

Arne von Boetticher

## Soziale Dienste und EU-Dienstleistungsrichtlinie

### 1 Einführung

#### 1.1 Die Lissabon-Strategie als Ausgangspunkt

Die Europäische Union (EU) hatte sich im Jahr 2000 im Zuge der sog. „Lissabon-Strategie“<sup>1</sup>, das Ziel gesetzt, bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu werden. Als wesentlicher Schritt zur Erreichung dieses Ziels wurde die weitere grenzüberschreitende Öffnung der Dienstleistungsmärkte ausgemacht. Zu diesem Zwecke legte die EU-Kommission im Februar 2004 den Entwurf einer EU-Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, die sog. Dienstleistungsrichtlinie (DLR) vor<sup>2</sup>. Durch diese sollen die Mitgliedstaaten angehalten werden, ihre Vorgaben bezüglich der Zulassung und Durchführung von Dienstleistungen horizontal, d. h. bezogen auf alle Wirtschaftsbereiche, auf das zwingend notwendige Maß zu beschränken. Doch was bedeutet das für die Erbringung sozialer Dienste in Deutschland? Ob und ggf. inwieweit diese überhaupt durch solch eine wirtschaftsrechtliche Maßnahme der EU betroffen sind, soll im folgenden Beitrag erläutert werden.

#### 1.2 Soziale Dienste im Sozialgesetzbuch

Eine rechtliche Definition des Begriffes der sozialen Dienste oder sozialer Dienstleistungen gibt es im Sozialrecht nicht. Laut § 1 Erstes Buch des Sozialgesetzbuches – Allgemeiner Teil (SGB I) ist oberster Grundsatz des gesamten Sozialgesetzbuches, zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen zu gestalten und dabei zu gewährleisten, dass die dafür erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Die sozialen Dienste und Einrichtungen stellen also die notwendige Infrastruktur dar, um soziale Rechte zu verwirklichen. Im Vordergrund stehen somit die Menschen mit ihren jeweiligen Bedarfslagen, welche durch die sozialen Rechte abgedeckt werden sollen.

Sozialleistungen werden gemäß § 11 SGB I in Form von Sach-, Dienst- und Geldleistungen erbracht. Während die Einteilung der Sozialleistungen in die Kategorie der Geldleistungen keine größeren Probleme verursacht, ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Sach- und Dienstleistungen. Vom Grundsatz ist auch hier die Unterscheidung einfach: während Sachleistungen durch die Bereitstellung von Gegenständen bestimmt sind, werden Dienstleistungen charakterisiert durch persönliche Hilfen, d. h. zwischenmenschliche Interaktion. In der Praxis sind jedoch nicht selten Mischformen vorzufinden, die sowohl einen Sach- als auch einen Dienstleistungsanteil enthalten, z. B. der Aufenthalt in Heimen zu therapeutischen Zwecken, der Zahnersatz oder

- 
- 1 So benannt nach dem Treffen des Europäischen Rates im März 2000 in Lissabon, auf der die Strategie beschlossen wurde.
  - 2 EU-Kommission KOM(2004) 2 endgültig. Nach dem damaligen EU-Kommissar für Wettbewerb wurde sie zunächst auch als „Bolkestein-Richtlinie“ bezeichnet.

die Heilmittelmittelebringung im Bereich der Krankenversicherung (SGB V): Bäder, Massagen und Krankengymnastik. Die Differenzierung zwischen Dienst- und Sachleistung ist allerdings weitgehend ohne praktische Auswirkung<sup>3</sup> und wird nur dann relevant, wenn die zu beachtenden rechtlichen Rahmenbedingungen sich unterscheiden, so z. B. bei der – in den letzten Jahren zunehmend diskutierten – Frage der Ausschreibungspflicht. Zur klaren rechtlichen Einordnung ist dann auf den Schwerpunkt der einzelnen Sozialleistung abzustellen.<sup>4</sup>

Die Bedeutung sozialer Dienste ist in den verschiedenen Büchern des Sozialgesetzbuches sehr unterschiedlich stark ausgeprägt. Im sechsten Buch des Sozialgesetzbuches – Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) und dessen Siebten Buch – Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) wird bei Eintritt dauerhafter Erwerbsunfähigkeit dem Beschäftigten bzw. dessen Hinterbliebenen der Ausfall des Erwerbseinkommens durch Geldleistungen ersetzt.<sup>5</sup> Im Vorfeld der dauerhaften alters-, krankheits- oder unfallbedingten Erwerbsunfähigkeit kommen jedoch soziale Dienste zum Tragen, die darauf ausgerichtet sind, die Erwerbsfähigkeit der Versicherten wegen bereits eingetretener oder drohender Behinderung (wieder-)herzustellen und zu sichern, die so genannten Leistungen zur Teilhabe oder auch Rehabilitationsleistungen. Diese Leistungen bewegen sich an der Schnittstelle der verschiedenen sozialen Risiken – Krankheit, Unfall, Erwerbsunfähigkeit, Arbeitslosigkeit –, so dass den verschiedenen Sozialversicherungsträgern insoweit Zuständigkeiten übertragen worden sind (§§ 6 und 6a SGB IX). Die Einzelheiten der sozialen Leistungen sind in einem eigenen Buch, dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) zusammengefasst. Die Leistungen der medizinischen Rehabilitation in Gestalt ärztlicher Behandlung, Arznei-, Hilfs- und Hilfsmittelversorgung sowie Therapien, dienen dabei dem Ziel, die Erwerbsfähigkeit des Leistungsberechtigten zu erhalten oder wiederherzustellen.<sup>6</sup> Sie werden dabei flankiert von sozialen Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, die vorrangig dazu dienen, die Erwerbsfähigkeit durch Vermittlung beruflicher Kompetenzen und von entsprechenden Arbeitsgelegenheiten in Erwerbstätigkeit umzusetzen.<sup>7</sup> Wie fließend die Grenzen zwischen den Leistungen der medizinischen Reha einerseits und denen der Teilhabe andererseits sind, wird daran deutlich, dass bei beiden unterstützend dieselben im Einzelfall erforderlichen medizinischen, psychologischen und pädagogischen Hilfen vorgesehen sind.<sup>8</sup>

Eine große Schnittmengen mit den Leistungen der medizinischen Reha weist auch der Leistungskatalog des Fünften Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) – auf, der ambulante oder stationäre (zahn-)ärztliche Versorgung, Arznei-, Heil- und Hilfsmittelversorgung sowie Versorgung in Rehabilitationseinrichtungen vorsieht.<sup>9</sup> Abgesehen vom Krankengeld stellen die genannten Dienstleistungen zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit das maßgebliche Leistungsspektrum des SGB V dar.

Auch im Dritten Buch des Sozialgesetzbuches – Arbeitsförderung (SGB III) und im Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches – Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) stehen Geld- und Dienstleistungen nebeneinander. Während in der öffentlichen Wahrnehmung das Arbeitslosengeld I des SGB III bzw. das Arbeitslosengeld II (sog. „Hartz IV“) dominieren, werden Dienstleis-

3 Kretschmer in: Kretschmer et al., Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch I – Allgemeiner Teil., 3. Aufl., 1996, § 11 Rn. 11.

4 Urteil des Bundessozialgerichts vom 28.06.2001, Az: B 3 KR 3/00 R, Rn. 19 ff.

5 Vgl. §§ 33 ff. SGB VI bzw. § 56 SGB VII.

6 Vgl. §§ 26 bis 31 SGB IX.

7 Vgl. §§ 32 SGB IX.

8 Vgl. §§ 26 Abs. 3 und 31 Abs. 2 SGB IX.

9 Vgl. §§ 72 ff., 107 ff., 124 ff., 126 ff., 129 ff. SGB V.

stungen im SGB II explizit als eine Leistungsart angesprochen (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB II) und exemplarisch die Information, Beratung und umfassende Unterstützung durch einen persönlichen Ansprechpartner genannt (§ 14 Satz 2 SGB II). Vorzufinden sind soziale Dienste vor allem bei den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit, die sich gemäß § 16 SGB II nach den entsprechenden Bestimmungen im SGB III richten. Hierbei geht es um die Förderung von Aktivität mit der Zielrichtung, die Hilfebedürftigkeit durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu beenden. Durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Bundestagsdrucksache [BT-Dr.] 16/10810) sind die Leistungen des SGB III zur Unterstützung von Beratung<sup>10</sup>, Vermittlung und Eingliederung<sup>11</sup> mit Wirkung zum 1.1.2009 völlig neu ausgestaltet worden. Dabei wurden auch die verschiedenen arbeitsmarktpolitischen Instrumente nunmehr als „Förderung der Teilnahme an Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung“ für Arbeitslose, von Arbeitslosigkeit Bedrohte und Ausbildungssuchende zusammenfasst<sup>12</sup> und somit die Bedeutung sozialer Dienste im SGB II und SGB III deutlich gestärkt.

Eine herausragende Bedeutung haben soziale Dienstleistungen schließlich in dem 1994 geschaffenen Elften Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) sowie in dem aus der Fürsorgetradition stammenden Achten Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe (SGB VIII) und im Zwölften Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe (SGB XII). Im SGB XII sind neben den materiellen Hilfen (Hilfe zum Lebensunterhalt<sup>13</sup>, Grundsicherung<sup>14</sup>) die so genannten Hilfen in besonderen Lebenslagen in den Kapiteln 5–9 des SGB XII durch soziale Dienstleistungen gekennzeichnet. So die Hilfe zur Gesundheit, die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen, die Hilfe zur Pflege, die Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten sowie Hilfen in anderen Lebenslagen. Im SGB XI sind neben monetären Hilfen an sozialen Diensten dort die verschiedenen Arten der Pflegeleistungen zu finden: die ambulanten, die teilstationäre und die vollstationären Pflege.<sup>15</sup> Der Leistungskatalog im Kinder- und Jugendhilferecht in seiner heutigen Ausgestaltung des SGB VIII ist ausschließlich durch Sozialleistungen gekennzeichnet. In dessen zweitem Kapitel werden mit der Jugendarbeit, der Förderung der Erziehung in der Familie, der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und den individuellen Hilfen umfangreiche Sozialleistungen benannt, die vermittels sozialer Dienste erbracht werden.<sup>16</sup>

## 2 Inwieweit beeinflusst das EU-Recht die sozialen Dienste in Deutschland?

Die heutige Europäische Union (EU) hatte sich 1957 in Rom als europäische Gemeinschaften<sup>17</sup> gegründet, um durch Verflechtung der nationalen Volkswirtschaften die Lebensbedingungen zu verbessern, nationalen Alleingänge vorzubeugen und damit letztlich Kriege zu verhindern. Die allein wirtschaftsbezogene Ausrichtung hat sich erst mit dem Fortschreiten der europäischen Inte-

10 Vgl. §§ 29 ff., 421q SGB III.

11 Vgl. §§ 35 ff SGB III.

12 § 46 SGB III. Vgl. *Theis* in: Münster, LPK-SGB II 2009: Anhang zu § 16 Anm. 1 ff.

13 Vgl. §§ 27–40 SGB XII.

14 Vgl. §§ 41–46 SGB XII.

15 Vgl. §§ 36, 41 ff. SGB XI.

16 Vgl. §§ 11–41 SGB VIII.

17 Bestehend aus der der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – später in Europäische Gemeinschaft umbenannt –, der Montanunion sowie Euratom.

gration durch die Verträge von Maastricht<sup>18</sup>, Amsterdam<sup>19</sup> und Nizza<sup>20</sup> zu einer politischen Union gewandelt. Den vorläufigen Abschluss der Integration bildet der Vertrag von Lissabon<sup>21</sup>, der zum 1.12.2009 in Kraft getreten ist. Neben der wirtschaftlichen Perspektive betont gerade der Vertrag von Lissabon nun auch deutlicher die sozialpolitischen Werte und Ziele der EU, wie die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung und Diskriminierungen und die Förderung sozialer Gerechtigkeit, des sozialen Schutzes, der Gleichstellung von Frauen und Männern, der Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.<sup>22</sup>

Grundsätzlich hat die EU nur dort die Befugnis, Rechtsakte mit verbindlicher Wirkung für die Mitgliedstaaten und ihre Bürger zu erlassen, wo ihr die Mitgliedstaaten bewusst die Kompetenz dazu übertragen haben. Ob und inwieweit eine Regelungskompetenz der EU für ein Sachgebiet besteht, hängt also davon ab, dass insoweit ein Konsens der Mitgliedstaaten besteht, dass dieses Sachgebiet besser einheitlich durch die EU geregelt werden sollte. Dementsprechend hat die EU in ihrer Tradition als Wirtschaftsgemeinschaft mit einem einheitlichen Binnenmarkt weitgehende Regelungsbefugnisse im Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht.

Demgegenüber sind die sozialpolitischen Kompetenzen der EU schwach ausgeprägt.<sup>23</sup> Vielmehr lässt das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und der sozialen Fürsorge unberührt.<sup>24</sup> Obwohl der AEU-Vertrag<sup>25</sup> Abschnitte zur „Sozialpolitik“, zur „allgemeinen und beruflichen Bildung und Jugend“ und über das „Gesundheitswesen“<sup>26</sup> enthält, ist darin die Rolle der EU als sozialpolitischer Akteur jeweils darauf beschränkt, die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf diesen sozialpolitischen Gebieten zu unterstützen und zu ergänzen<sup>27</sup>. Allerdings verschafft sich die EU auch auf diesen, den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Feldern der Sozialpolitik zunehmend Bedeutung, u. a. in Gestalt der sog. „Offenen Methode der Koordinierung“ (OMK). Die Mitgliedstaaten erstellen dabei anhand gemeinsam festgelegter sozialökonomischer Indikatoren regelmäßig Berichte über die Entwicklungen im Bereich der Beschäftigungs- und Sozialpolitik. Diese werden miteinander verglichen und – unter Anerkennung der Vielfalt der historisch gewachsenen Sozialschutzsysteme – die verschiedenen sozialpolitischen Effekte transparent gemacht und erfolgreiche Praktiken („best practise“) identifiziert.

18 Vertrag vom 07.02.1992, AbI. EG 1992 C 191/1.

19 Vertrag vom 02.10.1997, AbI. EG 1997 C 340/1.

20 Vertrag vom 27.2.2001, AbI. EG 2001 C 325/33.

21 Vertrag vom 13.12.2007, AbI. EU 2007 C 306/1. Der Text sowie ein Überblick über die maßgeblichen Änderungen findet sich unter [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_de.htm).

22 Art. 3 Abs. 3 Satz 4 EUV.

23 Das europäische koordinierende Sozialrecht, das die grenzüberschreitenden Abstimmung der sozialen Absicherung der Wanderarbeitnehmer gewährleistet, ist der am weitesten fortgeschrittenen Teil der EU-Sozialpolitik. Vgl. *Eichenhofer*, ArchWuPSA 2007, S. 7.

24 Art. 153 Abs. 4 EGV. So auch Urteil des EuGH vom 22.01.2002 - Rs. C-218/00 (Batistello/Inail) - EuGHE, 691, Rz. 31 m.w.N.

25 Durch den Vertrag von Lissabon ist der seit Maastricht bestehende „Vertrag über die Europäische Union“ (EUV, Vertrag vom 8.10.2008, AbI. EU 2008 C 115/13 ff. = BGBl. II 08, 1039) zum Grundlagenvertrag umgeformt worden, der die Ziele und Grundsätze und die Organe der EU beinhaltet. Der noch aus 1957 stammende „Vertrag über die Gründung der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft“ (EGV) ist gleichzeitig in den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV, AbI. EU 2008 C 115/47 ff.) überführt worden. Er regelt das operative Handeln der EU-Organe und die einzelnen Politikfelder im Einzelnen. Zusammen mit dem gleichnamigen Vertrag hat auch die europäische Gemeinschaft aufgehört zu existieren; sie ist vollständig in der Europäischen Union aufgegangen, weswegen künftig allein vom (europäischen) Unionsrecht zu sprechen sein wird.

26 Art. 151 ff., 165 f. und Art. 168 AEUV.

27 Art. 153 Abs. 1, 165 Abs. 1, 168 Abs. 7 AEUV. Allgemein auch in den Grundsätzen verankert in Art. 2 Abs. 5 AEUV.

Daraus erwachsen zwar keine verbindlichen Vorgaben aus Brüssel, jedoch ein faktischer Handlungs- und Anpassungsdruck.<sup>28</sup>

Gleichwohl sind die Mitgliedstaat frei in ihrer Entscheidung, wie sie ihre Sozialschutzsysteme ausgestalten, ob sie also soziale Dienste nur durch staatliche Stellen, nur durch private Dritte oder aber sich wechselseitig ergänzend durch beide erbringen lassen. Wenn bzw. je mehr ein Mitgliedstaat jedoch von sich aus in seinen Sozialleistungssystemen auf eine ausschließlich staatliche Erbringung sozialer Dienste verzichtet und stattdessen marktähnliche Austauschbeziehungen mit privaten Anbietern einführt, dann ist er zugleich verpflichtet, dabei die Anforderungen des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen.<sup>29</sup> D.h. mit der Einführung wettbewerbsähnlicher Strukturen im Bereich der sozialen Leistungserbringung stößt der nationale Gesetzgeber zugleich die Tür zum EU-Binnenmarkt auf. Da sich die Mitgliedstaaten für einen gemeinsamen Binnenmarkt mit einheitlichen Regeln entschieden haben, ist es nur konsequent, wenn die EU einen Fuß in eben diese Tür setzt.

### 3 Der gemeinsame Binnenmarkt

Ein wesentliches Ziel der europäischen Verträge ist die Schaffung eines Binnenmarktes, auf dem sich die Unionsbürger grenzüberschreitend wirtschaftlich betätigen können. Trotz des Fortbestandes der souveränen Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Rechtsordnungen sollen Anbieter ihre Arbeitskraft, Produkte oder Dienstleistungen ungehindert grenzüberschreitend auf dem europäischen Binnenmarkt anbieten und die Abnehmer und Verbraucher ihren Bedarf darüber ebenso unbeschränkt decken können. Das europäische Wirtschaftsrecht soll eben diese sog. Grundfreiheiten ermöglichen und absichern.

Die Dienstleistungsfreiheit<sup>30</sup> gewährleistet dabei das Recht, von einem Mitgliedstaat aus vorübergehend einzelne Dienstleistungstätigkeiten unbehindert in einem anderen Mitgliedstaat erbringen zu können<sup>31</sup>. Ebenso ist eine auf Dauer – oder jedenfalls ohne absehbare zeitliche Beschränkung – ausgeübte Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch die sog. Niederlassungsfreiheit geschützt.<sup>32</sup> Auch die Träger sozialer Dienste können sich auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit berufen, um ihre Leistungen grenzüberschreitend auf anderen „Sozialmärkten“ anzubieten; d. h. in anderen Mitgliedstaaten, die sich ebenfalls für ein wettbewerbliches System der Leistungserbringung entschieden haben. Zugleich sind die Unionsbürger grundsätzlich frei, ihren Bedarf an sozialen Dienstleistungen grenzüberschreitend zu decken (sog. passive Dienstleistungsfreiheit).

Um die Grundfreiheiten<sup>33</sup> zu sichern und eine Abschottung nationaler Märkte weitgehend zu verhindern, erlegt das Binnenmarktrecht den Mitgliedstaaten Beschränkungs- bzw. Diskriminierungsverbote gegenüber Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten und ihren wirtschaftlichen Aktivitäten auf. Beschränkungen der Grundfreiheiten sind daher nur insoweit zulässig, als diese

28 Nachdem die OMK zunächst auf die Bereiche der Beschäftigungspolitik, der Alterssicherung und der Gesundheitspolitik beschränkt war, wurde im Jahr 2007 das Thema Armut und Ausgrenzung von Kindern in den Prozess der OMK einbezogen.

29 Urteil des EuGH vom 12.07.2001 – Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) – EuGHE 2001, I-5473, Rz. 54.

30 Art. 56 AEUV.

31 Hakenberg in: Lenz, EG-Vertrag - Kommentar, 4. Aufl. 2006, Vorbem. Art. 49 - 55 Rz. 2.

32 Art. 49 AEUV.

33 Art. 3 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 26 Abs. 2 AEUV.

aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses notwendig sind. Anerkannt sind sozial- oder ordnungspolitische Gründe etwa zur Sicherstellung der Finanzierung der Sozialsysteme,<sup>34</sup> sofern die getroffenen Maßnahmen geeignet sind, den angestrebten Zweck zu erreichen, und dabei nicht über das zur Zweckerreichung Erforderliche hinausgehen.<sup>35</sup>

## 4 Die Dienstleistungsrichtlinie

Zur Stärkung des Binnenmarktes wird seitens der Europäischen Union derzeit ein besonderes Augenmerk auf die Dienstleistungsfreiheit gelegt. Der Dienstleistungssektor trägt einerseits in vielen Mitgliedstaaten einen Großteil zum Bruttoinlandsprodukt und zur Beschäftigung bei, andererseits hindern jedoch komplexe und langwierige Verwaltungsverfahren und -formalitäten und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit gerade kleine und mittlere Unternehmen an der grenzüberschreitenden Erbringung ihrer Dienste.<sup>36</sup>

### 4.1 Entstehungsgeschichte

Um diese Hindernis zu beseitigen, legte die EU-Kommission im Februar 2004 den Entwurf einer EU-Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, die sog. Dienstleistungsrichtlinie (DLR) vor<sup>37</sup>. Während der mehrjährigen Beratungszeit wurde insbesondere um die Auswirkungen auf Qualitätsstandards, um Sozialdumping und die Gefahr eines „race-to-the-bottom“ (d. h. „Wettlaufs nach unten“)-Wettbewerbs gestritten. Nach einer Intervention des Europäischen Parlament<sup>38</sup> ist am 28.12.2006 hat der Europäische Rat der Regierungschefs eine deutlich modifizierte Fassung der Richtlinie verabschiedet<sup>39</sup>. In dieser ist u. a. das Herkunftslandsprinzip, demzufolge Dienstleistungserbringer nur die Zulassungsvoraussetzungen ihres Herkunftslandes hätten erfüllen müssen, um EU-weit tätig werden zu können<sup>40</sup>, ersetzt worden durch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Dienstleistungserbringer weder direkt noch indirekt aufgrund deren Staatsangehörigkeit zu diskriminieren<sup>41</sup> – ein Verbot, das bereits das bestehende Binnenmarktrecht prägt.<sup>42</sup> Dadurch bleiben die Mitgliedsstaaten nach wie vor in der Lage, Mindestvoraussetzungen und Standards einheitlich bezüglich aller auf ihrem Hoheitsgebiet erbrachten Dienstleistungen festzulegen.<sup>43</sup>

Ein Schwerpunkt der Richtlinie, die bei Gewährleistung einer hohen Qualität die Wahrnehmung der Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit erleichtern will, ist die Verwaltungsvereinfachung.

34 Urteil des EuGH vom 28.04.1998 - Rs. C-158/96 (Kohll) - EuGHE 1998, 1931, Rz. 41 und 45; EuGH 28.04.1998 - Rs. C-120/95 (Decker) - EuGHE 1998, 1831, Rz. 25.

35 Urteil des EuGH vom 06.12.2007 - Rs. C-456/05 (Kommission/BRD) EuGHE 2007, 10517, Rz. 49 m.w.N.

36 Erwägungsgrund 2 und 3 der Richtlinie 2006/123/EG, ABl. EG L 376, S. 36.

37 EU-Kommission KOM(2004) 2.

38 Stellungnahme vom 15.11.2006 ;DokumentNr.P6\_TA-PROV(2006)0490,abzurufenunter :<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=DE&reference=P6-TA-2006-0490>.

39 Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006, ABl. EG L 376/ 36 ff.

40 Zu den Unvereinbarkeiten dieses Prinzips mit der einzelstaatlichen Ausgestaltung der sozialen und der gesundheitlichen Dienstleistungen und mit dem national gesteuerten Wettbewerb der Leistungserbringer vgl. Englaender 2005: EU-Dienstleistungsrichtlinie, Analyse möglicher Auswirkungen des Kommissionsvorschlag insbesondere auf Gesundheits- und Sozialdienstleistungen; ein Bericht des ISS e.V./ FfaM.

41 Art. 20 DLR.

42 Zweifel ob der tatsächlichen Aufgabe des Herkunftslandsprinzips äußert Rixen, ZESAR 2010, S. 5, 6 m.w.N.

43 Zur Entstehungsgeschichte vgl. Streinz/Leible in: Schlachter/Ohler (Hrsg), Die europäische Dienstleistungsrichtlinie, Rn. 30 ff., 2008.

chung. Es wird nicht eine Harmonisierung der Voraussetzungen für Dienstleistungstätigkeiten angestrebt, sondern schwerfällige Genehmigungsregelungen, -verfahren und -formalitäten sollen beseitigt werden. Hinsichtlich beider Binnenmarktfreiheiten werden die Mitgliedstaaten durch die Dienstleistungsrichtlinie verpflichtet:

- keine überzogenen Formerfordernisse für die Vorlage von Unterlagen aufzustellen,
- einheitliche Ansprechpartner einzurichten, über die Dienstleistungserbringer sämtliche für die Aufnahme ihrer Tätigkeit erforderlichen Genehmigungen einholen und Formalitäten erledigen können (sog. „one-stop-shop“) und
- sämtliche relevanten Informationen in einfacher Sprache sowohl über die einheitlichen Ansprechpartner als auch auf elektronisch abrufbarem Wege verfügbar zu machen und sicherzustellen, dass sämtliche Verfahren und Formalitäten auch elektronisch aus der Ferne abgewickelt werden können.<sup>44</sup>

Speziell bezüglich der Niederlassungsfreiheit wendet sich die Richtlinie insbesondere gegen die willkürliche Ausübung von Befugnissen durch die zuständigen Behörden, Mehrfachanforderungen, die Befristung von erteilten Genehmigungen – es sei denn die Zahl der verfügbaren Genehmigungen ist zwingend begrenzt –, unverhältnismäßige Gebühren und Sanktionen oder vage oder überlange Fristen bis zur Antworterteilung, die Verzögerungen, Kosten und schlicht abschreckende Wirkungen zur Folge hätten<sup>45</sup>.

Dementsprechend werden nationale Genehmigungsverfahren als Beschränkungen der Binnenmarktfreiheit definiert, so dass die jeweiligen Regelungen nur noch zulässig sind, wenn

- a) sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt,
- b) mildere Mittel – insbesondere nachträgliche Kontrollen – nicht ebenso effektiv und
- c) die Genehmigungsregelungen nicht diskriminierend sind, d. h. sie unterschiedslos für die Angehörigen des jeweiligen Staates wie für alle anderen Unionsbürger gelten.<sup>46</sup>

Darüber hinaus macht die Richtlinie auch dezidierte Vorgaben, welche inhaltlichen Anforderungen an eine Niederlassung absolut unzulässig sind und welche – vergleichbar dem o.g. Schema – zulässig, aber rechtfertigungsbedürftig sind. Unzulässig sind gemäß Art. 14 DLR u. a. Anforderungen, die an die Staatsbürgerschaft des Dienstleistungserbringers anknüpfen, eine Residenzpflicht der beteiligten Personen in dem jeweiligen Mitgliedstaat fordern, die Wahlfreiheit bezüglich des Ortes der Niederlassung beschränken sowie die direkte oder indirekte Beteiligung von konkurrierenden Marktteilnehmern an der Genehmigungserteilung oder dem Erlass anderer Entscheidungen der Behörde vorsehen.

Zulässig, aber rechtfertigungsbedürftig sind demgemäß u. a. Anforderungen wie die Wahl bestimmter Rechtsformen, die Beachtung festgesetzter Mindest- oder Höchstpreise und die Verpflichtung des Dienstleistungserbringers, neben seiner Tätigkeit bestimmte andere Dienstleistungen zu erbringen. Ebenfalls zu prüfen ist die Anforderung, die die Aufnahme der betreffenden Dienstleis-

44 Art. 5 – 8 DRL.

45 Art. 10 – 13 DRL.

46 Art. 9 Abs. 1 DLR.

tungstätigkeit aufgrund ihrer Besonderheit bestimmten Dienstleistungserbringern vorbehält<sup>47</sup>; dies würde im Bereich des Sozialgesetzbuches z. B. solche Dienstleistungen betreffen, die den „freien Trägern“ – d. h. privat-gemeinnützigen Trägern – vorbehalten werden. Die zu prüfenden Anforderungen dürfen beibehalten werden, sofern sie nicht-diskriminierend, erforderlich, um eine zwingenden Grund des Allgemeininteresses umzusetzen sowie verhältnismäßig sind.<sup>48</sup>

Die Mitgliedstaaten müssen ihre nationalen Regelungen nicht nur entsprechend überprüfen, sondern der Kommission bis zum 28.12.2009 auch einen Bericht vorlegen, in welchem sämtliche beibehaltenen Genehmigungsverfahren und inhaltlichen Anforderungen aufgeführt und begründet werden müssen<sup>49</sup>. Die nationalen Berichte unterliegen allerdings nicht einer Genehmigungspflicht durch die Kommission, sondern sollen der gegenseitigen Evaluierung dienen<sup>50</sup>.

Bezogen auf die Dienstleistungsfreiheit, also der grenzüberschreitenden Leistungserbringung ohne feste Niederlassung darf die Ausübung einer Tätigkeit u. a. nicht von einer vorherigen Genehmigung, einem besonderen Ausweis für die Tätigkeit oder von der Einrichtung einer bestimmten Infrastruktur abhängig gemacht werden. Einschränkungen diesbezüglich dürfen nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der öffentlichen Gesundheit oder zum Schutz der Umwelt gemacht werden; es gelten wiederum die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung, der Erforderlichkeit sowie der Verhältnismäßigkeit.<sup>51</sup>

Um gleichwohl eine wirksame Kontrolle der Dienstleistungserbringer und ihrer Tätigkeiten zu gewährleisten, werden die Mitgliedstaaten zur Verwaltungszusammenarbeit verpflichtet.<sup>52</sup> Dabei sollen nationale Verbindungsstellen im Wege der Amtshilfe sicherstellen, dass bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung tatsächlich auch eine Kontrolle der in sämtlichen betroffenen Mitgliedstaaten einzuhaltenden Vorschriften stattfindet.

#### 4.2 Ausnahme sozialer Dienste vom Anwendungsbereich?

Gegenstand der Streitigkeiten vor Erlass der Richtlinie war auch die Frage, ob die Dienstleistungsrichtlinie tatsächlich sämtliche Wirtschaftszweige erfassen sollte bzw. welche insoweit von deren Anwendungsbereich ausgenommen werden sollten. Hierbei prallten gegensätzliche Interessen aufeinander: Die EU hatte den Anspruch, dass die deregulierende Wirkung der Richtlinie gleichermaßen alle Branchen erfasst, um im Hinblick auf die Lissabonstrategie einen möglichst großen Wachstumseffekt bei den grenzüberschreitenden Dienstleistungen zu erzielen. Demgegenüber hatten die Mitgliedstaaten das Interesse, jeweils solche Dienstleistungsbereiche aus dem Anwendungsbereich auszuklammern, die aufgrund unterschiedlicher Motive als zu sensibel eingestuft wurden, um sie dieser Markttöffnungsoffensive auszusetzen – und damit zugleich die exklusive nationale Regelungshoheit aufzugeben. Als Ergebnis dieser Debatte sind in Artikel 2 Abs. 2 der DLR eine Reihe von Dienstleistungen vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen. So soll sie u. a. gemäß Artikel 2 Abs. 2 j) DLR nicht „soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen erfassen, die vom Staat selbst, durch von ihm be-

47 Art. 15 Abs. 2d) DLR.

48 Art. 15 Abs. 3 DLR.

49 Art. 9 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 5 DLR.

50 Art. 39 DLR.

51 Art. 16 DLR.

52 Art. 28 ff. DLR.

auftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden“. Darüber hinaus sind gemäß Art. 2 Abs. 2 f) DLR sämtliche Gesundheitsleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, „unabhängig davon, ob sie durch Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erbracht werden und unabhängig davon, wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert sind, und ob es sich um öffentliche und private Dienstleistungen handelt“. Darunter sollen Gesundheits- und pharmazeutische Dienstleistungen fallen, „die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen“.<sup>53</sup> Demgegenüber sind die Ausnahmen für soziale Dienstleistungen zum einen inhaltlich auf konkret benannte Tätigkeiten bzw. Tätigkeitsfelder beschränkt und nicht pauschal ausgenommen. Des weiteren knüpft die Ausnahme formal nicht an eine bestimmte Berufgruppe an, sondern an die Relation des Erbringlers der Leistungen zum Staat.

#### 4.2.1 Inhaltliche Reichweite der Ausnahmen

Ein Anhaltspunkt dafür, worauf die Ausnahmen inhaltlich abzielen, liefert der 27. Erwägungsgrund – einer Art Präambel zum eigentlichen Richtlinientext –, wonach von der DLR keine sozialen Dienstleistungen aus den Bereichen Wohnung, Kinderbetreuung, Unterstützung hilfsbedürftiger Familien und Personen erfasst werden sollen, die „erbracht werden, um Menschen zu unterstützen, die aufgrund ihres unzureichenden Familieneinkommens oder des völligen oder teilweisen Verlustes ihrer Selbstständigkeit dauerhaft oder vorübergehend besonders hilfebedürftig sind oder Gefahr laufen, marginalisiert zu werden“. Die dabei in den Blick genommenen Dienstleistungen „tragen entscheidend dazu bei, das Grundrecht auf Schutz der Würde und Integrität des Menschen zu garantieren“ und seien „Ausfluss der Grundsätze des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität“. Nähere Ausführungen u. a. zu den Ausnahmen finden sich in dem „Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie“ (DLR-Handbuch), einem rund 100-seitigen Konvolut, in dem die EU-Kommission – in für sie nicht bindender Weise – darlegt, wie die einzelnen Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen sind<sup>54</sup>. Bezüglich der ausgenommenen Dienstleistungen wird zunächst klargestellt, dass sich die Ausnahme nur auf die spezielleren Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie bezieht, die allgemeinen Regelungen des Binnenmarktrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, weiterhin zu beachten sind (s. 3.).<sup>55</sup> Auch in dem Handbuch findet sich allerdings keine inhaltliche Spezifizierung der vom Anwendungsbereich der DLR ausgenommenen sozialen Dienstleistungen.<sup>56</sup> Lediglich beispielhaft werden „Dienstleistungen der Pflege älterer Menschen oder Dienstleistungen für Arbeitslose“ erwähnt, die ausgenommen seien.<sup>57</sup>

Da „soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit [...] der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen“ ausgenommen sein sollen, ist nach derzeitigem Kenntnisstand wohl der Schluss zulässig, dass damit im Bereich des SGB VIII die folgenden Dienstleistungsbereiche nicht erfasst sind:

- der Bereich der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (§§ 22–25 SGB VIII) als Kinderbetreuung,

53 Erwägungsgrund 22 der DLR.

54 EU-Kommission 2007: Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (DLR-Handbuch), vom 25. Oktober 2007.

55 EU-Kommission, DLR-Handbuch, 12.

56 Vgl. EU-Kommission, DLR-Handbuch, 16.

57 Vgl. EU-Kommission, DLR-Handbuch, 16.

- die Hilfen zur Erziehung, die Hilfen für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche als Unterstützung von Familien sowie die ergänzenden Leistungen (§§ 27–40 SGB VIII) unter dem Gesichtspunkt der Unterstützung sowohl von Familien als auch von dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen und
- auch die Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16–21 SGB VIII) als Familienunterstützungsleistung.

Nicht ohne weiteres lassen sich die Leistungen der Jugend(sozial)arbeit und des erzieherischen Kinder und Jugendschutzes in die o.g. Kategorien fassen. Hier lässt sich jedoch argumentieren, dass aufgrund der Zweckrichtung der Ausnahme, unterstützende Leistungen für Menschen auszunehmen, die aufgrund eingeschränkter Selbstständigkeit Gefahr laufen, marginalisiert zu werden,<sup>58</sup> auch diese – und somit sämtliche sozialen Dienste des SGB VIII nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fallen.

Eine Einschätzung der übrigen Dienstleistungen des Sozialgesetzbuches würde den vorliegenden Beitrag sprengen und muss einer gezielten Vertiefung für die einzelnen Bereiche des SGB vorbehalten bleiben. Die Messlatte, die jeweils über die (Nicht-)Anwendbarkeit der DLR entscheidet, dürfte dabei die Kategorie der „Unterstützung hilfsbedürftigen Personen die aufgrund ihres unzureichenden Familieneinkommens oder des völligen oder teilweisen Verlustes ihrer Selbstständigkeit dauerhaft oder vorübergehend besonders hilfsbedürftig sind oder Gefahr laufen, marginalisiert zu werden“ sein, sofern es sich nicht um Gesundheitsleistungen handelt. Wie in der Übersicht zu den sozialen Diensten dargestellt (s. 1.2), ist die Grenze der sozialen Dienst- zu den Gesundheitsleistungen nicht trennscharf zu ziehen, insbesondere im Bereich der Rehabilitationsleistungen nicht. Sofern hier nicht sämtliche sozialen Dienstleistungen ebenso wie die Gesundheitsleistungen ausgenommen wären, ergäbe sich ein kaum nachvollziehbares Gewirr von unterschiedlichen zu beachtenden Anforderungen bezüglich zum Teil eng verbundener sozialer Dienstleistungen, so dass auch an sich ausgenommene Leistungen letztlich von der DLR betroffen wären.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich allerdings – zumindest implizit – auf den Standpunkt gestellt, dass der gesamte Bereich sozialer Dienst- und Gesundheitsleistungen nicht unter die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie fällt. So schweigt sich das Gesetz zur Umsetzung der DLR in deutsches Recht aus dem Jahr 2009 vollständig über soziale und gesundheitliche Dienstleistungen aus<sup>59</sup>.

Mit Sicherheit lässt sich eine solche Aussage jedoch nicht treffen, zumal die Entscheidungshoheit darüber, ob eine bestimmte soziale Dienstleistung dem Anwendungsbereich der DLR unterfällt oder nicht, beim Gerichtshof der Europäischen Union liegt, der allein über die Auslegung des EU-Rechts zu entscheiden hat.<sup>60</sup>

Allerdings erfasst die Ausnahme inhaltlich wohl die sozialen Dienstleistungen nur insoweit, als sie unmittelbar gegenüber dem leistungsberechtigten Personenkreis erbracht werden, nicht aber Begleitleistungen. Denn auch von den ausgenommen Gesundheitsleistungen unterscheidet die EU-Kommission sonstige Verwaltungsleistungen wie Rechnungsstellung, Inkasso, Bereitstellung und Wartung von Geräten, etc., die sehr wohl unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.<sup>61</sup>

58 Erwägungsgrund 27 der DLR.

59 Vom 17.7.2009, BGBl. I, 2091.

60 Art. 19 des Vertrages über die Europäische Union.

61 EU-Kommission: Progress since the 2004 White Paper on services of general interest, vom 20.11.2007, SEC(2007) 1515, 16.

#### 4.2.2 *Vom Staat, im Auftrag des Staats oder im Gemeinwohlinteresse erbrachte Dienste*

Verwirrend genug sind die formalen Anforderungen, die zusätzlich an die Erbringer der sozialen Dienstleistung gestellt werden, damit ihre Tätigkeit von der Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen bleibt. Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 j) DLR betrifft dies soziale Dienstleistungen, „die vom Staat selbst, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden“. Zu dieser Trias – vom Staat selbst, von ihm beauftragt oder von ihm als gemeinnützig anerkannt – führt die Kommission im DLR-Handbuch näher aus: Als vom Staat beauftragt seien solche Einrichtungen anzusehen, die einer Verpflichtung zur Erbringung unterliegen.<sup>62</sup> Bei den sozialen Dienstleistungen, die auf vertraglichem Wege finanziert werden – mittels eines zweiseitigen Leistungsvertrages (z. B. § 77 SGB VIII) oder durch Vereinbarungen über die Leistungen, die Qualität und das Entgelt im Rahmen des sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses (§§ 78a ff. SGB VIII)<sup>63</sup> –, steht eine solche Verpflichtung zur Leistungserbringung außer Frage. Nicht auf der Hand liegt hingegen die Verpflichtung zur Leistungserbringung im Rahmen zuwendungsfinanzierter Tätigkeiten, die vor allem in Kinder- und Jugendhilfe (§ 74 SGB VIII) und in der Sozialhilfe (§ 5 Abs. 3 GB XII) zu finden sind. Hierbei fördert vom Konzept her die öffentliche Hand selbstbestimmte Initiativen der frei(-gemeinnützig)en Träger bzw. der freien Wohlfahrtspflege; es wird also etwas unterstützt, was aus eigenem Antrieb heraus getan wird. Allerdings schreibt das öffentliche Haushaltrecht vor, dass Zuwendungen nur zweckgebunden und dann veranschlagt werden dürfen, wenn die öffentliche Hand an der Erfüllung dieses Zweckes durch den geförderten Dritten ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht befriedigt werden kann.<sup>64</sup> Das erhebliche Interesse des Staates besteht dabei darin, dass die Dritten (soziale) Leistungen erbringen, die andernfalls als öffentliche Aufgaben von der öffentlichen Hand selbst erbracht werden müssten.<sup>65</sup> Daher werden die Zuwendungen nur zur Erbringung zweckentsprechender Leistungen gewährt; die öffentliche Hand kann durch entsprechende Auflagen im Zuwendungsbescheid das Angebot des geförderten Trägers insoweit steuern.<sup>66</sup> Aufgrund der Verpflichtung zur zweckentsprechenden und wirtschaftlichen Verwendung der Zuwendungsmittel<sup>67</sup> liegt es nahe, auch bei den zuwendungsfinanzierten Leistungen davon auszugehen, dass sie im staatlichen Auftrag erbracht und daher vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind.

Auch ohne staatlichen Auftrag werden solche sozialen Dienstleistung nicht von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst, die von Einrichtungen erbracht werden, die vom Staat als gemeinnützig anerkannt sind. Da es sich um einen Rechtsakt der EU handelt, ist der Begriff der Gemeinnützigkeit nicht nach nationalem Recht i.S.d. §§ 51 ff. Abgabenordnung (AO) auszulegen, sondern aus europäischer Perspektive<sup>68</sup>. Ein einheitliches gemeinschaftliches Gemeinnützigkeitskonzept gibt es allerdings nicht und ein Konzept im Sinne des deutschen steuerrechtlichen Ansatzes<sup>69</sup> ist auf EU kompetenzrechtlich nicht möglich. Denn das Steuerrecht ist einer derjenigen Bereiche,

62 EU-Kommission, DLR-Handbuch, 16.

63 Zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses vgl. Münder in: Münder u. a. 2006: FK-SGB VIII, VorKap. 5, Rn. 6 ff. 64 § 14 Haushaltsgesetz (HGrG) und § 23 BHO. S. auch 6.1.1.

65 Sog. Gewährleistungspflicht, z. B. der öffentlichen Jugendhilfeträger gemäß § 79 Abs. 2 SGB VIII.

66 Münder in: Münder et al., 2006, FK-SGB VIII Vor § 73 Rz. 4 f.; Neumann, Die institutionelle Förderung als Instrument der Sozialplanung und Steuerung der Leistungserbringer; in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) Heft 43, 1997, S. 7.

67 Vgl. § 74 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII.

68 Anderer Ansicht: Kramer in: Schlachter/Ohler (a.a.O.), Art. 2 Rn. 87.

69 Zum steuerrechtlichen Begriff des Wohlfahrtswesens vgl. Boetticher in: Graf Strachwitz/ Mercker (Hrsg.): Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, 2005, S. 151 ff.

deren Regelung – mit Ausnahme der indirekten Steuern (insbesondere der Umsatzsteuer)<sup>70</sup> – vollständig den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.

Daher wird hilfsweise im DLR-Handbuch erläutert, dass dieser Begriff „Kirchen und kirchliche Organisationen, die wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken dienen“ umfasse.<sup>71</sup> Als Gegenbeispiele, die von der Dienstleistungsrichtlinie nicht ausgenommen sind, werden Dienstleistungen privater Unternehmen genannt, die ohne staatlichen Auftrag handeln: private Kindermädchen, sonstige Kinderbetreuungsdienste (bspw. Sommerferienlager) oder private Unterstützungsleistungen im Haushalt.<sup>72</sup> In einer Grauzone bewegen sich mithin gemeinnützige Dienstleistungen nicht kirchlicher Einrichtungen, also z. B. Mitgliedsorganisationen des Deutschen Roten Kreuzes, der Arbeiterwohlfahrt oder aber des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes, sofern diese ohne staatlichen Auftrag erbracht werden. Entscheidend für eine rechtssichere Ausnahme vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie kommt es bei sozialen Diensten in privat-gemeinnütziger Trägerschaft also auf den staatlichen Auftrag an.

## 5 Perspektive und Fazit

Die Grauzone bezüglich der Ausnahme sozialer Dienste von nicht kirchlichen, privat-gemeinnützigen Träger fügt sich ein in eine Reihe von Ungewissheiten über das Verhältnis der Dienstleistungsrichtlinie zu sozialen Dienstleistungen, die aus den begrifflichen Unschärfen des Richtlinientextes erwachsen. Diese lassen sich damit erklären, dass es aufgrund der Vielgestaltigkeit der Sozialsysteme in der EU und den damit einhergehenden unterschiedlichen Auffassungen, was als sozialer Dienst anzusehen ist, schwierig ist, trennscharfe Formulierungen zu finden. In der Literatur wird jedoch gerade aufgrund dieser begrifflichen Unschärfen die Befürchtung geäußert, dass sie Auslegungsspielräume zur späteren Deregulierung sozialer Dienstleistungen eröffnen würden.<sup>73</sup>

Einmal mehr wird deutlich, dass sich die EU-Kommission schwer damit tut, sich zu den sozialen Diensten zu positionieren, die im Wege von Austauschbeziehungen erbracht werden. Dabei hat das Bemühen um eine solche Positionierung spätestens im Jahr 2000 mit der zweiten Mitteilung EU-Kommission über die Daseinsvorsorgeleistungen – im EU-Recht Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse genannt – begonnen. War die erste Mitteilung dieser Art zunächst nur auf bestimmte Wirtschaftssektoren ausgerichtet, in denen traditionell Monopolunternehmen der öffentlichen Hand tätig waren, nämlich Telekommunikation, Postwesen, Verkehr, Elektrizität sowie Hörfunk und Fernsehen,<sup>74</sup> wurde in einer zweiten diesbezüglichen Mitteilung die Ausweitung des Liberalisierungsprozesses auch auf weitere Sektoren in Aussicht gestellt.

Dabei gerieten auch Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen in den Blick, „sobald eine derartige Einrichtung [...] bei der Erfüllung eines Gemeinwohlauftrags wirtschaftliche Tätigkeiten aufnimmt“.<sup>75</sup>

70 Vgl. Art. 110 ff. AEUV.

71 EU-Kommission, DLR-Handbuch, 16.

72 EU-Kommission, DLR-Handbuch, 16.

73 Rixen (a.a.O.) 12, der die DLR daher als „trojanisches Pferd“ bezeichnet.

74 EU-Kommission 1996: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM(1996) 443 endgültig, vom 26.9.1996, Abl. 1996, C 281/3.

75 EU Kommission 2000: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, vom 20.9.2000, KOM(2000) 580 endgültig vom

Im „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“<sup>76</sup> räumte die Kommission ein, dass die horizontale Verallgemeinerung der Wettbewerbsregeln auf alle Sektoren zu Unlänglichkeiten führen kann. Ein Kommissionsvertreter gestand ein, dass die Sozialdienstleistungen für sie „ein noch weitgehend unerschlossenes Feld“ darstellen<sup>77</sup>. Die Veröffentlichung einer für das Jahr 2005 angekündigte spezielle Mitteilung zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>78</sup> zog sich bis zum Frühjahr 2006 hin.<sup>79</sup> Sie identifizierte zwei große Gruppen von Sozialdienstleistungen, nämlich die Systeme der sozialen Sicherung zur Absicherung elementarer Lebensrisiken sowie die persönlichen Dienstleistungen, die eine wichtige Rolle bei der Prävention und der Sicherstellung des sozialen Zusammenhalts spielen und individuelle Hilfe für Einzelpersonen zur Erleichterung ihrer Integration in die Gesellschaft und bei der Wahrnehmung ihrer Grundrechte leisten.<sup>80</sup> Ihnen wurde eine besondere Funktion als Säule der europäischen Gesellschaft und Wirtschaft zugestanden. Zugleich stellte die Kommission jedoch fest, dass die Sozialdienstleistungen nach dem einschlägigen Unionsrecht „keine klare rechtliche Kategorie innerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bilden“.<sup>81</sup> Im Ergebnis führte das zu einem weiteren Konsultationsprozess, dessen Ergebnis die Kommission am 20.11.2007 präsentierte.<sup>82</sup> Die in der neuerlichen Mitteilung präsentierten Erkenntnisse beinhalten im Ergebnis genau die bereits oben beschriebene Ambivalenz: einerseits die Feststellung, dass soziale Dienste spezielle menschliche Bedürfnisse befriedigen und sich insoweit von anderen Produktionszweigen mit substituierbaren Leistungen unterscheiden, deren Besonderheiten sich aber andererseits schwer in wirtschaftsrechtlich griffige Kriterien umsetzen lassen, so dass gleichwohl die allgemeinen Regeln voll anzuwenden und zu beachten sind.

Es wäre daher verfrüht, den Schluss zu ziehen, dass mit keiner sekundärrechtlichen Regelung der EU für diejenigen sozialen Dienstleistungen zu rechnen ist, die aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind. Dass dies voreilig ist, verdeutlicht der Bereich der ebenfalls von der DLR ausgenommenen Gesundheitsdienstleistungen.<sup>83</sup> Für diese hatte die Europäische Kommission schon im Jahr 2007 den Entwurf einer speziellen Binnenmarktrichtlinie angekündigt, „die einen Rahmen für eine sichere, hochwertige und effiziente grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung liefern“ soll.<sup>84</sup>

Im Juli 2008 hat die EU-Kommission dann einen Vorschlag für eine Richtlinie „über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung“ vorgelegt<sup>85</sup>, mit

20.9.2000, ABI. 2001, C 17/4, Rz. 30.

76 EU-Kommission 2004: Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.5.2004, KOM(2004) 374 endgültig.

77 *Vignion*, in: ISS e.V. 2004, Gemeinwohlbezogene soziale Dienste in der EU – ihre besonderen Charakteristika, ihre Leistungsfähigkeit und Rahmenbedingungen der Dienstleistungserbringung, Tagungsdokumentation, Frankfurt a. M., S. 29.

78 EU-Kommission *Weißbuch* (a.a.O.), 2004, S. 20 f.

79 EU-Kommission 2006: Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon - Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union vom 26.4.2006, KOM(2006) 177 endgültig (Mitteilung Sozialdienstleistungen).

80 EU-Kommission, Mitteilung Sozialdienstleistungen 2006 (a.a.O.), S. 4.

81 EU-Kommission, Mitteilung Sozialdienstleistungen 2006 (a.a.O.), S. 4.

82 EU Kommission 2007: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, vom 20.11.2007, KOM(2007) 725 endgültig (Mitteilung Binnenmarkt 21. Jahrhundert).

83 Art. 2 Abs. 2 f) DLR.

84 EU-Kommission: Mitteilung Binnenmarkt 21. Jahrhundert 2007 (a.a.O.), S. 10.

85 Richtlinienentwurf der EU-Kommission über „die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Ge-

welcher sie – auf der Grundlage der inzwischen 10-jährigen Einzelfallrechtsprechung des EuGH zu dieser Thematik – einen Rechtsrahmen für die Leistungsinanspruchnahme innerhalb der EU-Mitgliedstaaten schaffen wollte. Versicherte sollen weitgehende Freiheiten erhalten, sich gezielt ambulante und stationäre Leistungen im Ausland selbst zu beschaffen und dafür eine Kostenerstattung in der Höhe erhalten, wie im Fall einer Behandlung im eigenen Land. U. a. der nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zulässige Genehmigungsvorbehalt für stationäre Krankenhausbehandlungen sollte laut diesem Richtlinienvorschlag zum begründungspflichtigen Ausnahmefall werden.<sup>86</sup>

Einerseits bleibt somit der positive Befund, dass die sozialen Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe durch die Dienstleistungsrichtlinie zunächst nicht dem ökonomischen Primat der Dienstleistungsfreiheit unterstellt werden. Andererseits ist deutlich davor zu warnen, allein aufgrund der Ausnahme bestimmter sozialer Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie davon auszugehen, dass das dauerhaft für das gesamte Spektrum von sozialen Diensten im Sozialgesetzbuch so bleibt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Tendenz auf nationaler Ebene, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen für die Beziehungen öffentlich-rechtlicher Träger zu privaten Leistungserbringern zu installieren.<sup>87</sup> Diese politische Tendenz, die Absicherung sozialer Risiken und das Leistungserbringungsrecht zu privatisieren, steht eher in Einklang mit den deregulierenden Ansätzen der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union als dem entgegen.

Verf.: Dr. Arne von Boetticher, Referent für Gesundheits- und Sozialpolitik im AOK-Bundesverband, Rosenthaler Straße 31, 10178 Berlin, E-Mail: arne.von.boetticher@gmx.de

sundheitsversorgung“ vom 2. Juli 2008 (KOM(2008) 414 endgültig).

86 Der Richtlinienvorschlag über die Patientenmobilität befindet sich nach wie vor im Gesetzgebungsprozess. Das Europäische Parlament hat in zweiter Lesung den Richtlinientext am 19.1.2011 beschlossen. Nun muss sich noch der Rat in zweiter Lesung mit den dann vorgeschlagenen Änderungen befassen, um über die Richtlinie abschließend zu beschließen.

87 So aktuell für den Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung durch Artikel 1 Nr. 9 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes (BT-Drs. 17/2413, S. 9) mit Wirkung ab dem 1.1.2011.