicht. „Amsterdam“ lässt insofern die zwischen Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik bestehende Asymmetrie oder - politikwissenschaftlich formuliert - das Nebeneinander von negativer Integration im wirtschaftlichen bei gleichzeitigem Verzicht auf positive Integration im sozialpolitischen Bereich bestehen. Hervorzuheben ist andererseits die - partielle - Ersetzung des Verfahrens der Zusammenarbeit durch diejenige der *Mitentscheidung* seitens des *Europäischen Parlaments* (Art. 251 EGV) und die damit verbundene Aufwertung der Rolle des Parlaments. Den *Sozialpartnern* ist im Rahmen *des sozialen Dialogs* die Möglichkeit eingeräumt worden, nach einem in Art. 139 EGV im einzelnen niedergelegten Verfahren in den von Art. 137 EGV erfassten Bereichen eigenständige Vereinbarungen zu treffen. In diesem Verfahren treten die Sozialpartner auf Gemeinschaftsebene an die Stelle der Gemeinschaftsorgane.

5. Die Sozialverfassung der Europäischen Union „nach Amsterdam“

Durch Abschnitt I. Freiheit, Sicherheit und Recht des Vertrags von Amsterdam ist der Präambel des Vertrags über die Europäische Union (EU-Vertrag - EUV) ein neuer Absatz 4 hinzugefügt worden, in dem auf die Bedeutung hingewiesen wird, welche die Teilnehmer der Regierungskonferenz den sozialen Grundrechten beimessen, „die in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind“. Auch wenn damit auch nicht ansatzweise die weitreichenden Vorschläge aufgegriffen worden sind, die der zur Vorbereitung der Regierungskonferenz 1996/1997 eingesetzte Ausschuss der Weisen in seinem Bericht „Für ein Europa der Bürgerrechte und der sozialen Rechte“ im März 1996 unterbreitet hat, welche im Anschluss daran die Expertengruppe „Grundrechte“ im Februar 1999 vorgelegt hat, und welche der Konvent zur Erarbeitung der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* erarbeitet hat, so bringt doch diese Ergänzung der Präambel zum Ausdruck, dass die Europäische Union sich ausdrücklich auch zu sozialen Grundrechten bekennt.

Nach Art. 13 EG kann der Rat im Rahmen der Gemeinschaftszuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen kann, um *Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder des Glaubens, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung* zu bekämpfen. Dieser Katalog möglicher Maßnahmen (die Einstimmigkeit im Rat voraussetzen würden) ist geeignet, Ausgangspunkt für eine *Antidiskriminierungspolitik* der Gemeinschaft in den genannten Bereichen – z.B. also Alter, Behinderung oder sexuelle Ausrichtung – zu sein. Der neue Art. 13 EG beinhaltet insofern lediglich eine Ermächtigung zum Handeln; er wirkt anders als Art. 141 (ex 119) EG somit nicht unmittelbar. Immerhin hat die Europäische Kommission Initiativen in diesem Bereich angekündigt, die aber zunächst keine verbindlichen Rechtsakte zum Gegenstand haben werden.

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 hat die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft/Europäische Union, d.h. des „Europäischen Systems“ insgesamt eine Aufwertung erfahren, da die Gemeinschaftsorgane nunmehr sehr viel umfangreichere Handlungsmöglichkeiten und Zuständigkeiten haben als in der Vergangenheit. Durch „Amsterdam“ hat das vorstehend angesprochene „Europäische System“ als rechtliche und politische Form der Europäischen Integration mithin eine neue Qualität gewonnen. Die Schaffung der Währungsunion und die Einführung des Euro haben diese neue Stufe der Europäischen Integration auch einer breiten Öffentlichkeit nachdrücklich vor Augen geführt. Auch wenn der Euro keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Sozialpolitik hat, so rechtfertigen seine mittelbaren Auswirkungen in der Tat seine Qualifizierung als Herausforderung für den Sozialstaat und die ihn tragenden Institutionen. So hat die restriktive Haushaltspolitik, die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den letzten Jahren praktiziert worden ist, um die „Maastricht-Kriterien“ zu erfüllen und sich damit für die Mitgliedschaft im „Klub der Euroländer“ zu qualifizieren, einschneidende Sparmaßnahmen auch in den Sozialhaushalten zur Folge gehabt. Es ist davon auszugehen, dass sich als weitere Folgen der Gemeinschaftswährung ein Mehr an Transparenz an Kosten und Preisen und eine Verringerung von Transaktionskosten ergeben und sich darüber hinaus auch der Wettbewerb zwischen den „Euroländern“ in bezug auf Güter und Dienstleistungen verstärken wird. Darüber hinaus werden auf diesem Hintergrund als Standortfaktoren die jeweiligen Sozialkosten und das Ausmaß der Besteuerung an Gewicht zunehmen werden mit der Konsequenz, dass ein verstärkter Druck auf die Angleichung der Sozialleistungsquoten und der sozialen Sicherungssysteme entstehen und damit bereits in der Vergangenheit festzustellende Entwicklungen hin

zu einer „sozialen Konvergenz“ zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich des Sozial- schutzes eine Verstärkung erfahren werden. Darüber hinaus kommt es zu einer besseren Vergleichbarkeit von Preisen, Löhnen und Lohnneben- sowie sonstigen Sozialkosten.

Die Europäische Integration geht aber nicht nur mit einer aus der Übertragung entspre- chender rechtlicher Kompetenzen auf die Institutionen der Europäischen Gemeinschaft als supranationalen Kern des „Europäischen Systems“ resultierenden rechtlichen Souve- ränitätseinbuße der Mitgliedstaaten einher, sondern sie hat zugleich einen Verlust an faktischer Handlungsautonomie dieser Staaten auch im Bereich der Sozialpolitik zur Fol- ge. Deshalb kann die Sozialpolitik heute in Deutschland wie in den anderen Mitgliedstaa- ten der Europäischen Union nicht mehr als eine rein oder wenigsten primär nationale Domäne angesehen werden, sondern die Sozialpolitik ist künftig notwendigerweise transnational. Zum einen führen die Globalisierung der wirtschaftlichen Märkte und die Mobilität der Menschen zu einer zunehmenden Transnationalisierung auch der sozialpoli- tischen Herausforderungen und sonstigen Fragestellungen: Bevölkerungswanderungen, ökologische Risiken und Belastungen, Krankheiten und Seuchen machen vor nationalen Grenzen nicht Halt und lassen sich in vielen Fällen nur transnational bewältigen. „Asyl“, „Aids“ und „BSE“ mögen als Chiffren für diese Transnationalisierung von Problemen wie möglichen Lösungen stehen. Zum anderen löst sich die vom Prinzip der Souveränität vorausgesetzte Trennung von „innen“ und „außen“ in zunehmendem Maße auch im so- zialpolitischen Bereich auf. Dem entspricht die Zunahme ihres Ursprungs bzw. ihrer Quelle nach internationaler und – in der Europäischen Gemeinschaft – supranationaler Rechtsnormen. Sowohl dieses gemeinsame Band des inter- und supranationalen Rechts als insbesondere auch die Ähnlichkeit, ja weitgehende Entsprechung demographischer, ökonomischer, gesellschaftlicher und kultureller Herausforderungen und Probleme in den modernen Industriestaaten gebieten die Berücksichtigung internationaler und innerhalb der Europäischen Union insbesondere Europäischer (= EU/EG-spezifischer) rechtlichen und politischen Vorgaben.

In dem Umfang, in dem die supranationale EG-Ebene auch in der Sozialpolitik an Bedeu- tung zunimmt, wie sich gleichsam negativ an den vorstehend angesprochenen Ein- schränkungen des Handlungsvermögens der nationalen sozialpolitischen Akteure ablesen lässt, wächst aber auch das Bedürfnis nach einer Stärkung der sozialen Dimension auf Gemeinschaftsebene ganz allgemein und wird der Ruf nach positiver Integration in Ges- talt der Ergänzung der künftigen Wirtschaftsunion durch eine Sozialunion lauter: Zwar liegt der *„Kern der sozialrechtlichen Kompetenzen weiterhin bei den Mitgliedstaaten“*, doch ist die *„säkulare Tendenz, sozialpolitische Kompetenzen nach Europa zu verlagern, ... unverkennbar“*.⁵

Die Politik der sozialen Sicherheit wie die Sozialpolitik überhaupt hat sich in Europa in der Vergangenheit als nationalstaatliche Politik entwickelt, und es spricht viel dafür, dass die Expansion der Sozialpolitik und insonderheit die Entstehung und Entwicklung von Systemen sozialer Sicherheit als Kern von Wohlfahrtsstaatlichkeit in Verbindung mit der Demokratisierung ein wesentliches Element der Stabilisierung des Nationalstaats im 20. Jahrhundert gewesen ist. Heute ist der Wohlfahrts- bzw. - nach deutscher Begriff- lichkeit - Sozialstaat in Europa zwar auch *noch national*, gibt es *keinen Europäischen Sozialstaat* (wenn auch die Ausprägung einer *Europäischen Wohlfahrts- bzw. Sozial-*

⁵ So aus deutscher Sicht des Staatssekretärs im Bundesministerium für Arbeit und Sozialord- nung *Werner Tegtmeier*, Soziale Sicherheit in Deutschland und Europa: Veränderte Rahmen- bedingungen, Reformdiskussion, Finanzierung, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), S. 563 ff., 583

staatlichkeit zu registrieren ist,⁶ doch kann die Aufgabe, das *soziale Staatsziel* - verankert in der Bundesrepublik Deutschland im verfassungsrechtlichen Sozialstaatsgebot der Art. 20 und 28 GG - zu verwirklichen und die *Marktwirtschaft sozial* zu fassen, wegen des Ausmaßes, in dem die Sozialpolitik aufgrund von Globalisierung und *Europäisierung* der nationalen Gestaltungsmacht entzogen ist, heute nur unter Rückgriff auch auf *internationales* und vor allem *supranationales Recht* erfüllt werden.

Vor diesem Hintergrund ist auch die „*Erklärung zur Zusammenarbeit mit den Wohlfahrtsverbänden*“ politisch wie rechtlich einzuordnen, die von der Regierungskonferenz zum Vertrag über die Europäische Union von „Maastricht“ abgegeben worden ist: „*Die Konferenz betont, dass zur Erreichung der in Artikel 117 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft genannten Ziele eine Zusammenarbeit der Europäischen Gemeinschaft mit den Verbänden der Wohlfahrtspflege und den Stiftungen als Trägern sozialer Einrichtungen und Dienste von großer Bedeutung ist.*“

In der Mitteilung der Kommission „*Modernisierung und Verbesserung des Sozialschutzes in der Europäischen Union*“ vom 12. März 1997 heißt es u.a., die Sicherung eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie eines hohen Maßes an sozialem Schutz sei eines der grundlegenden Ziele der Gemeinschaft, das ausdrücklich unter den Aufgaben in Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union aufgeführt ist. Der Sozialschutz sei überdies ein grundlegender Bestandteil des Europäischen Gesellschaftsmodells.

Diese historische Wurzel dieser Wohlfahrts-(bzw. Sozial)staatlichkeit ist *eine* Komponente des Europäischen Sozialmodells. Hinzu treten die Gemeinsamkeiten, die aus demographischen, ökonomischen, gesellschaftlichen, rechtlichen, politischen, kulturellen etc. Rahmenbedingungen resultieren.

Die vorstehend erwähnte Rechtsentwicklung hat dadurch einen „Schub“ erhalten, als der Rat mittlerweile die im Juni 1999 vorgelegte *Mitteilung der Europäischen Kommission* über die „Modernisierung des Sozialschutzes in der Europäischen Union“ gebilligt hat und – weitgehend unbemerkt von der großen Öffentlichkeit und auch von großen Teilen der Fachöffentlichkeit – die Umsetzung der darin niederlegten Strategie bereits begonnen hat. Sie läuft – verkürzt gesagt – darauf hinaus, auf dem Gebiet des Sozialschutzes ein ähnliches Procedere einzuleiten, wie es nach dem Gipfel von Essen im Jahre 1994 für die Beschäftigungspolitik – in der Folgezeit dann „Prozess von Essen“ genannt – eingeleitet worden ist und mittlerweile im Beschäftigungstitel des EG-Vertrages – *Titel VIII. Beschäftigung* (Art. 125 – 130) - seinen rechtlichen Niederschlag gefunden hat. In ähnlicher Weise wie es seitdem eine koordinierte Beschäftigungspolitik auf Gemeinschaftsebene gibt, soll auch eine entsprechende Politik des sozialen Schutzes initiiert werden. Eine sog. „high level-group“ von Beamten aus den Arbeits- und Sozialministerien der Mitgliedstaaten ist gegenwärtig dabei, gemeinsame Zielsetzungen für den Sozialschutz zu formulieren und ein sozialpolitisches „bench-marking“ zu initiieren.

Diese Entwicklung auf dem Gebiet der Europäischen Sozialpolitik, die man mit Fug und Recht als *Paradigmenwechsel* bezeichnen kann, tritt hinzu zu einer *mittelbaren Sozialpolitik*, als die man diejenigen Ein- und Auswirkungen von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Europäischer Gemeinschaftspolitik bezeichnen mag, die nicht originär sozialpolitische Ziele verfolgen, sich jedoch auf die Sozialpolitik auswirken und insbesondere auch auf die Sozialschutzsysteme der Mitgliedstaaten Einfluss nehmen.

⁶ Vgl. *Schulte, B.*, Wohlfahrtsregime im Prozess der europäischen Integration, in: *Lessenich, S./Ostner, I.* (Hg.), *Welten des Wohlfahrtskapitalismus. Der Sozialstaat in vergleichender Perspektive*, Frankfurt/Main u.a., 1998, S. 255 ff.

6. Europäische Sozialpolitik i.w.S.

Diese *mittelbare Europäische Sozialpolitik* ist insbesondere durch Gerichtsentscheidungen forciert worden und soll im Folgenden aus Zeitgründen schlaglichtartig anhand einiger Fälle illustriert werden:

Seit der *Bosman-Entscheidung* steht fest, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auch für Angestellte von Fußballvereinen („Profikicker“) gilt und dass deren EG-grenzüberschreitender Wechsel zu einem anderen Verein und Arbeitgeber deshalb nicht von der Zahlung von Ablösesummen und ihr Match-Einsatz bei ihrem jeweiligen Arbeitgeber auch nicht von einer die Zahl pro Wettspiel einzusetzender Ausländer begrenzenden sog. Ausländerquote abhängig gemacht werden darf.

Seit dem *Molenaar-Urteil* wissen wir, dass das im deutschen Pflegeversicherungsgesetz – Sozialgesetzbuch. Elftes Buch – in Art. 34 SGB XI angeordnete Ruhen der Zahlung deutschen Pflegegeldes bei längerem Aufenthalt des Berechtigtem im Ausland bei Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat gegen die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer verstößt.

Spätestens seit den Richtersprüchen in den *Rechtssachen Decker* und *Kohll* müssen wir anerkennen, dass jedenfalls in solchen Mitgliedstaaten, die ein Krankenversicherungssystem haben, welches – so in Luxemburg - auf dem Kostenerstattungsprinzip beruht, für Versicherte der grenzüberschreitende Erwerb von Gesundheitsgütern und die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von medizinischen Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union nicht von der zuständigen Krankenkasse versagt werden darf mit der Folge, dass die Perspektive eines Europäischen Gesundheitsmarktes, die im Binnenmarktkonzept der Europäischen Gemeinschaft ohnehin angelegt ist, nunmehr kraft des entsprechenden Luxemburger Richterspruchs Realität anzunehmen beginnt. Diese Entwicklung hat tiefgreifende Konsequenzen für die i.d.R. (bis auf Österreich) im Bereich ambulanter ärztlicher Behandlungsmaßnahmen territorial abgeschotteten und lediglich innerhalb der nationalen Grenzen operierenden und entsprechend gesteuerten Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten (auch wenn noch offen ist, inwiefern das deutsche – und im übrigen auch das niederländische – Sachleistungsprinzip sowie die in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten existenten nationalen Gesundheitsdienstsysteme sich den Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes öffnen müssen bzw. in welchem Umfang sie – ggf. ausnahmsweise – der EG-rechtlich in Gestalt der Grundfreiheiten gewährleisteten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gegenüber resistent sind.

Die genannten Entscheidungen fügen sich zusammen zu einem Bild, welches auf der einen Seite auch das Gesundheits- und Sozialwesen insgesamt den Marktgesetzen insbesondere den Wettbewerb öffnet, und auf der anderen Seite allerdings auch Einschränkungen zulässt, solange sie durch überragende Gemeinschaftsgüter – etwa die Volksgesundheit, die Finanzierbarkeit des Sozialleistungssystems, die flächendeckende Versorgung der Versicherten mit Gesundheits- und Sozialleistungen, Bedarfs- und sonstige Steuerung im Gesundheits- und Sozialwesen u.a. – gerechtfertigt werden.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die Frage nach der Essenz des Europäischen Sozialmodells eine ganz praktische Bedeutung, vermögen doch zum einen die vorstehend erwähnten Gemeinschaftsgüter, zum anderen aber auch Erfordernisse der *elementaren Daseinsvorsorge* und *praktizierte Formen sozialstaatlicher Solidarität* als konstituierende Komponente des Europäischen Sozialmodells den Marktkräften Schranken setzen.

Es stellt sich hier auf *Europäischer Ebene* die Aufgabe, das, was das soziale Staatsziel – verankert in Deutschland im Sozialstaatsprinzip der Art. 20 und 28 GG - auf *nationaler* – etwa auf deutscher – *Ebene* leistet, nämlich die Marktwirtschaft „pur“ zur sozialen Marktwirtschaft zu „veredeln“, auch auf Europäischer Ebene zu tun. Der Europäischen Sozialpolitik – de lege ferenda bis hin zur rechtsverbindlichen Verankerung sozialer Grundrechte auf Europäischer Ebene im EG-Vertrag zugleich als Beitrag zu einer Europäischen „Verfassung“ oder zur Vermeidung von Missverständnissen: zu einem Europäischen Grundstatut - stellt sich somit die Aufgabe, den zum einen Souveränitäts- und zum anderen Autonomieverlust, den die Mitgliedstaaten als nationale Sozialstaaten im Zuge der Europäischen Integration erlitten haben, auf supranationaler Ebene zu kompensieren und damit das Ende des nationalen Sozialstaats gleichsam auf supranationaler Ebene wettzumachen.

Die Bestimmung des Europäischen Sozialmodells mag auf diese Weise einen Beitrag dazu zuleisten, den demokratischen Sozialstaat, der im ausgehenden 20. Jahrhundert im Wohlfahrts- bzw. Sozialstaat eine spezifische neue Ausrichtung erhalten hat, unter dem Vorzeichen von Globalisierung, Internationalisierung und Europäisierung fortzuentwickeln.

Der *künftige* (nicht Europäische Sozialstaat sondern) *Sozialstaat in Europa* wird somit zwangsläufig Ergebnis einer Mehr-Ebenen-Politik sein, nämlich „von oben nach unten“.

- *supranationale* - Europäische - *Ebene*
- *nationale Ebene* – in Deutschland Bundesrepublik - mit den Unterebenen
- Zentralstaat – in Deutschland Länder –
- Region (z.B. in Deutschland – Land)
- kommunale Ebene - in Deutschland Städte, Gemeinden und Gemeindeverbände -
- *nicht-staatliche* Akteure des „wohlfahrts“- bzw. „sozialstaatlichen Arrangements“ (Franz-Xaver Kaufmann):
- Sozialpartner – Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften –
- autonome Sozialleistungsträger – Sozialversicherungsträger –
- soziale Organisationen etc. – z.B. in Deutschland Verbände der Freien Wohlfahrtspflege
- sowie Selbsthilfeverbände, sonstige Verbände, etc. ,
- soziale Nichtregierungsorganisationen.

Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission umfasst das *Europäische Sozialmodell* folgende Politikbereiche: allgemeine und berufliche Bildung; Beschäftigung; Gesundheit; Wohlfahrt und Sozialschutz; sozialer Dialog; Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz; Kampf gegen Rassismus und Diskriminierung.

Es findet seinen Niederschlag – mit den Worten der Europäischen Kommission – „*in den Wohlfahrtssystemen, den Kollektivvereinbarungen und in den Sozialdiensten*“, und es wird in den verschiedenen Teilen der Europäischen Union getragen von unterschiedlichen öffentlichen, privaten, tariflichen oder sozialwirtschaftlichen Partnern.

Das Europäische Sozialmodell ist damit zugleich Ergebnis und Ausdruck der reichen Vielfalt von Kulturen, Traditionen und politischen Entwicklungen auf unserem alten Kontinent. Mit seiner Fundierung auf ‚Wettbewerb‘ und ‚Solidarität‘ ruht dieses Gesellschaftsmodell sowohl auf einer *wirtschaftlichen* als auch auf einer *sozialen* Säule: Der Wettbewerb zwischen den Unternehmen ist der Motor des wirtschaftlichen Fortschritts, während die Solidarität zwischen den Bürgern die Grundvoraussetzung ist für die Förderung des sozialen Zusammenhalts, der seinerzeit zu den essentiellen Rahmenbedingungen für Wirtschaft und Gesellschaft gehört. Beide Dimensionen gilt es in Einklang zu bringen. *Rechtlich* wird diese Aufgabe gegenwärtig im Rahmen beispielsweise der Art.

16 EG und 86 Abs. 2 EG angegangen, wobei die Diskussion um die Begriffe „Daseinsvorsorge“ und „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ kreist.

Auf Vorschlag der Kommission in ihrer *Mitteilung „Eine konzertierte Strategie zur Modernisierung des Sozialschutzes“* vom 14. Juli 1999 hat der Rat eine Vorgehensweise im Hinblick auf die Sozialschutzsysteme verabschiedet, die den gegenseitigen Informationsaustausch verbessern und eine kontinuierliche Analyse aktueller politischer Entwicklungen unterstützen soll. Nach Auffassung der Gemeinschaftsorgane stehen die Sozialschutzsysteme der Mitgliedstaaten vor einer Reihe bedeutender gemeinsamer Herausforderungen in Gestalt der sich verändernden Arbeitswelt, neuer gesellschaftlicher Strukturen und des demographischen Wandels. Das Ziel, das in der Vergangenheit erreichte hohe Sozialschutzniveau in der Europäischen Union beizubehalten, müsse mit der Notwendigkeit in Einklang gebracht werden, öffentliche Leistungen effizienter bereitzustellen und einer strengeren Disziplin zu unterwerfen. Die Mitgliedstaaten bereiten in einer „high level-group“ durch hochrangige Beamte diese Strategie vor. Die Europäische Kommission wird künftig jährlich ihren *Bericht über den Sozialschutz* veröffentlichen, der noch stärker als bisher auf den Beiträgen der Mitgliedstaaten beruhen soll.

Der inhaltliche Zusammenhang zwischen dieser neu konzipierten *Strategie für den Sozialschutz* und der Beschäftigungsstrategie zeigt sich auch dadurch, dass letztere eindringlich postuliert, die Sozialschutzsysteme *beschäftigungsfreundlicher* auszugestalten. Als weitere Probleme für die Ausgestaltung der Sozialschutzsysteme werden die *Überalterung der Bevölkerung*, die *Zunahme der sozialen Ausgrenzung* und die Probleme, die aktuell in Bezug auf die *Gewährleistung einer hohen Qualitätsansprüchen genügenden Gesundheitsversorgung bei gleichzeitiger Eindämmung der Gesamtkosten* genannt.

Auf diesem Hintergrund sind vier *allgemeine Ziele künftiger Sozialschutzpolitik* benannt worden:

- (1) *„dafür zu sorgen, dass Arbeit sich lohnt und das Einkommen gesichert ist“* (u.a. durch entsprechende Ausgestaltung der Steuer und Transfersysteme und bessere Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familie);
- (2) *„die Renten sicher und die Rentensysteme langfristig finanzierbar machen“* (u.a. durch ein kohärentes ‚policy-mix‘, das sowohl die Arbeitsmarktpolitik und die Gestaltung der Alterssicherungssysteme als auch die übrigen Zweige des Sozialschutzsystems, namentlich die Gesundheitsversorgung und den Pflegebereich umfasst, sowie durch Ausgestaltung der Sozialschutzsysteme dergestalt, dass Anreize für ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt vermieden, Flexibilität bei der Verrentung ermutigt und aktive Teilnahme älterer Menschen am Leben der Gemeinschaft gestärkt werden);
- (3) *„die soziale Eingliederung (ist) zu fördern“* (u.a. durch Leistungen der Mindestsicherung sowie – verstärkt – durch Maßnahmen der Prävention, die an die Stelle passiver aktiver Maßnahmen setzen und Anreize geben und Wege aufzeigen zur (Wieder-)Eingliederung in Arbeitsmarkt und Gesellschaft);
- (4) *„eine hohen Qualitätsansprüchen genügende und langfristig finanzierbare Gesundheitsversorgung (sichern)“* (u.a. um jedermann im Bedarfsfall einen einlösbaren Anspruch auf Gesundheitsfürsorge - Behandlung von Krankheiten, Pflege, Prävention und Rehabilitation u.a. - einzuräumen, andererseits aber auch Effektivität und Effizienz der einschlägigen Leistungssysteme dahingehend zu stärken, dass diese ihre Ziele mit den vorhandenen Mitteln erreichen können).

Resümiert man die vorstehend angezeigte Entwicklung, so mag man in der Tat der Europäischen Sozialpolitik an Defizit an demokratischer Legitimation attestieren, welches auch darin seinen Ausdruck findet, dass es bis auf weiteres an einer Europäischen Verfassung i.e.S. als selbst bestimmter „Grundrechte“ eines (wie auch immer konstituier-

ten) Europäischen Staatsvolkes fehlt und auf Weiteres fehlen wird. Hingegen gibt es ein immer ausdifferenziertes und umfangreicheres sowohl rechtliches wie politisches Mandat für eine Europäische Sozialpolitik, welches aus den Mitgliedstaaten stammt, zu dem aber das Europäische Parlament einen immer gewichtigeren Beitrag leistet.

Nach einer anderen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs – „Sodemare“ – verstößt es nicht gegen die genannten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, wenn ein Mitgliedstaat es allein privaten Wirtschaftsteilnehmern, die keinen Erwerbzweck verfolgen, erlaubt, sich an der Durchführung seines Sozialhilfesystems dadurch zu beteiligen, dass sie Verträge abschließen, die einen Anspruch auf Erstattung von Kosten für gesundheitsbezogene Leistungen der Sozialhilfe durch den zuständigen Träger vorsehen.⁷ Damit hat der Europäische Gerichtshof eine weitere, für die Freie Wohlfahrtspflege besonders bedeutsame Konsequenz aus dem Umstand gezogen, dass die solidarische Ausgestaltung der Sozialleistungssysteme aufgrund der damit verfolgten besonderen Zielsetzungen seiner Auffassung nach in gewissem Umfang die wirtschaftlichen Grundfreiheiten einzuschränken, ja zu verdrängen vermag.

Im Ausgangsverfahren hatten die Sodemare S.A., eine Kapitalgesellschaft luxemburgischen Rechts, und ihre beiden italienischen Tochterunternehmen, von denen eine Seniorenheime betreibt, dagegen geklagt, dass ihnen ein Eignungsnachweis nach dem einschlägigen Recht der Region Lombardei zum Betrieb von Seniorenheimen mit der Begründung versagt worden war, derartige Nachweise würden lediglich Betreibern von Alteneinrichtungen erteilt, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig seien. Der in Frage stehende Eignungsnachweis war Voraussetzung für den Abschluss einer Vereinbarung mit den örtlichen Sozial- und Gesundheitseinrichtungen, die ihrerseits dann zur Erstattung von Kosten für Leistungen im Bereich der regionalen Gesundheitsfürsorge berechtigt hätte.

Der Gerichtshof hat für Recht erkannt, dass „*beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts*“ ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen darf, dass ein solidarisch ausgestaltetes System der Sozialhilfe der fraglichen Art seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu ihm als Erbringer von Dienstleistungen lediglich private Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbzweck verfolgen. Der Umstand, dass gewinnorientierte Gesellschaften sich nicht automatisch an der Durchführung eines gesetzlichen Systems der *Sozialhilfe* eines Mitgliedstaates durch den Abschluss eines Vertrages beteiligen können, der einen Anspruch auf Erstattung der Kosten gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe durch die Behörden vorsieht, könne die Gesellschaft mit Erwerbzweck aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber entsprechenden Gesellschaften des Niederlassungsmitgliedstaates weder sachlich noch rechtlich benachteiligen; infolgedessen verstoße es nicht gegen die Vorschriften der Art. 43 und 48 EG, wenn ein Mitgliedstaat es allein privaten Wirtschaftsteilnehmern ohne Erwerbzweck erlaube, sich an einem derartigen Sozialleistungssystem zu beteiligen.

Die Entscheidung lässt somit in bestimmtem Umfang eine Differenzierung zu zwischen der Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch Träger der Freien Wohlfahrtspflege einerseits und konventionellen gewinnorientierten Betreibern andererseits. Allerdings sollte man diese Entscheidung nicht vorschnell als Freibrief dafür in Anspruch nehmen, dass die Privilegierung von Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege im Gesundheits- und Sozialwesen damit auf Dauer „gemeinschaftsfest“ ist. Immerhin hat sich nämlich der Generalanwalt, der in derartigen Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zur Vorbe-

⁷ EuGH, Urt. v. 4.6.1997, RS C-70/95 (Sodemare AG u.a.), in EuGHE 1997, I- ...

reitung von dessen Entscheidung gutachtliche Stellungnahmen – sog. Schlussanträge – abgibt, sich mit beachtlichen Gründen gegen die vom Gerichtshof vorgenommene Differenzierung ausgesprochen und einen Verstoß gegen die genannten Grundfreiheiten bejaht. Die Diskussion wird deshalb weitergehen.

Der Europäische Gerichtshof wird schon bald Gelegenheit haben wird, seine grundsätzliche Rechtsprechung zur Geltung der Grundfreiheiten auch auf dem Gesundheitsmarkt und im Gesundheitswesen bereichsspezifisch und für Einzelfragen weiter zu konkretisieren. Im übrigen gilt es, ähnlich wie im Falle des „Exports“ des Pflegegeldes, abzuwarten, was die Zukunft bringt. Zunächst gilt allerdings der Grundsatz „in dubio pro libertate“ auch für die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Erhebliche negative Auswirkungen auf die Qualität der gesundheitlichen Versorgung, die Versorgungsinfrastruktur und die gleichmäßige, auch flächendeckende Versorgung der Bevölkerung sowie auf das finanzielle Gleichgewicht der sozialen Sicherungssysteme mögen dann im Einzelfall Einschränkungen rechtfertigen (wobei dies in einer Reihe kleinerer Mitgliedstaaten eher der Fall sein dürfte als in der großen Bundesrepublik Deutschland).

7. Europäisches Wettbewerbsrecht und nationales Gesundheits- und Sozialwesen

Der systematische Aufbau der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages unterscheidet mit den *Mitgliedstaaten* andererseits und *Unternehmen* zwischen zwei unterschiedlichen Adressaten seiner Regelungen:

In einem ersten Abschnitt – „*Vorschriften für Unternehmen*“ überschrieben (Art. 81 – 86 EG) - sind Regelungen enthalten, welche Unternehmen betreffen und die insbesondere ein Verbot von wettbewerbsverschränkenden Absprachen sowie des Missbrauchs der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung enthalten.

Die Vorschriften des zweiten Abschnitts – „*Beihilfen*“ (Art. 87 – 89 EG) wenden sich an die Mitgliedstaaten, denen es grundsätzlich untersagt ist, den Wettbewerb verfälschende Beihilfen zu gewähren.

Die Vorschrift des Art. 86 EG fällt allerdings insofern aus dem Rahmen, als ihr erster Absatz Abs. 1 – sich an die Mitgliedstaaten richtet und ihnen auferlegt, auch im Hinblick auf öffentliche und mit besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen die Wettbewerbsregeln zu beachten.

Im übrigen ist zurecht darauf hingewiesen worden, dass die vorstehend skizzierte grundsätzliche Zweiteilung der kartellrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages insofern von der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften sei es der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs relativiert worden ist, als auch im Bereich der grundsätzlich an die Unternehmen adressierten Verbotsvorschriften über Kartellabsprachen und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung Verpflichtungen der Mitgliedstaaten anerkannt worden sind.⁸

Diese resultieren letztlich aus der den gesamten Wettbewerbsvorschriften vorliegenden grundsätzlichen Pflicht der Mitgliedstaaten, zur Schaffung und Erhaltung eines von Wettbewerbsverfälschungen freien Binnenmarktes beizutragen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG).

Der in Abschnitt 1 (Art. 81 – 86 EG) verwandte Unternehmensbegriff ist „*Europäischer*“ Natur, d.h. seine Bestimmung hat vor dem Hintergrund der Zielsetzung des EG-Vertrages zu erfolgen. Dem gemäß liegt dem Gemeinschaftsrecht – welches den Begriff des ‚Unternehmens‘ im übrigen nicht definiert – ein *funktionaler* Unternehmensbegriff zugrunde, der sich an Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften sowie dem übergreifenden Ziel orientiert, ein System unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu gewährleisten. Dem gemäß ist „*Unternehmen*“ *jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung*. Dieser Unternehmensbegriff erfasst natürliche und juristische Personen sowie auch sonstige nicht-rechtsfähige Personenvereinbarungen, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. „*Wirtschaftliche Tätigkeit*“ im vorstehend bezeichneten Sinne ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten. Der Begriff ist weit und umfassend zu verstehen und schließt wirtschaftliche Tätigkeiten jeglicher Art ein.⁹ Auf eine Absicht der Gewinnerzielung kommt es nicht an. Auch der *Staat* ist „*Unternehmen*“ im vorstehend bezeichneten Sinne, soweit er entsprechend *unternehmerisch* tätig wird. Allein *hoheitliches Handeln* des Staates oder seiner Untergliederungen entbehrt des Charakteristikums der Wirtschaftlichkeit im Sinne des Europä-

⁸ Vgl. dazu *Schwarze, J.*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2000, S. 613 ff.

⁹ Vgl. EuGH, RS T-66/92 (Herlitz ./, Kommission), Slg. 1994, II-531ff., 534, Rdnr. 32

ischen Wettbewerbsrechts mit der Folge, dass ein entsprechendes Handeln nicht unter die Art. 81 f. EG fällt.

Für die Abgrenzung des hoheitlichen Handelns des Staates von einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates, die unter den Unternehmensbegriff fällt ist allein die Art der Betätigung maßgebend. Die Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs zu einzelnen Fällen enthalten (noch) keine eindeutigen Kriterien für diese Abgrenzung.

Immerhin enthält die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs aber Anhaltspunkte, die konkret genug sind, um im Einzelfall eine Zuordnung eines bestimmten staatlichen Handelns zu den Polen „*hoheitliches Handeln*“ und „*wirtschaftliche Betätigung*“ zuzulassen.

Folgende Anhaltspunkte lassen sich (mit aller gebotenen Vorsicht gegenüber einer Verallgemeinerung) aus der Judikatur gewinnen:

(i) Wird der Staat in privatrechtlicher Handlungsform tätig, so unterliegt er grundsätzlich den für Unternehmen geltenden Wettbewerbsvorschriften.

(ii) Auf der anderen Seite schließt nicht bereits die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Handlungsform die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln aus.

(iii) Entscheidend ist vielmehr die *materielle* Einordnung als genuin hoheitliches oder wirtschaftliches Handeln. Nicht wirtschaftlich sind insbesondere solche Tätigkeiten, die einen engen sachlichen Bezug zur Ausübung hoheitlicher Gewalt aufweisen. Dabei mag der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten *typischerweise hoheitlicher Natur* ist, d.h. herkömmlicher Weise dem Staat zugeordnet wird, ein Indiz für den nichtwirtschaftlichen Charakter der betreffenden Tätigkeit sein. Für einen wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit wiederum spricht eine synalagmatische Beziehung, d.h. ein unmittelbarer Austausch von Leistung und Gegenleistung. Entsprechendes gilt für das Bestehen eines – aktuellen oder potentiellen – *Wettbewerbsverhältnisses* zu privaten Unternehmen: Bietet der Staat bzw. ein öffentliches Unternehmen eine Leistung auf dem Markt an, die in derselben Weise auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern angeboten wird bzw. angeboten werden könnte, so liegt es nahe, ein wirtschaftliches Verhalten zu bejahen. Offen ist die Frage, inwiefern die Qualifizierung einer derartigen staatlichen Tätigkeit als von *allgemeinem wirtschaftlichem Interesse liegend* – gleichsam die Qualifizierung als *zur Daseinsvorsorge gehörig* – im Sinne des Art. 16 EG eine andere Beurteilung gebietet. Diese Vorschrift entbehrt bisher der hinreichenden Konkretisierung und steht im Mittelpunkt entsprechender Aktivitäten der Europäischen Kommission. Der Europäische Gerichtshof hat bisher noch keine Gelegenheit gehabt, sich mit dieser Vorschrift zu befassen.

8. Freie Wohlfahrtspflege und Europäische Sozialpolitik - Herausforderungen und Chancen

Europa wächst zusammen. Für die Gesundheitspolitik ist jüngst zurecht darauf hingewiesen worden, dass sich dieser Prozess in einer Schwebelage befindet, in der Einschätzungen und Entscheidungen zu den Perspektiven gefragt seien, müsse bei der Integration doch nicht nur der wirtschaftliche, sondern auch der soziale Fortschritt in Verbindung mit dem Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus gefördert werden. Dabei darf die Steuerung dieses Prozesses nicht, wie es in der Vergangenheit in hohem Maße der Fall war, den Marktkräften überlassen bleiben. Ein unkoordiniert konkurrierendes Nebeneinander nationaler und Europäischer Sozialpolitik darf es nicht geben, vielmehr sind Ziele und Inhalte dessen, was in Deutschland als „Gesellschaftsvertrag der sozialen Marktwirtschaft“ bezeichnet worden ist (*Sendler*), auf Europäischer Ebene zeitgerecht zu erneuern. Dabei gilt es beispielsweise auch, das gerade hierzulande viel bemühte Subsidiaritätsprinzip nicht als Bollwerk gegen Entwicklungen „aus Brüssel“ miss zu verstehen, sondern es gleichfalls den Europäischen Rahmenbedingungen sachgerecht anzupassen. Ein Weg, auf dem dies gegenwärtig geschieht, ist derjenige des Sozialen Dialogs der Sozialpartner, dem im übrigen ein Ziviler Dialog an die Seite gestellt werden muss, bei dem alle diejenigen sozialpolitischen Akteure gehört werden, die auf nationaler Ebene neben den Sozialpartnern, d.h. den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen die Sozialpolitik mitgestalten. Das bereits erwähnte Forum Europäische Sozialpolitik, das mittlerweile zweimal in Brüssel stattgefunden hat, um die Europäischen Institutionen und die Nicht-Regierungsorganisationen des sozialen Sektors zusammenzuführen, weist in diese Richtung. Aus diesem Grunde erhält „Europa“ zunehmende Bedeutung auch für die deutsche Freie Wohlfahrtspflege.

Impressum

Die vorliegende Publikation erscheint in der **Reihe der vom Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa veröffentlichten Arbeitspapiere**. Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 11018 Berlin, fördert das Observatorium als Projekt. Träger sind der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Institut für Sozialarbeit und Sozialpolitik e.V..

Diese Veröffentlichung wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung verwendet. Sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht für den Verkauf bestimmt. Die Publikation gibt nicht ohne weiteres die Auffassung der Bundesregierung wieder. Die Verantwortung für den Inhalt obliegt dem Herausgeber bzw. der/dem jeweiligen Autor/-in.

Die Arbeitspapierreihe umfasst (Stand: Dezember 2001) die folgenden **Titel**:

- Nr. 1 Rudolph Bauer: Gegenstandsdefinition. Dezember 2001
- Nr. 2 Rudolph Bauer: Qualitätsdiskussion. Dezember 2001
- Nr. 3 Rudolph Bauer: Soziale Dienste und spezifische Zielgruppen, insbesondere Migrant/inn/en. Dezember 2001
- Nr. 4 Thomas Bahle/Astrid Pfenning: Angebotsformen und Trägerstrukturen sozialer Dienste im westeuropäischen Vergleich. Dezember 2001
- Nr. 5 Rudolph Bauer: Klientenrechte und Nutzerstrukturen sozialer Dienste. Dezember 2001
- Nr. 6 Bernd Schulte: Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit sozialer Dienste und Einrichtungen in kommunaler und freigeinnütziger Trägerschaft. Dezember 2001
- Nr. 7 Chris Lange: Soziale Ausgrenzung und neue soziale Risiken in einer sich wandelnden Gesellschaft – Die Zukunft der sozialen Dienste in Europa. Dezember 2001

Das Arbeitspapier Nr. 6, „Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit sozialer Dienste und Einrichtungen in kommunaler und freigeinnütziger Trägerschaft“, stellt eine gekürzte Fassung der gleichnamigen, Mitte 2001 vorgelegten Expertise des Autors dar.

Gestaltung des Deckblatts:

UVA Kommunikation und Medien GmbH
14482 Potsdam

Herausgeber und Bezugsadresse:

Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik e.V.
Beobachtungsstelle für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa
Am Stockborn 5-7
D – 60439 Frankfurt am Main
Tel.: +49/(0)69/95789-0
Fax: +49/(0)69/95789-190
E-Mail: beatrix.holzer@iss-ffm.de bzw. mathias.maucher@iss-ffm.de
URL: www.iss-ffm.de

ISSN:

1619-1315

Homepage des Observatoriums:

<http://www.soziale-dienste-in-europa.de>