

Sozialrecht als Wirtschaftsrecht¹

Von Prof. Dr. Andreas Hänlein², Kassel

In einem Bericht über die deutsche Glücksforschung, seit 1990 mit einem eigenen Institut bei Koblenz vertreten, war zu hören, individuelles Glücksgefühl habe etwas zu tun mit der Bewältigung von Problemen. Deshalb gebe es einen Zusammenhang zwischen individuellem Glück und der Lern- und Änderungsfähigkeit unseres Gehirns. Dabei sei aus hirnnorganischer Sicht entscheidend, „dass sich im Alter, im Erwachsenenalter, im Hirn auch noch mal was ändert, dass man nicht allzu überzeugt ist von der Richtigkeit der einmal gefundenen Lösungen“³. Für den einzelnen eröffneten sich neue Glückshorizonte, wenn er eingefahrenen Denk- und Handlungsweisen entkomme.

Neues Denken bringt nicht allein dem einzelnen Vorteil. In der Politik ist es bisweilen überlebensnotwendig, wie man derzeit an der Sozialdemokratie beobachten kann. Der Bundeskanzler unternimmt gerade seinen zweiten Versuch, soziale Gerechtigkeit neu zu definieren. Im Rahmen seiner Bemühungen, die widerstrebende Partei zu überreden, rief er bei der Regionalkonferenz zur Agenda 2010 in Bonn am 28. 4. 2003: „Schaut Euch doch um bei den Sozialdemokraten in Europa! Wo sind sie geblieben, die sich geweigert haben, sich zu bewegen?“⁴.

Schließlich: Auch in der Wissenschaft kommt es auf die Bereitschaft an, Dinge neu zu denken. Offenbar verhält es sich nicht nur so, wie es *Max Weber* formuliert hat, dass „jede wissenschaftliche ‚Erfüllung‘ () neue ‚Fragen‘ [bedeutet] und () ‚überholt‘ werden will“⁵. Es scheint sich vielmehr bei der Entwicklung der Wissenschaften um einen diskontinuierlichen Prozess zu handeln, in dem bisweilen neue Betrachtungsweisen aufkommen und sich durchsetzen, wenn bestimmte Phänomene mit den bisherigen nicht befriedigend beschrieben oder erklärt werden können. Der amerikanische Physiker und Wissenschaftstheoretiker *Thomas S. Kuhn* hat hierfür den Begriff des Paradigmenwechsels eingeführt. Dabei ist unter Paradigma zu verstehen „eine gemeinsame intuitive Grundeinstellung gegenüber einem Bereich von Phänomenen; es bestimmt darüber hinaus, was für Fragen unter den Forschern als wichtige und relevante Probleme anerkannt sind und welche Lösungsmethoden als zulässig erachtet werden.“⁶.

In der Wissenschaft vom Sozialrecht kristallisiert sich derzeit ein Wechsel des Paradigmas heraus. Was sich hier in einigen Veröffentlichungen anbahnt, ist ein Wandel der Grundeinstellung, im Selbstverständnis der Disziplin, der sich u. a. begreifen lässt als Reaktion auf veränderte politische, ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen. Mein Anliegen geht nun dahin, die besagten Ansätze zusammenzuführen und in Form einer allgemeinen These zuzuspitzen. Meine programmatische These lautet: Sozialrecht sollte als Wirtschaftsrecht begriffen werden. Drei Stimmen aus der Literatur haben mich zur Formulierung dieser These angeregt. Zum einen beziehe ich mich auf *Gerhard Igl*, der in bezug auf die Finanzierung und Erbringung sozialer und medizinischer Dienstleistungen von einem „Sozial-Wirtschaftsrecht“ spricht, das er freilich noch für nicht hinreichend ausgeprägt hält⁷. Zu erwähnen ist zweitens *Rainer Pitschas*, der in bezug auf den Gesundheitssektor ein „europäisches Sozialwirtschaftsrecht“ entstehen sieht⁸. Drittens beziehe ich mich auf *Haverkate* und *Huster*, die in ihr Lehrbuch zum Europäischen Sozialrecht einen

1) Mit Fußnoten versehene Fassung der Antrittsvorlesung, die ich am 28. 5. 2003 an der Universität Kassel gehalten habe; die Vortragsform wurde beibehalten.

2) Professor für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Kassel.

3) Deutschlandfunk – Studiozeit: Glück ist keine Glückssache, 24. 4. 2003, 20. 10. – 21.00 Uhr; Zitate nach dem Manuskript dieser Sendung.

4) *Dietrich*, Der zweite Versuch – Noch einmal mit Gefühl: Das Schröder-Blair-Papier, neu verpackt, FAZ vom 30. 4. 2003, S. 12.

5) *Max Weber*, Wissenschaft als Beruf, hier zitiert nach: *Soziologie/Universalgesellschaftliche Analysen/Politik*, 5. Aufl., 1973, S. 315.

6) So die Zusammenfassung von *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie, Band II, 6. Aufl., 1979, S. 739.

7) *Igl*, Benötigt das Sozialrecht Regelungen zum Sozial-Wirtschaftsrecht? – Überlegungen zur Fortentwicklung des Sozialgesetzbuchs, in: *Ruland/von Maydell/Papier* (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, ohne Wettbewerbsrecht?* in: *Mulot/Wienand* (Hrsg.), *Sozialrechtswissenschaft, Sozialpolitik, soziale Praxis – Dokumentation eines Symposiums zu Ehren von Dieter Giese*, 1995, S. 57 ff.

8) *Pitschas*, Nationale Gesundheitsreform und europäische „Governance“ in der Gesundheitspolitik – Zur Verpflichtung der Mitgliedsstaaten auf solidarischen Wettbewerb durch „offene Koordination“, VSSR 2002, S. 75 ff. (88 f.).

tiefeschürfenden Abschnitt zum von ihnen so genannten europäischen Wettbewerbssozialrecht aufgenommen haben⁹.

Sozialrecht als Wirtschaftsrecht aufzufassen ist eine ertragversprechende Reaktion auf die Entwicklungen der Gegenwart. Im Folgenden möchte ich die These in einem ersten Teil (I.) des Vortrags näher erläutern. Ihre anschließende Begründung wird zweigleisig erfolgen. Im zweiten Teil (II.) werde ich sie mit einer Reihe von Beispielen plausibel machen. Im dritten Teil (III.) möchte ich verschiedene praktische Vorteile dieser Betrachtungsweise benennen. Abschließend wird es in einem kurzen vierten Teil (IV.) darum gehen, was ein solcher Paradigmenwechsel für die Wissenschaft vom Sozialrecht selbst bedeutet.

I. Teil: Entfaltung der These

Zunächst schulde ich Erläuterungen der Elemente meiner These und ihres Zusammenspiels.

1. Sozialrecht, begrifflich

Sozialrecht ist das Rechtsgebiet, das gegen elementare Not und gegen Wohlstandseinbußen schützt. Diese materielle Begriffsbestimmung lehnt sich an den von *Hans F. Zacher* angedeuteten „positiven Sozialrechtsbegriff“ an¹⁰. Sie nimmt zwei Grundfunktionen sozialstaatlichen Wirkens in sich auf, nämlich die Gewährleistung eines als fundamental begriffenen Mindestlebensstandards sowie eine darüber hinaus gehende Garantie allgemeiner Teilhabe am Wohlstand der Gesellschaft¹¹. Will man es technischer und konkreter ausdrücken, kann man Sozialrecht als das Rechtsgebiet bestimmen, das Sicherheit verheißt für individuelle Krisensituationen und sonstige Bedarfslagen, von denen man annimmt, dass sie den einzelnen überfordern, wobei das Sicherheitsversprechen durch Leistungen im Wege öffentlich organisierter Umverteilung eingelöst wird. Zu diesem Rechtsgebiet gehören insbesondere diejenigen Materien, die im Sozialgesetzbuch selbst geregelt sind¹², also das Recht der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Unfallversicherung, der Pflegeversicherung und der Arbeitsförderung, außerdem weitere Materien, wie etwa das Sozialhilferecht, die das Gesetz zu besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches erhebt, ohne dass es bereits ihr Name zum Ausdruck bringt (§ 68 SGB I).

Vielleicht sollte ich der Begriffsbestimmung noch etwas Farbe geben und mit den Worten des § 1 SGB I darauf hinweisen, dass Sozialrecht der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit dient.

2. Wirtschaftsrecht, begrifflich

Unter Wirtschaftsrecht lässt sich mit *Fritz Rittner* die Gesamtheit derjenigen rechtlichen Regeln verstehen, die die gesamtwirtschaftliche Ordnung als solche verwirklichen sollen und sich dabei auf die Organisation und das Verhalten der Unternehmen auf den Märkten sowie auf die entsprechenden staatlichen Funktionen beziehen¹³. Zum Wirtschaftsrecht in diesem Sinne zählen insbesondere das Recht der Unternehmensträger und das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁴. Wirtschaftsrecht konstituiert den rechtlichen Rahmen einer Marktordnung und bemüht sich, Störungen des Wettbewerbsgeschehens zu verhindern. Solche Störungen können von den Unternehmen selbst ausgehen. Etwaige Kartelle oder den Missbrauch von Marktmacht bekämpfen dann das deutsche und das europäische Kartellrecht. Störungen können sich aber auch durch staatliche Teilnahme am Marktgeschehen oder aber durch wettbewerbsverzerrende Einflussnahme des Staates auf den Markt ergeben. Auf diese Gefahren reagieren etwa das Vergaberecht oder das europäische Beihilfeverbot.

Vielfach wird allerdings Wirtschaftsrecht auch in einem weniger spezifischen, umfassenderen Sinne verstanden, wenn es etwa als Gegenstand einer Professur angegeben wird. Man meint damit dann auch das Recht der Beziehungen zwischen Unternehmen und ihren Kunden, sprich das allgemeine Vertragsrecht und das Schuldrecht¹⁵.

3. Sozialrecht und Wirtschaftsrecht, kombiniert

Worauf zielt nun die Kombination der beiden scheinbar ganz disparaten Begriffe? Sozialrecht wird vielfach ganz öffentlich-rechtlich, ganz staatsbezogen verstanden. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit steht die öffentlich-rechtliche Beziehung etwa des Versicherten, der einen Anspruch gegen seine Krankenkasse oder gegen einen Träger der Rentenversicherung geltend macht¹⁶. Umgekehrt erscheinen die Individuen der hoheitlichen Gewalt der Sozialversicherungsträger unterworfen, wenn es um die Versicherungspflicht und insbesondere um die daraus resultierende Beitragspflicht geht. Bekanntlich sind die Einzugsstellen strenger als der echte Fiskus, freibetragslos wie unser Beitragsrecht ausgestaltet ist. Von Markt, Unternehmen und Autonomie scheint bei dieser Betrachtungsweise nichts auf.

Dass diese Sichtweise heute nicht mehr ausreicht, will ich im Folgenden näher erläutern. Ich werde auf eine Reihe von Entwicklungen der letzten Jahre hinweisen, die das Vordringen marktbezogenen und unternehmerischen Denkens im Bereich des Sozialrechts illustrieren werden. Vorab jedoch ist noch eine differenzierende Überlegung geboten. Es sind nämlich im Ansatz zwei Sektoren zu unterscheiden, in denen sich diese Entwicklungen abgespielt haben. Der erste Sektor markiert sozusagen das Proprium des Sozialrechts, nämlich die soziale Sicherheit. Marktliches Denken in dieser Hinsicht bedeutet, die Versicherten, die Leistungsberechtigten als Kunden, die Leistungsträger als Anbieter des Produkts „Sicherheit“ zu verstehen. Die Frage ist dann, ob bzw. inwieweit die Beziehungen zwischen Anbietern und ihren Kunden über rechtlich regulierte Marktmechanismen gesteuert werden oder gesteuert werden sollten. Wie sich zeigen wird, gibt es Anlass genug für einen Paradigmenwechsel in dieser Hinsicht.

Daneben gibt es einen zweiten Sektor. Es ist derjenige, der unschön Leistungserbringerrecht heißt. Wenn es zum Schwure kommt, weil der Notfall, der Leistungsfall eintritt, ist es in Deutschland oft nicht der einzelne, der sich selbst um die Deckung des Bedarfs kümmert und dann die Rechnung seinem Leistungsträger vorlegt. Andererseits leisten

9) *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 285 ff.

10) *Zacher* in: *Zacher* (Hrsg.), *Wahlfach Sozialrecht*, 2. Aufl., 1981, S. 10; *ders.*, Was ist Sozialrecht?, in: *Abhandlungen zum Sozialrecht*, 1993, S. 249 ff. (252).

11) Zusammenfassend hierzu *Hänlein*, Der Kern sozialen Schutzes im Bereich der medizinischen Versorgung, ZIAS 1998, 454 (455) unter Bezugnahme auf *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1987, § 25, Rdnrn. 27–60 = *Abhandlungen*, S. 20 ff.

12) Zum hieran anknüpfenden „formellen Begriff“ des Sozialrechts etwa *Waltermann*, Sozialrecht, 2. Aufl., 2001, Rdnr. 33; *Schulin/Igl*, Sozialrecht, 7. Aufl., 2002, Rdnr. 3; *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, 8. Aufl., 2001, Rdnr. 2; zur begrenzten Berechtigung einer solchen Begriffsbestimmung *Zacher*, Was ist Sozialrecht?, aaO. (Fn. 10), S. 250 f.

13) *Rittner*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987, S. 15, Rdnr. 10; vgl. auch *dens.*, Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., 5. Bd., 7. Aufl., 1989, Stichwort Wirtschaftsrecht, Sp. 1064 ff.; ferner *Schmidt-Rimpler*, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 12. Band, 1965, Stichwort Wirtschaftsrecht, S. 686 ff. (693).

14) *Rittner*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987, S. 17, Rdnr. 54.

15) Vgl. etwa *Nagel*, Wirtschaftsrecht I, 4. Aufl., 2000, oder *Nagel/Eger*, Wirtschaftsrecht II, 4. Aufl., 2003; vgl. auch die Umschreibung des „privaten Wirtschaftsrechts“ bei *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2000, S. 2.

16) Zum Denken in sozialrechtlichen Leistungsansprüchen *Igl*, FS *Zacher* (aaO, Fn. 7), S. 282.

die Träger vielfach auch nicht selbst, wie es beispielsweise in einem staatlichen Gesundheitsdienst der Fall wäre. Vielmehr nehmen die Leistungsträger ihrerseits die jeweiligen Dienstleister, Ärzte, Krankenhäuser, Pflegedienste, unter Vertrag und vermitteln so ihren Kunden die jeweilige Leistung. Diese Konstellation, in der Leistungsträger in der Sache als Nachfrager am jeweiligen Markt auftreten, findet sich dort, wo das Sozialrecht Ansprüche auf Sach- und Dienstleistungen vorsieht. Der notwendige Wechsel der Betrachtungsweise bezieht sich auch auf diesen Sektor sozialrechtlicher Hilfsgeschäfte.

II. Teil: Marktbezogenheit des Sozialrechts in Beispielen

Im zweiten Teil meines Vortrags werde ich anhand einiger Beispiele die Behauptung belegen, dass angesichts jüngerer Entwicklungen die besagte neue Betrachtungsweise im Sozialrecht angebracht ist. Dabei wende ich mich zunächst dem Produkt „soziale Sicherheit“ zu.

1. Sozialrecht als Recht des Marktes für „soziale Sicherheit“

Dass „soziale Sicherheit“ als marktgängiges Produkt aufgefasst werden kann, wird dort besonders deutlich, wo es auch andere Anbieter ähnlicher Produkte gibt, die u. U. sogar mit den sozialen Anbietern konkurrieren. Ins Blickfeld geraten damit vor allem diejenigen Märkte, auf denen sowohl soziale wie private Versicherer auftreten.

a) Aufteilung der Geschäftsfelder zwischen sozialer und privater Versicherung

Vorab ist zu erwähnen, dass weithin soziale und private Anbieter von Sicherheit selbstverständlich nicht miteinander konkurrieren, sondern auf fest abgegrenzten, je eigenen Geschäftsfelder operieren. Diese Konstellation tritt vor allem dann ins Bewusstsein, wenn die Grenzlinien verschoben werden. Wenn Änderungen im Sozialrecht Sicherungslücken entstehen lassen, entsteht Raum für die Sicherungsprodukte privater Anbieter.

Beispiele bietet zum einen das Recht der Alterssicherung. Die Reform der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten hat für die Jüngeren – ab Jahrgang 1961 – eine spürbare Sicherungslücke hinterlassen¹⁷. Diese Lücke hat einen entsprechenden Markt für die private Versicherungswirtschaft eröffnet. Dazu liest man Schlagzeilen wie „Private Berufsunfähigkeitsversicherung – nicht billig, aber nötig“¹⁸.

Ein besonders spektakuläres Beispiel haben wir in der letzten Legislaturperiode erlebt, als die Riester-Rente eingeführt wurde. Unter dem Stichwort „Stärkung der Eigenverantwortung“ wurde hier bekanntlich die gesetzliche Rente ein wenig abgeschmolzen¹⁹; die entstehende Sicherungslücke soll durch steuerlich geförderte private Sicherungsformen geschlossen werden²⁰. Dabei kommen als Anbieter nicht nur Versicherungsunternehmen in Frage, sondern auch Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute.

Zum anderen bietet die Krankenversicherung aktuelle Beispiele für mögliche Grenzverschiebungen. Zu denken wäre hier etwa an die Kontroverse zwischen dem Bundeskanzler und seiner Gesundheitsministerin hinsichtlich der Befreiung der Arbeitgeber von der anteiligen Finanzierung des Krankengeldes. Der Dissens bezog sich auf den Vorschlag des Kanzlers, die Sicherung gegen das Entgeltausfallrisiko bei Krankheit, soweit nicht Arbeitsrecht greift, ganz aus der gesetzlichen Krankenversicherung herauszunehmen. Die private Krankenversicherung kniete schon in den Startlöchern und hat bereits Anfang April ein entsprechendes Modell vorgestellt²¹. Umgekehrt kann natürlich auch die Sozialversicherung der Privatversicherung Kunden abneh-

men. Dies hat Anfang des Jahres die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung gezeigt.

Die Beispiele verdeutlichen die funktionale Nähe der Produkte sozialer und privater Sicherheitsanbieter²². Diese Einsicht findet sich heute sogar im Gesetzestext, wenn nämlich dort bezogen auf die Krankenversicherung von „substitutivem Versicherungsschutz“ gesprochen wird²³. Besonders deutlich wird die funktionale Nähe in der Pflegeversicherung mit den dort vorgesehenen Regelungen über Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang auch für die privaten Versicherer. In Bezug auf das Thema „Sozialrecht als Wirtschaftsrecht“ ist allerdings nochmals zu betonen, dass sich die genannten Beispiele genau besehen nur in einem sehr eingeschränkten Sinne auf ein Marktgeschehen beziehen. Vielmehr sind durch die Versicherungspflicht die Geschäftsfelder zu einem großen Teil gesetzlich abgesteckt. Konkurrenz um Kunden findet insoweit nicht statt. Die Beispiele sind also als Beleg für meine These nur bedingt tauglich.

b) Inszenierter Markt in der gesetzlichen Krankenversicherung

Besser geeignet ist das zweite Phänomen, auf das ich nun hinweisen möchte. Es hat sich nämlich innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung ein Markt entwickelt. Dort hat das Gesundheitsstrukturgesetz ein allgemeines Kassenzahlrecht der Versicherten eingeführt und so innerhalb der sozialen Versicherung Wettbewerb inszeniert. Zwar können die Pflichtversicherten über das Ob der Versicherung nicht frei entscheiden, wohl aber über die Auswahl ihres Partners. Im Vorfeld dieser Marktöffnung hat der Gesetzgeber eigens Vorkehrungen getroffen, um die Krankenkassen fit zu machen für den rauen Wind des Wettbewerbs. Ich denke hier – neben dem Risikostrukturausgleich – insbesondere an die Neuordnung des Organisationsrechts der Krankenkassen. Damals wurden die hergebrachten Selbstverwaltungsorgane entmachtet und die Binnenstruktur der Krankenkassen nach dem Vorbild des Aktienrechts neu organisiert. Im Übrigen kam es in Folge weiterer Änderungen zu einer Fusionswelle unter den Krankenkassen, die nach dem Willen des Bundeskanzlers noch kräftig weiter rollen soll.

c) Konkurrenz zwischen privaten und sozialen Sicherungsformen

Zum Dritten gibt es aber durchaus auch die Konstellation, dass zwischen sozialen und privaten Akteuren Konkurrenz um Kunden stattfindet.

Dies geschieht etwa in der Krankenversicherung jenseits der Versicherungspflichtgrenze, wo bzw. wenn der einzelne die Wahl hat zwischen einer freiwilligen gesetzlichen Versicherung oder einer privaten Versicherung.

17) Diese Reform durch das Gesetz der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000, BGBl. I, S. 1827; dazu näher *Ruland*, Schwerpunkte der Rentenreformen in Deutschland, NJW 2001, S. 3505 ff. (3509 f.) m. w. N. in Fn. 44.

18) FAZ vom 25. 4. 2002, S. 31.

19) Durch das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens – Altersvermögensergänzungsgesetz vom 21. 3. 2001, BGBl. I, S. 403; dazu *Ruland*, NJW 2001, 3505 (3507 f.).

20) Auf Grund des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens – Altersvermögensgesetz – vom 26. 6. 2001, BGBl. I, S. 1310, dazu *Ruland*, NJW 2001, 3505 (3510 f.).

21) Zu dem vom Verband der privaten Krankenversicherung vorgestellten Modell FAZ 8. 4. 2003, S. 14.

22) Vgl. auch *Hänlein*, Soziale und private Krankenversicherung – Konkurrenz und Konvergenz – Eine rechtsvergleichende Skizze, SZS (= Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge), 2000, S. 214 ff.

23) § 12 Versicherungsaufsichtsgesetz.

Es war ferner schon die Rede davon, dass sich bei Kürzungen der Leistungspalette der gesetzlichen Krankenversicherung Aktionsfelder für private Versicherer auftun. Aber auch die sozialen Versicherer haben die lebhafteste Tendenz, mit eigenen Produkten diesen Markt zu besetzen, wahrscheinlich aus Gründen organisatorischer Selbsterhaltung. So hat etwa im Vorfeld der Riesterrente die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte ein starkes Interesse daran geäußert, am Riestergeschäft teilzunehmen. Realisiert wurde allerdings nur die Möglichkeit, Versicherte auch über den Riestermarkt zu beraten (§ 15 SGB I).

Auch bei den Krankenkassen ist deutlich der Drang zu verspüren, von sich aus als Anbieter mit den Privaten in Konkurrenz zu treten. Ein gutes Beispiel hierfür ist das Sterbegeld des gesetzlichen Systems. Das Gesundheitsreformgesetz hatte das Sterbegeld der gesetzlichen Krankenversicherung stark gekürzt. Daraufhin entwickelten die Ersatzkassen zusammen mit privaten Versicherern das Angebot einer Sterbegeldversicherung. Der BGH hat dieses Geschäft dann aber vereitelt, weil das Angebot wegen fehlender gesetzlicher Grundlage wettbewerbswidrig sei²⁴. Übrigens war bereits 1941 einmal den Krankenkassen ermöglicht worden, Rentnern, die nämlich nur ein geringeres Sterbegeld als andere Versicherte beanspruchen konnten, eine Zusatzsterbegeldversicherung anzubieten. Als diese sich später als nicht rentabel erwies und aus dem regulären Beitragsaufkommen quersubventioniert werden musste, tat man sich schwer, das populäre Produkt wieder aus der Palette zu nehmen. Der Streit ging damals bis zum *Bundesverfassungsgericht*²⁵.

Gegenwärtig wird wieder darüber diskutiert, den Krankenkassen die gesetzliche Möglichkeit zu verschaffen, neben abgedeckten Grundleistungen Wahlleistungen anzubieten. Solche Konzepte würden weitere Felder der Konkurrenz mit der privaten Krankenversicherung im Bereich ergänzender Leistungen nach sich ziehen.

d) Das Produkt „soziale Sicherheit“ als europarechtliches Problem

Es sind jedoch nicht allein nationale Entwicklungen, die zu einer Ökonomisierung des sozialen Geschäfts führen. Seit einigen Jahren tritt vielmehr zunehmend ins Bewusstsein, dass die Produkte der Sozialleistungsträger auch unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen europäischen Marktes betrachtet werden müssen.

Als Beginn dieser Entwicklung kann die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* zum Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit angesehen werden. Der *Gerichtshof* hat 1991 die Bundesanstalt als Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts eingeordnet²⁶ und unterwarf sie als solches dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 86 EGV (a. F.)). Diese Entscheidung hatte letztlich zur Folge, dass heute die Bundesanstalt und private Vermittler gleichermaßen ihre Dienstleistungen auf den Markt bringen können²⁷, dass wir in Deutschland zu einem System freier Koexistenz privater und öffentlicher Arbeitsvermittlung übergegangen sind²⁸.

Der jüngste europarechtliche Entwicklungsschritt betrifft die Rentenversicherung und wird markiert durch das Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Danner* vom Oktober 2002²⁹. In diesem Fall hatte der deutsche Arzt *Rolf Dieter Danner* nach einem Umzug nach Finnland weiterhin als freiwillig Versicherter Beiträge an die deutsche Bundesversicherungsanstalt für Angestellte gezahlt. Diese Beiträge konnte er jedoch, anders als die an eine finnische Versicherung gezahlten, in Finnland nicht in vollem Umfang steuerlich geltend machen. Der *Gerichtshof* sah in der Versagung der vollen steuerlichen Abzugsfähigkeit eine nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung der Dienstleistungs-

freiheit der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte³⁰. Die Einordnung der freiwilligen Rentenversicherung als Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages kann erhebliche Konsequenzen haben. Insbesondere liegt nun eine Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts einschließlich des Beihilfeverbotes auch insoweit nicht mehr fern; zu erwarten sind also Diskussionen etwa über das Verbot der Quersubventionierung oder das Gebot getrennter Buchhaltung für den obligatorischen und den freiwilligen Bereich³¹.

2. Sozialrecht als Recht des Markts für soziale Dienstleistungen

Ich komme zum zweiten Sektor, in dem Sozialrecht und Marktgeschehen zusammentreffen. Wo Sozialleistungsträger Sach- oder Dienstleistungen zu erbringen haben, tun sie dies weithin nicht selbst. Vielmehr beschaffen sie sich die jeweiligen Leistungen ihrerseits am Markt, um sie den Berechtigten zukommen zu lassen. Dass man dieses Phänomen wirtschaftsrechtlich deuten kann, ist lange nicht recht wahrgenommen worden. Jedoch haben sich in den letzten Jahren auch hier deutliche Veränderungen ergeben, deren Dynamik ungebrochen ist. Auch hierfür will ich Ihnen einige Beispiele geben.

a) Beschaffung ärztlicher Dienstleistungen

Die Beschaffung ärztlicher Dienstleistungen durch die Krankenkassen war seit der Brüningschen Notgesetzgebung beherrscht von einem gesetzlich vorgeschriebenen Kartell der Ärzte. Diese bilden kraft hoheitlichen Zwanges in Gestalt der Kassenärztlichen Vereinigungen eine Art Zwangsgewerkschaft der Ärzte, die mit den Krankenkassen in Form von Quasitarifverträgen die Bedingungen der ärztlichen Tätigkeit regelten und regeln³².

Es scheinen hier revolutionäre Veränderungen unmittelbar bevorzustehen. Für weite Bereiche der kassenärztlichen Versorgung soll das Ärztekartell gebrochen werden. Das Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz soll die meisten Fachärzte aus den Kassenärztlichen Vereinigungen herausnehmen. Die Krankenkassen sollen sich fachärztliche Leistungen künftig im Wege von Einzelverträgen beschaffen, um so die Kosten besser steuern zu können. Durch Zerschlagung des Kartells wird hier ein Beschaffungsmarkt freigelegt werden, auf dem sich die Kassen anstrengen werden, die Preise zu drücken^{32a}.

24) BGH, NJW 1995, 2352.

25) BVerfGE 11, 221.

26) EuGH, Slg. 1991, 201 = NJW 1991, 2891 – Höfner-Elser/Macrotron GmbH –; vgl. auch EuGH, Slg. 1997, 7140 – Job Centre – zum Arbeitsvermittlungsmonopol in Italien; vgl. auch die Darstellung bei Gageel/Fuchs, SGB III, vor §§ 291–303, Rdnrn. 11 ff.

27) Vgl. zuletzt die Aufhebung der §§ 293–295 SGB III durch Art. 3 des Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 26. 3. 2002, BGBl. I, S. 1130.

28) Hierzu und zu den verschiedenen denkbaren Modellen *Konle-Seidl*, Steigerung von Effizienz und Reputation in der Arbeitsvermittlung, IAB-Werkstattbericht Nr. 15 vom 21. 10. 2002, S. 2.

29) EuGH, Urteil vom 3. 10. 2002, Rs. C-136/00 – Danner –.

30) Rdnrn. 26 f.

31) Schulz-Wiedner, Die Öffnung der Sozialversicherung im Binnenmarkt und ihre Grenzen, ZESAR 2003, S. 58 ff. (60 f.).

32) Zur Gewerkschaftsähnlichkeit der Kassenärztlichen Vereinigungen eingehend Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht – System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 2001 (nachfolgend zitiert: Rechtsquellen), S. 307–309, 385–392.

32a) Diese Planungen wurden inzwischen weitgehend aufgehoben; vgl. Abschnitt 3 der „Eckpunkte der Konsensverhandlungen zur Gesundheitsreform“ vom 22. 7. 2003; zugänglich über www.bmgs.bund.de/deu/drv/themen/gesundheit/eck.cfm.

b) Beschaffung von Krankenhausleistungen

Im Krankenhaussektor markieren die Einführung vereinbarter statt staatlich festgesetzter Preise im Jahr 1985 sowie vor allem die Verabschiedung des Selbstkostendeckungsprinzips durch das Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 eine Wende zur Marktorientierung³³. Den letzten Entwicklungsschritt in diesem Bereich brachte das Fallpauschalengesetz, das endgültig den tagesgleichen Pflegesatz verabschiedet und das viele Krankenhäuser vor eine Bewährungsprobe am Markt stellen wird.

Umgekehrt beginnt die Rechtswissenschaft die Beschaffung von Krankenhausleistungen durch die Krankenkassen als öffentliche Auftragsvergabe zu betrachten. Diese Betrachtungsweise, die auf eine mögliche Anwendung des Vergaberichts hinausläuft, könnte dazu führen, dass die Krankenkassen u. U. Versorgungsverträge mit Krankenhäusern erst nach einem regionalen grenzüberschreitenden Teilnahmewettbewerb oder gar nach einer europaweiten Ausschreibung abschließen dürften³⁴.

c) Beschaffung pflegerischer Dienstleistungen

Hinsichtlich der Beschaffung pflegerischer Dienstleistungen ist bereits mit der Einführung der Pflegeversicherung das Marktparadigma ins Gesetz aufgenommen worden. Zuvor waren Pflegeleistungen in erster Linie nach dem Bundessozialhilfegesetz erbracht worden. Weithin hatten sich die Sozialhilfeträger dabei der Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege bedient (§ 10 BSHG). Das Geschehen war also, um es plakativ auszudrücken, von Sozialstaatsgebot und Nächstenliebe geprägt.

Das neue Recht der Pflegeversicherung hat es demgegenüber zum ausdrücklichen Gesetzesprogramm erhoben, dass neben den freigemeinnützigen Trägern gleichermaßen privaten Trägern Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern zukommen soll (§ 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI). Mit alle diesen Trägern wird der Marktzutritt und werden die Vergütungen für Pflegeleistungen vertraglich vereinbart. Dieses Konzept hat zu einer Zunahme privatgewerblicher Anbieter vor allem in der ambulanten, aber auch in der stationären Pflege und zur Entstehung eines Pflegemarktes geführt³⁵. Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienstleistungen hat inzwischen rund 3000 Mitglieder³⁶.

Es kommt hinzu, dass die soziale Pflegeversicherung insbesondere im Bereich der stationären Pflege Leistungen nur im Rahmen bestimmter Höchstbeträge erbringt. Deshalb wird hier ein und dieselbe Leistung nicht nur auf der Basis von Verträgen mit den Pflegekassen in Anspruch genommen; vielmehr wird zugleich ein Beschaffungsvertrag des anteiligen Selbstzahlers, insbesondere des Heimbewohners notwendig. Das Institut, das diese komplexe Struktur beherbergt, ist der privatrechtliche Heimvertrag nach dem Heimgesetz. Ungeachtet aller sozialwirtschaftsrechtlicher Regulierung des Vorgangs „stationäre Versorgung im Pflegeheim“ handelt es sich hierbei also gewissermaßen aus doppelter Perspektive um ein marktliches Geschehen.

d) Beschaffung pharmazeutischer Leistungen

In Bezug auf die Versorgung der gesetzlich Versicherten mit pharmazeutischen Produkten haben uns die Kartellgerichte deutlich gemacht, dass es hier um ein Marktgeschehen geht, das nach wirtschaftsrechtlichen Maßstäben beurteilt werden sollte. U. a. für Arzneimittel werden seit dem Gesundheitsreformgesetz Festbeträge durch die Spitzenverbände der Krankenkassen festgelegt, die die Leistungspflicht der Kassen begrenzen. Gegen diese klagten pharmazeutische Unternehmen vor den Sozial- und auch vor den Zivilgerichten.

Das *Bundessozialgericht* hielt in seinem Vorlagebeschluss aus dem Jahr 1995 die Regularien der Festbetragsfestsetzung für verfassungswidrig, weil die Festbeträge von den Spitzenverbänden der Krankenkassen ohne Mitwirkung der Pharmaunternehmen festgelegt werden³⁷. Fasst man aber die Beschaffung von Medikamenten durch die Krankenkassen strukturell als Beschaffungsmarkt auf, wird sogleich deutlich, wie zweifelhaft derartige Mitbestimmungsdenken ist, denn auf einem Markt wäre es völlig irregulär, dass der Verkäufer an der Festlegung des käuferseitigen Preislimits partizipiert³⁸.

Vor allem der Kartellsenat des *OLG Düsseldorf*³⁹ hat demgegenüber zutreffend herausgearbeitet, dass die Preisfestsetzung durch die vereinigten Nachfrager in Gestalt der Spitzenverbände der Krankenkassen die Qualität einer Kartellabsprache hat, die – nach Auffassung des *Senats* – nicht zu rechtfertigen sei. Die Kartellgerichte haben diesen Standpunkt so deutlich formuliert, dass ihnen der Gesetzgeber die Zuständigkeit inzwischen abgenommen hat. Die Sozialgerichte werden als wirtschaftsrechtlich weniger konsequent eingeschätzt.

Damit wird zugleich auch in Bezug auf die Beschaffungsmärkte deutlich, dass ein spezifischer Ökonomisierungsschub erneut vom europäischen Recht ausgeht. Es war nämlich europäisches Kartellrecht, das die pharmazeutischen Kläger mobilisiert haben und mit dem sie bei den Kartellgerichten auf offene Ohren stießen. Wie es in Sachen Festbeträge letztlich um die europarechtliche Beurteilung steht, wird demnächst der *Europäische Gerichtshof* entscheiden. Bei diesem liegen seit einiger Zeit entsprechende Vorlagen des *Bundesgerichtshofs*⁴⁰ und des *OLG Düsseldorf*. Inzwischen hat Generalanwalt *Jacobs* dem *Gerichtshof* vorgeschlagen, die Festbetragsfestsetzung als Beschluss einer Unternehmensvereinigung einzuordnen, die den Wettbewerb beeinträchtigt; allerdings würden die Spitzenverbände zu dieser Maßnahme vom Staat gezwungen; entscheidend komme es deshalb – im Hinblick auf Art. 86 II EG – darauf an, ob die Festbeträge für die Erfüllung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben der Krankenkassen erforderlich seien, was *Jacobs* für naheliegend hält⁴¹.

e) Der soziale Dienstleistungsmarkt als europarechtliches Problem

Es verhält sich im Übrigen keineswegs so, dass es noch keine Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* zu den sozialen Beschaffungsmärkten gäbe. Vielmehr haben Urteile bereits aus dem Jahr 1998 für Aufsehen gesorgt, bei denen Versicherte Kostenerstattung für medizinische Leistungen im Ausland begehrt hatten. In diesen Urteilen hat der *EuGH* entschieden, dass die passive Dienstleistungsfreiheit bzw. die passive Warenverkehrsfreiheit der Patienten berührt ist, wenn ein Versicherter die jeweilige Leistung im Ausland beziehen möchte, daran aber durch Versagung der Kosten-

33) Hänlein, Rechtsquellen, S. 351 ff.

34) Vgl. Koenig/Steiner, Die Anwendbarkeit des Vergaberichts auf die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen, ZESAR 2003, S. 98 ff., S. 150 ff.

35) So bereits Pöhl-Krämer in: LPK-SGB XI, 1998, § 11, Rdnr. 11.

36) Hessisch-Niedersächsische Allgemeine vom 20. 5. 2003, KS-LO1.

37) Vgl. den Vorlagebeschluss BSG NZS 1995, 504; dazu BVerfG, Urteil vom 17. 12. 2002, 1 BvR 28,29 u. 30/95.

38) Eingehend Hänlein, Rechtsquellen, S. 156–158, 297 f.

39) Etwa *OLG Düsseldorf* als Vorinstanz zu *BGH*, VersR 2001, 1361; ferner: *OLG Düsseldorf*, NZS, 567 ff.; Pharm.Ind. 1999, 704 ff.; Urteil vom 26. 8. 1999 – U (Kart) 3/99; vgl. auch den Überblick bei *Axer*, Europäisches Kartellrecht und nationales Krankenversicherungsrecht, NZS 2002, S. 57 ff.

40) *BGH*, Beschluss vom 3. 7. 2001, VersR 2001, 1361.

41) Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 22. 5. 2003 zu den Rechtssachen C-264, 306, 354 und 355/01.

erstattung seitens seines Heimatsystems gehindert wird⁴². In jüngster Zeit hat der *Gerichtshof* entsprechend für stationäre Leistungen im Krankenhaus entschieden. Dass es um Leistungen der sozialen Sicherheit gehe, schließe die Anwendbarkeit der Regeln über den freien Dienstleistungsverkehr nicht aus⁴³. Vor kurzem erst hat der *Gerichtshof* die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit bei der Inanspruchnahme ambulanter und stationärer medizinischer Leistungen im Ausland erneut bekräftigt⁴⁴.

Damit ist andererseits nicht bereits gesagt, dass dem Versicherten notwendig die im Ausland in Anspruch genommene Leistung auch tatsächlich finanziert wird. Vielmehr anerkennt der *Gerichtshof* gewisse Gründe, v. a. die finanzielle Stabilität des Systems, die eine Beschränkung der Marktrechte der Kunden rechtfertigen können. Entscheidend ist aber, dass erneut in Bezug auf soziale Dienstleistungen von einem im Ausgangspunkt marktbezogenen Geschehen ausgegangen wird, für das prinzipiell die Regeln des Gemeinsamen Marktes einschlägig sind.

III. Teil: Vom praktischen Nutzen wirtschaftsrechtlicher Betrachtung des Sozialrechts

Meine Beispiele haben gezeigt, dass es reichlich Anlass für eine wirtschaftsrechtliche Herangehensweise an das Sozialrecht gibt, sowohl hinsichtlich der Märkte oder Quasimärkte für das Produkt soziale Sicherheit wie auch hinsichtlich der Märkte für soziale Dienstleistungen. Im dritten Teil möchte ich Überlegungen vortragen über den Nutzen der von mir vorgeschlagenen Betrachtungsweise für die Praxis. Rechtswissenschaft ist in erster Linie eine praktische Wissenschaft, so dass die Praxistauglichkeit eines Paradigmas ein entscheidendes Kriterium ist. In diesem Zusammenhang möchte ich vier Aspekte hervorheben.

1. Nutzen für die betriebliche und juristische Praxis

Ein erster Aspekt ist der Nutzen einer wirtschaftsrechtlichen Betrachtung des Sozialen in Bezug auf die betriebliche und juristische Praxis. Hier sehe ich insbesondere erhebliche Vorteile für diejenigen Betriebswirte oder Wirtschaftsjuristen, die auf Märkten tätig sind, auf denen sie mit Sozialleistungsträgern in Berührung kommen. Auf diesen Märkten, die aus meiner Sicht allenthalben expandieren, ergeben sich komplexe Gemengelagen. In solchen Konstellationen kann man sich geschäftlich nur behaupten, wenn sowohl sozialrechtliche wie auch wirtschaftsrechtliche Kenntnisse vorhanden sind, wobei „wirtschaftsrechtlich“ hier im eingangs bezeichneten weiteren, das Vertrags- und Schuldrecht umfassenden Sinn zu verstehen ist.

Ich denke hier z. B. an die Einschaltung privater Dienstleister auf dem Arbeitsförderungsmarkt in den Bereichen berufliche Weiterbildung oder Arbeitsvermittlung. So hat etwa ein Arbeitsvermittlungsunternehmen bei seinem zivilrechtlichen Vertrag mit dem Arbeitssuchenden nicht nur – zivilrechtlich wirkende – Formerfordernisse und Preisvorgaben aus dem Sozialrecht zu beachten⁴⁵. Es kommt hinzu, dass der erfolgreich vermittelte Arbeitslose die Rechnung mit seinem Vermittlungsgutschein wird zahlen wollen. Nach dem Vermittlungserfolg wird er also den im Gutschein verbrieften sozialrechtlichen Anspruch an den Vermittler weiter reichen, um seine privatrechtliche Schuld zu begleichen⁴⁶. Ähnliches geschieht, wenn ein Bildungsträger mit einem vom Arbeitsamt ausgestellten Bildungsgutschein „bezahlt“ wird⁴⁷.

Auch wer etwa ein Ärztehaus managen möchte, das vielleicht sogar mit einem Krankenhaus kooperieren will, wer ein Krankenhaus verwalten soll, wer mit einem Pflegedienst oder Pflegeheim am Markt auftreten möchte, steht vor der

Aufgabe, komplexe Verträge mit Kunden und Leistungsträgern zu gestalten.

Deshalb ist es eine Aufgabe sozialrechtlicher Lehre, bei der Vermittlung des Stoffes von einem die juristischen Teildisziplinen übergreifenden, gewissermaßen ganzheitlichen Ansatz auszugehen, der die sozialrechtliche und die wirtschaftsrechtliche Seite des Geschehens zusammenführt.

2. Technischer Nutzen für die Fortbildung des Rechts

Das private Wirtschaftsrecht birgt einen Formenschatz rechtlicher Figuren, den man sich bei der Fortentwicklung des Sozialrechts zunutze machen kann. Dies gilt sowohl für die Fortbildung des Rechts durch den Gesetzgeber wie auch durch die Rechtsprechung.

Was zunächst die Gestaltung des Sozialrechts durch den Gesetzgeber angeht, so wird meist als Beispiel für Anleihen beim Zivilrecht der öffentlich-rechtliche Vertrag genannt, den das einschlägige Buch des Sozialgesetzbuchs zum Teil durch Verweisung auf das bürgerliche Vertragsrecht regelt.

Dies ist freilich bei weitem nicht das einzige Beispiel. Ein weiterer Bereich, aus dem in den letzten Jahren besonders häufig Anleihen bezogen wurden, ist das Recht der privaten Unternehmensträger. Bei der Modernisierung der Sozialversicherungsträger hat sich der Gesetzgeber vielfach an Vorbildern aus dem Gesellschaftsrecht orientiert. Dass bei der Reform des Organisationsrechts der Krankenkassen die Aktiengesellschaft Pate stand, hatte ich bereits erwähnt. Jüngst hat sich der Gesetzgeber bemüht, mit einer ähnlich ausgerichteten Reform frischen Wind in die vom Statistikskandal geschüttelte Bundesanstalt für Arbeit zu bringen. Die neuen Regelungen über Vorstand und Verwaltungsrat der Anstalt wurden damit begründet, dass „die Leitungsstrukturen der Bundesanstalt für Arbeit () vergleichbar den Regelungen für privatwirtschaftliche Unternehmen verändert“ würden⁴⁸.

Dementsprechend bezieht sich die amtliche Begründung zum neuen Vorstand der Bundesanstalt ausdrücklich auf das Aktiengesetz⁴⁹.

Auch bei der Fortentwicklung des geltenden Sozialrechts *im Wege der Auslegung* kann wirtschaftsrechtliches Denken zu weiterführenden Einsichten verhelfen. So scheint es mir etwa sinnvoll, auch bei der Fusion von Krankenkassen ins Gesellschaftsrecht hinüber zu blicken. Dann wird nämlich deutlich, dass die Fusion zweier Kassen als vertragliche Verschmelzung von Unternehmen aufgefasst werden kann⁵⁰, als ein Phänomen also, zu dem es im Umwandlungsgesetz Antworten auf Fragen gibt, die man sich im Sozialrecht wohl oftmals noch nicht einmal gestellt hat. Kommt es etwa auf Grund einer Bilanzfälschung zur Fusion zweier Krankenkassen, lässt sich aus § 20 II UmwG ableiten, dass ab Wirksamkeit der Fusion Verschmelzungsmängel als unbeachtlich zu gelten hätten⁵¹.

Aufgabe wirtschaftsrechtlicher Sozialrechtswissenschaft sollte es sein, die Vorarbeit für solche Anleihen zu erbringen und auf diese Weise Gesetzgebung und Rechtsprechung anzuregen und zu unterstützen.

42) *EuGH*, Urteile vom 28. 4. 1998, Slg. 1998, I-1831 – Rs. 120/95 – Decker- und Slg. 1998, I – 1931, Rs. C-158/96 – Köhl –.

43) *EuGH*, Urteil 12. 7. 2001, Slg. 2001, I – 5473, Rs. C-157/99 – Smits/Peerbooms. = NJW 2001, 3391 – Smits/Peerbooms.

44) *EuGH*, Urteil vom 13. 5. 2003, Rs. C-385/99, – Müller-Fauré/van Riet.

45) Vgl. im Einzelnen § 296 SGB III.

46) Vgl. § 421 g SGB III.

47) Dazu § 77 III SGB III.

48) Vgl. den Ausschussbericht BT-Drs. 14/8546, S. 5.

49) BT-Drs. 14/8546.

50) Vgl. Hänlein in: LPK-SGB V, 2. Aufl., 2003, § 144 Rdnr. 2.

51) Hänlein in: LPK-SGB V, § 144, Rdnr. 15.

3. Grundrechtsschutz durch Wirtschaftsrecht

Die Unternehmen, mit denen Sozialleistungsträger bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Beziehung treten, handeln auf den sozialen Beschaffungsmärkten in Ausübung ihrer wirtschaftlichen Grundrechte, insbesondere ihrer Berufsfreiheit. Dabei stehen diesen Unternehmen mit den Sozialleistungsträgern stets Akteure gegenüber, die besonders gut in der Lage sind, ihre Interessen durchzusetzen. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die überragende Marktmacht der Krankenkassen durch die geplante Zerschlagung des Ärztekartells noch verstärkt werden soll. Es ist unvermeidlich und überdies politisch gewollt, dass die sozialen Akteure die Marktmacht ausspielen, über die sie verfügen, sei es aus Gründen unmittelbarer Kostensenkung, sei es aus anderen Gründen. So werden bisweilen Anbietern sozialer Dienstleistungen unüberwindliche Hürden beim Marktzutritt in den Weg gelegt. Oder aber sie werden durch missbräuchliche Gestaltung der Konditionen vom Markt verdrängt.

Erwähnen möchte ich einen kürzlich entschiedenen Fall des *Bundesgerichtshofs*, in dem eine Krankenkasse einen privaten Pflegedienst in den Konkurs getrieben hatte, weil sie diesem Unternehmen in missbräuchlicher Weise geringere Vergütungen gewährte als den von den freien Wohlfahrtsverbänden getragenen Sozialstationen⁵². In diesem Fall verwirklichte der *BGH* den gebotenen Schutz mit Hilfe des Diskriminierungsverbotes des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Gegen dieses Verbot hatte die Krankenkasse durch ihre Preisgestaltung nach zutreffender Auffassung des *BGH* verstoßen. Es ist zu hoffen, dass sich die inzwischen für derartige Streitigkeiten zuständigen Sozialgerichte an solche Entscheidungen erinnern werden, wenn die Krankenkassen die Steuerungsmöglichkeiten wahrzunehmen beginnen, die ihnen der Gesetzgeber im Verhältnis zu den Fachärzten einräumen möchte.

Es ist eine Konsequenz der Schutzfunktion des Grundrechts der Berufsfreiheit, dass die Rechtsordnung es nicht einfach hinnehmen kann, wenn übermächtige Akteure mit dem Staat im Rücken auf einem Markt ihre Gegenspieler an die Wand drücken⁵³. Zur Verwirklichung des gebotenen Grundrechtsschutzes sind aus dem Wirtschaftsrecht bekannte Instrumente besonders geeignet. Das private Wirtschaftsrecht hält seit langem ein ausdifferenziertes Instrumentarium vor, das von den Zivilgerichten auch genutzt wird. Deshalb ist es im Interesse eines fairen Umgangs der Akteure auf den Sozialmärkten sinnvoll, auf diese bewährten Instrumente zurückzugreifen. *Völker Neumann* hat diese Einsicht einmal so ausgedrückt: „Das Sozial-Wirtschaftsrecht braucht das Wettbewerbsrecht dringend, solange nicht einem Teil der Verwaltungsgerichte und dem größeren Teil der Sozialgerichte der in Ansehung der Leistungserbringer bestehende ‚grundrechtliche Star gestochen ist‘“⁵⁴.

4. Europapolitischer Nutzen

Im Recht der Europäischen Gemeinschaft gab es lange nur wenige spezifische Regelungen zum sozialen Sektor. Dieser Sektor war Domäne der Mitgliedstaaten geblieben. Erst in jüngerer Zeit verschieben sich hier die Gewichte. Ausgeprägt geregelt war hingegen stets die europäische Wirtschaftsverfassung, der Gemeinsame Markt mit den Grundfreiheiten und seinen die freien Märkte sichernden Wettbewerbsregeln. Diese Wirtschaftsverfassung hat in den letzten Jahren, meist vermittelt über die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs*, immer stärkere Impulse in das Sozialrecht ausgesandt, eine Entwicklung, die noch keineswegs abgeschlossen ist.

Bekanntlich hat die Europäische Gemeinschaft im Bereich der Versorgung mit Elektrizität, Gas, und Telekom-

munikation klassische Bereiche der so genannten öffentlichen Daseinsvorsorge⁵⁵ liberalisiert. Die EG-Kommission will diese Strategie mit ihrem soeben veröffentlichten „Grünbuch Daseinsvorsorge“ fortführen. Dort geht es um die Liberalisierung derjenigen Dienste und staatlichen Leistungen, die bisher von der europaweiten Liberalisierung noch ausgeschlossen waren. Dabei lenkt die Kommission erstmals die Diskussion auch in Richtung der Sozialleistungssysteme und der sozialen Dienste⁵⁶.

Die europäische Dynamik bringt es mit sich, dass die wirtschaftsrechtliche Durchleuchtung unseres Sozialrechts mit höchster Dringlichkeit auf der Tagesordnung steht, ob einem dies nun passen mag oder nicht. Das gilt für strukturalistische Anhänger unserer sozialrechtlichen Traditionen, die auf Bollwerke gegenüber den europäischen Entwicklungen aus sein mögen. Aus dieser Sicht ist soziales Wirtschaftsrecht gewissermaßen als Früh- und Vorwarnsystem notwendig. Diejenigen, die die angedeuteten europäischen Entwicklungen optimistischer sehen, brauchen soziales Wirtschaftsrecht, um bei der Gestaltung der europäischen Entwicklung mitwirken zu können.

Die europarechtlich-wirtschaftsrechtlichen Implikationen verschaffen dem Sozialrechtswissenschaftler übrigens einen weiteren Mehrwert, den ich nicht verschweigen will. Solange man sich als Jurist mit dem so genannten einfachen Recht beschäftigt, sieht man sich vielfach als Verwalter dessen, was eben rechtlich der Fall ist, gewissermaßen ohne höhere Weihe, stets bedroht vom makulierenden Federstrich des Gesetzgebers, der druckfertige Kommentierungen über Nacht entwerfen kann. Vor diesem Hintergrund erscheint regelmäßig Verfassungsrecht attraktiv, das dem Juristen auf höherer Ebene Halt und seinen Schriften Beständigkeit verspricht. Nun verhält es sich im Sozialrecht so, dass der einschlägige Gehalt der Verfassung dünner ist als in anderen Bereichen. Maßstäbliches aus dem Sozialstaatsprinzip abzuleiten, erweist sich als prekär. Anders verhält es sich mit der europäischen Wirtschaftsverfassung. Aus ihr lässt sich mehr Honig saugen, ohne dass der Gesetzgeber diesen Genuss so leicht vereiteln könnte.

IV. Neue Vermessung der Sphären des Sozialen und des Marktes

Ich komme zum vierten und abschließenden Abschnitt:

Die Glücksforschung belehrt uns, Wohlfahrt sei eine abgemagerte Version von Glück⁵⁷. Das Glück im Winkel zu genießen, verbietet die Herausforderungen der Gegenwart, die demographische Entwicklung, die Globalisierung⁵⁸. Dies beginnt die Politik allmählich zur Kenntnis zu nehmen. In vielen Ländern wird derzeit um einen Paradigmenwechsel in der Politik gekämpft, besonders lautstark in Frankreich und in Österreich; in Deutschland geschieht

52) *BGH*, Urteil vom 11. 12. 2001, KZR 5/00.

53) Vgl. auch Hänlein, Rechtsquellen, S. 157 f., 298; ferner Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rdnrn. 843 ff.

54) In Symposium Giese, S. 59.

55) Instrukтив Püttner, Das grundlegende Konzept der Daseinsvorsorge, Kommunale Daseinsvorsorge – Begriff, Geschichte, Inhalt, in: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 32 ff.; vgl. ferner Kingreen, Die sozialen Sicherungssysteme als Elemente der Daseinsvorsorge in Europa, ebd., S. 96 ff.; knappe Übersicht über die Entwicklung bei *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, S. 290 ff.

56) Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. 5. 2003 – KOM (2003) endgültig, bes. S. 18 u. S. 63; zur diesbezüglichen Diskussion im Vorfeld des Grünbuchs *Schulz-Weidner*, ZESAR 2003, S. 58 ff. (64 ff.).

57) Deutschlandfunk – Studiozeit: Glück ist keine Glückssache, 24. 4. 2003, 20. 10. – 21.00 Uhr.

58) Eingehend *F.X. Kaufmann*, Herausforderungen des Sozialstaates, 1997.

dies in Gestalt der Auseinandersetzungen um die Agenda 2010.

Um einen parallelen Paradigmenwechsel in der Wissenschaft vom Sozialrecht geht es mir bei dem Vorschlag, Sozialrecht als Wirtschaftsrecht zu betreiben. Dieser Vorschlag zielt darauf ab, die bereits vollzogenen und die bevorstehenden Veränderungen des Sozialleistungssystems und seines rechtlichen Rahmens zu beschreiben, zu analysieren und vielleicht auch zu befördern. Zentraler normativer Bezugspunkt und zugleich normativer Anstoß der gebotenen Neubesinnung ist, wie aus meinen bisherigen Ausführungen wohl deutlich geworden ist, das Europarecht. Während das Grundgesetz in puncto Wirtschaftsverfassungsrecht Enthaltensamkeit übt, wirtschaftspolitisch neutral ist, wie es das *Bundesverfassungsgericht* sagt⁵⁹, ist dies beim Recht der Europäischen Gemeinschaft anders. Vor dem Hintergrund einer aus nationaler Sicht vorgegebenen europäischen Marktverfassung erscheinen alle sozial motivierten Abweichungen von diesem Konzept als begründungsbedürftige Ausnahmen. Der Rechtfertigungsdruck, der aus dem Europarecht resultiert, dürfte auch weiterhin stärker sein als der Druck, der vom nationalen Verfassungsrecht ausgeht. In Europa gibt es „keine Garantie für öffentliche Monopole“⁶⁰. Es spricht vielmehr alles dafür, dass das europäische

Recht und die europäische Politik eine neue Vermessung der Spielfelder der Sozialpolitik erzwingen werden, eine neue Abmessung der Sphären von Eigenverantwortung, Markt und Wettbewerb einerseits, von sozialem Schutz und Solidarität andererseits. Für die Sozialrechtswissenschaft ergibt sich daraus zugleich Notwendigkeit und Chance, ihre normativen Grundfragen neu aufzuwerfen und zu überdenken. Ist das vorgeschlagene Paradigma auch neu, so sind es die Grundfragen, die Grundprobleme selbstverständlich nicht. Aber gerade dadurch mag die Wissenschaft vom Wechsel des Paradigmas profitieren, dass er ihr den Atem gibt, die vielleicht endgültig überhaupt nicht zu lösenden Probleme trotzdem aufs neue wieder anzupacken. Insofern schlage ich vor, es mit dem Soziologen *Dirk Baecker* zu halten, der überzeugt ist vom „Nutzen ungelöster Probleme“⁶¹.

59) Vgl. *BVerfGE* 4, 7 (17 f.) – Investitionshilfe –; *BVerfGE* 50, 290 (336 f.) – Mitbestimmung –; ferner *Rittner*, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., S. 26 ff. zu den diesbezüglichen Kontroversen der 50er Jahre.

60) Überschrift eines Artikels in der *FAZ* vom 21. 5. 2003, S. 12, zum neuen Grünbuch der EG-Kommission zur Daseinsvorsorge.

61) So *Christian Geyer* in seiner Besprechung von *Baecker/Kluge*, *Vom Nutzen ungelöster Probleme*, *FAZ* vom 21. 5. 2003, S. 34: „Mehdorns Theoretiker – *Dirk Baecker* erklärt, wie Unternehmen erfolgreich scheitern“.