

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers .....	V
Vorwort des Autors .....	VI
<i>§ 1 Einführung</i>	
<i>§ 2 Ausnahme von den Wettbewerbsregeln für den Bereich der sozialen Sicherheit?</i>	7
A. Mitgliedsstaatliche Kompetenz für den Bereich der sozialen Sicherheit als Begründungsansatz für eine Bereichsausnahme? .....	7
B. Übertragung der ungeschriebenen Bereichsausnahme für das Tarifrecht auf den Bereich der sozialen Sicherheit? .....	9
I. Die Begründung der Ausnahme für das Tarifrecht und ihre dogmatische Einordnung .....	9
II. Übertragung der Argumentation des EuGH auf den Bereich der sozialen Sicherheit .....	11
1. Vergleichbarkeit von Zielen, Aufgaben und Kompetenzen der Gemeinschaft .....	11
2. Vergleichbare Gefährdung der sozialpolitischen Ziele .....	12
3. Zwischenergebnis .....	14
C. Keine Bereichsausnahme für die soziale Sicherheit .....	15
<i>§ 3 Sozialversicherungsträger als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts</i>	
A. Der Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt .....	17
I. Funktionaler Unternehmensbegriff statt institutioneller Ansatz .....	17
1. Weite Auslegung des Unternehmensbegriffs .....	18
2. Autonom gemeinschaftsrechtlicher Begriff .....	20
3. Sinn und Zweck der Wettbewerbsregeln .....	21
4. Keine alternative Verwendung beider Begriffe .....	23
5. Zwischenergebnis .....	24
II. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung .....	25
B. Die »wirtschaftliche Tätigkeit« als Tatbestandsvoraussetzung des funktionalen Unternehmensbegriffs .....	25
I. Die wirtschaftliche Tätigkeit in der Rechtsprechung des EuGH .....	26
1. Die allgemeine Definition des EuGH (sog. <i>abstract test</i> ) .....	26
2. Der sozialversicherungsspezifische Ansatz des EuGH (sog. <i>concrete test</i> ) .....	27
3. Einordnung der Rechtsprechung .....	28
II. Überprüfung des sozialversicherungsspezifischen Ansatzes des EuGH .....	29
1. Tauglichkeit der einzelnen Abgrenzungskriterien .....	29
a) Die Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität .....	29
aa) Die berücksichtigten Kriterien .....	30
bb) Kein Widerspruch zwischen »wirtschaftlichen« und »sozialen« Tätigkeiten .....	32
(1) Sinn und Zweck des Merkmals »wirtschaftliche Tätigkeit« .....	32
(2) Widerspruch zwischen den Definitionen der Rechtsprechung .....	33
(3) Die tatsächliche Einordnung des »sozialen Zwecks« .....	34
cc) Unabhängigkeit von der Art der Finanzierung .....	35
(1) Widersprüchlichkeit der EuGH-Rechtsprechung .....	35
(2) Unabhängigkeit des Unternehmensbegriffs von der Art der Finanzierung .....	36
(3) Zwischenergebnis .....	38

dd) Berücksichtigung subjektiver Zielvorstellungen .....	38
ee) Zwischenergebnis.....	41
b) Der tatsächlich herrschende Systemwettbewerb.....	41
aa) Die berücksichtigten Merkmale.....	41
bb) Rechtsunsicherheit aufgrund ungeklärter Gewichtung.....	43
cc) Pflichtmitgliedschaft bei einem Sozialversicherungsträger.....	45
dd) Staatliche Festlegung von Wettbewerbsfaktoren .....	49
(1) Staatliche Festlegung von Leistungsumfang <i>oder</i> Beitragshöhe.....	49
(2) Staatliche Festlegung von Leistungsumfang <i>und</i> Beitragshöhe.....	50
(3) Kein Schutz des verbliebenen sog. <i>Restwettbewerbs</i> .....	50
ee) Risikostrukturausgleich allenfalls als Indiz für die Wirtschaftlichkeit.....	53
(1) Strukturunabhängiger Überschuss- und Verlustausgleich .....	53
(2) Risikostrukturausgleich.....	53
ff) Konsequenzen der Berücksichtigung des »Systemwettbewerbs«.....	55
(1) Bruch in der unternehmerischen Verhaltenszurechnung .....	55
(2) Kein Schutz des potenziellen Wettbewerbs.....	57
gg) Zwischenergebnis.....	59
2. Kritik am EuGH-Ansatz hinsichtlich seiner Konsequenzen .....	60
a) Aufgabe des funktionalen Unternehmensbegriffs .....	60
b) Missachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts.....	60
c) Auswirkungen auf das Beihilfenrecht .....	61
d) Kritik an der sog. <i>Tatbestandslösung</i> der Rechtsprechung .....	63
aa) Falsche Verortung des Problems .....	63
(1) Zweck und Rechtsnatur von Art. 86 Abs. 2 EG.....	64
(2) Sozialversicherungstätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....	65
(3) Berücksichtigungsfähigkeit der Rechtsprechungskriterien in Art. 86 Abs. 2 EG.....	69
(4) Zwischenergebnis.....	70
bb) Bessere Abstufung des Argumentationsdrucks?.....	70
3. Zwischenergebnis .....	72
III. Entwicklung eines alternativen Ansatzes zur Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten .....	72
1. Vorgaben durch den funktionalen Unternehmensbegriff .....	72
2. Der sog. <i>abstract test</i> als Ausgangspunkt.....	73
3. Notwendige Erweiterung der Definition .....	73
a) Marktbezogene Erweiterung .....	73
b) Abstrakte Beurteilung von Tätigkeiten.....	74
c) Vorteil der marktbezogenen Erweiterung.....	75
4. Art. 39 Abs. 4, Art. 45 Abs. 1 und Art. 55 EG als generelles Abgrenzungskriterium?.....	76
a) Ausgangsthesen bei der Argumentation mit den Ausnahmen der Art. 39 Abs. 4, Art. 45 Abs. 1 und Art. 55 EG.....	76
b) Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung und Ausübung öffentlicher Gewalt als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten.....	77
c) Unmöglichkeit eines absoluten Umkehrschlusses von den Bereichsausnahmen... ..	80
d) Positive Abgrenzung hoheitlichen Handelns unnötig.....	82
e) Zwischenergebnis.....	83
5. Missachtung der mitgliedsstaatlichen Kompetenz zur Ausgestaltung der Sozialsysteme?.....	84
a) Kompetenz der Mitgliedsstaaten zur Ausgestaltung der Sozialsysteme.....	84

b) Wettbewerbsregeln als gemeinschaftlicher Besitzstand .....	85
c) Zwischenergebnis .....	87
6. Der alternative Ansatz im Sozialversicherungsbereich .....	87
IV. Zusätzliche Einbeziehung der Nachfragetätigkeit .....	88
1. Problembeschreibung hinsichtlich der Nachfrageseite .....	88
2. Mögliche Tätigkeitskonstellationen und gesicherter Forschungsstand .....	89
a) Wettbewerbsbeschränkungen auf der Nachfrageseite.....	89
b) Die Relativität des Unternehmensbegriffs.....	91
c) Abgrenzung zur Gesamtbetrachtung im Gegenleistungsverhältnis.....	92
d) Die Urteile des Gerichtshofs und des EuG in der Rechtssache <i>FENIN</i> .....	93
3. Isolierte Betrachtung der Nachfragetätigkeit.....	94
a) Wettbewerbspolitische Notwendigkeit der Einbeziehung .....	95
aa) Nur geringe Gefährdung des unverfälschten Wettbewerbs? .....	95
bb) Umkehrung der wettbewerblichen Funktion?.....	98
cc) Zwischenergebnis .....	99
b) Abgrenzung zum EG-Vergaberecht nötig? .....	99
aa) Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum primärrechtlichen Vergaberegime...	100
bb) Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum harmonisierten nationalen Vergaberecht .....	100
cc) Die Situation der Sozialversicherungsträger.....	103
dd) Abschließende Stellungnahme .....	103
c) Folgerungen aus der isolierten Betrachtung der Nachfrageseite .....	104
4. Vertikale Relativität oder Akzessorietät der Nachfragetätigkeit bei Sozial- versicherern.....	104
a) Generelle Lösungsansätze.....	104
aa) Vertikal-relative Betrachtung.....	104
bb) <i>Upstream-downstream</i> -Theorie .....	105
b) Problemlösung bei nachfragenden Sozialversicherungsträgern .....	105
aa) Faktische Unmöglichkeit vertikal-relativer Beurteilung? .....	106
bb) Unerheblichkeit von wirtschaftlichen Interessen aufgrund des sozialen Zwecks? .....	107
cc) Sozialversicherungsträger als Endverbraucher?.....	108
(1) Abgrenzung innerhalb des Vergleichspaares aus funktionaler Sicht.....	109
(2) Sozialversicherungsträger als direkter Abnehmer.....	110
(3) Kostenerstattungsprinzip .....	110
(4) Sachleistungsprinzip .....	111
(5) Zwischenergebnis.....	113
dd) Vergleich der Nachfrage von Sozialversicherern mit staatlicher Nachfrage...	114
c) Abschließende Stellungnahme.....	115
5. Übertragung der Ergebnisse auf die Definition von »wirtschaftlicher Tätigkeit«.....	115
V. Verhaltenszuordnung zur ausschlaggebenden Tätigkeit .....	116
1. Problembeschreibung am Beispiel der Festbetragsfestsetzung in Deutschland.....	116
2. Lösungsmöglichkeiten .....	117
a) Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als Tätigkeit .....	118
b) Zuordnung zu einer Haupttätigkeit.....	118
3. Festlegung der ausschlaggebenden Haupttätigkeit.....	119
4. Zwischenergebnis .....	121
VI. Auswirkungen des EuGH-Ansatzes auf benachbarte Märkte.....	121
1. Schutzlücken am Beispiel des Behinderungsmisbrauchs durch Quersub- ventionierung.....	122
2. Keine Anwendung der sog. <i>Transparenzrichtlinie</i> .....	123

3. Stellungnahme .....	125
C. Zusammengefasste Ergebnisse der Untersuchung der Unternehmenseigenschaft von Trägern sozialer Sicherungssysteme .....	126
§ 4 Auswirkungen der neuen Definition der »wirtschaftlichen Tätigkeiten« .....	127
A. Untersuchungsgegenstand .....	127
B. Abgrenzung zwischen unternehmerischer und staatlicher Verantwortlichkeit .....	128
I. Grundkonstellation .....	128
II. Sonderfall: Zurechnungszusammenhang bei korporativer Regulierung .....	129
1. Einordnung der Problematik .....	130
2. Voraussetzungen fehlender Zurechnung zu Unternehmen .....	131
III. Zwischenergebnis .....	132
C. Wettbewerbsrechtliche Vertragsverstöße durch Mitgliedsstaaten .....	133
I. Pflichten der Mitgliedsstaaten aus Art. 3 Abs. 1 lit. g, Art. 81 und 82 EG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG .....	134
1. Akzessorische Bindung nach der Rechtsprechung des EuGH .....	134
2. Konsequenzen für die mitgliedsstaatliche Ausgestaltung sozialer Sicherungssysteme .....	135
II. Pflichten der Mitgliedsstaaten aus Art. 86 Abs. 1 EG in Bezug auf die Gewährung von Sonderrechten .....	136
1. Gewährung von besonderen und ausschließlichen Rechten .....	137
a) Besondere und ausschließliche Rechte .....	137
aa) Grundlegende Charakterisierung .....	137
bb) Keine zusätzlichen Anforderungen .....	138
cc) Privilegierung aller Unternehmen am Markt als besonderes Recht? .....	139
b) Die Gewährung von Sonderrechten .....	141
2. Verstöße gegen Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 82 EG .....	143
a) Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 82 EG als selbstständiger Missbrauchstatbestand .....	143
aa) Missbrauch durch bloße Ausübung des Sonderrechts .....	144
bb) Schaffung einer Lage, die potenziell Wettbewerbsverstöße ermöglicht .....	144
cc) Aufsichtspflichten der Mitgliedsstaaten .....	146
b) Auswirkungen auf die mitgliedsstaatliche Ausgestaltungskompetenz im Bereich der sozialen Sicherheit .....	147
aa) Missbrauch durch Solidarausgleich zwischen den Versicherten .....	147
(1) Solidarausgleich in der Rechtsprechung des EuGH .....	147
(2) Formen des Solidarausgleichs .....	149
(3) Einschränkung der sozialpolitischen Kompetenz der Mitgliedsstaaten .....	150
bb) Qualitative und quantitative Leistungssicherungspflicht der Mitgliedsstaaten .....	150
cc) Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung auf benachbarte Märkte .....	151
3. Verstöße gegen Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 12 EG und den Grundfreiheiten .....	153
4. Zwischenergebnis .....	153
III. Allgemeine Pflichten der Mitgliedsstaaten aus Art. 86 Abs. 1 EG .....	153
1. Keine weiter gehenden Bindungen nach Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 82, 12 EG oder den Grundfreiheiten .....	154
2. Allgemeine Pflichten aus Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 81 EG .....	154
a) Problemstellung .....	154
b) Hoheitliche Markteingriffe .....	155
c) Übertragung der Befugnis zu korporativer Regulierung .....	156
3. Keine weiter gehenden Verpflichtungen .....	157

D. Zwischenergebnis.....	157
§ 5 <i>Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art. 86 Abs. 2 EG und Rückschlüsse auf die Konkretisierung des Unternehmensbegriffs</i> .....	159
A. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Sozialversicherungsunternehmen .....	159
I. Verbindung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit einer besonderen Aufgabe.....	159
II. Die besondere Aufgabe .....	159
III. Der Betrauungsakt zur Festlegung der besonderen Aufgabe .....	161
1. Formelle bzw. materielle Anforderungen .....	161
2. Zusätzliche inhaltliche Anforderungen an den Betrauungsakt?.....	163
IV. Die Situation bei Sozialversicherungsunternehmen.....	165
1. Betrauung und Aufgabenübertragung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts .....	165
2. Betrauung und Aufgabenübertragung durch die Gewährung von besonderen Rechten.....	166
3. Sonderfall: Korporative Regulierung durch Sozialversicherungsunternehmen.....	167
V. Zwischenergebnis.....	168
B. Voraussetzungen für die Freistellung von einzelnen Vertragsvorschriften .....	168
I. Verhinderung der Aufgabenerfüllung.....	169
1. Bedeutung des Verhinderungsmaßstabs.....	169
2. Wandel der Rechtsprechung des Gerichtshofs .....	169
3. Strenger Verhinderungsmaßstab .....	171
4. Stellungnahme.....	171
II. Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG.....	173
1. Verortung der sog. <i>Verhältnismäßigkeitsprüfung</i> .....	174
a) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG .....	174
b) Art. 86 Abs. 2 EG als einheitliche Norm.....	175
2. Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sozialversicherungsbereich.....	176
a) Sektorspezifisches Verhältnis der widerstreitenden Interessen .....	176
b) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs gegen das Interesse der Gemeinschaft.....	177
aa) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs .....	177
bb) Das Interesse der Gemeinschaft .....	179
(1) Ziele und Grundsätze des EG-Vertrages.....	180
(2) Der Einfluss von Art. 16 EG .....	181
(3) Allgemeines Sekundärrecht.....	184
(4) Konkretisierung durch die Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EG.....	185
c) Das Interesse der Gemeinschaft an einer unbeeinträchtigten Entwicklung des Handelsverkehrs im Sozialversicherungsbereich .....	186
(1) Das Ausmaß der Handelsbeeinträchtigung im Sozialversicherungsbereich .....	186
(2) Das Interesse der Gemeinschaft im Sozialversicherungsbereich .....	187
(a) Die primärrechtlichen Vorgaben .....	187
(b) Die sekundärrechtlichen Vorgaben bzw. Möglichkeiten .....	188
c) Das Interesse des Mitgliedsstaates an der Erfüllung der besonderen Aufgabe .....	189
3. Der gesamte Einfluss der Ausgestaltungskompetenz der Mitgliedsstaaten auf die Interessenabwägung .....	190
III. Zwischenergebnis und Übertragung der Ergebnisse auf sozialversicherungstypische Konstellationen.....	191
1. Aufbau der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 86 Abs. 2 EG .....	191

2. Übertragung der Ergebnisse auf sozialversicherungstypische Konstellationen.....	191
a) Unterlassene Leistungssicherungspflicht der Mitgliedsstaaten.....	191
b) Solidarausgleich zwischen den Versicherten .....	192
c) Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung auf benachbarte Märkte .....	194
d) Sonderfall: Unternehmerische Verstöße aufgrund korporativer Regulierung .....	195
C. Zwischenergebnis und Rückschlüsse auf die Konkretisierung des Unternehmensbegriffs.....	196
I. Berücksichtigung der mitgliedsstaatlichen Kompetenz im Bereich der sozialen Sicherheit im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG.....	196
II. Verstoß gegen das institutionelle Gleichgewicht aufgrund der sog. <i>Tatbestandslösung</i> des EuGH .....	197
<i>§ 6 Zusammenfassung und Resümee</i>	199
A. Zusammenfassung .....	199
B. Resümee .....	205
Abkürzungsverzeichnis.....	207
Literaturverzeichnis.....	211
Entscheidungsverzeichnis .....	231
Sachverzeichnis .....	237