SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIAL FENNELLY

vom 6. Februar 1997 *

I — Einleitung

1. Die dem Gerichtshof vorliegend gestellten Fragen kommen aus der italienischen Region Lombardei. Die Region finanziert gesundheitsbezogene Sozialhilfeleistungen, die von ohne Gewinnerzielungsabsicht tätigen Betreibern von Seniorenwohnheimen erbracht werden. Führt der Umstand, daß kaufmännisch betriebene Heime nicht zugelassen sind, in Verbindung mit der Tatsache, daß die ohne Gewinnabsicht betriebenen Heime fast ausschließlich italienische sind, zur Unvereinbarkeit der Regelung insbesondere mit Artikel 52 des Vertrages? Das ist die Hauptfrage eines Ersuchens um Vorabentscheidung, das im Zusammenhang mit einer von einer luxemburgischen Gesellschaft und deren italienischer Tochtergesellschaft erhobenen Klage vorgelegt worden ist.

II — Rechtlicher und tatsächlicher Zusammenhang

2. Das italienische Recht unterscheidet, was die Sozialhilfe betrifft, zwischen allgemeinen Leistungen und solchen, die die Gesundheitspflege betreffen. Nach einem Dekret vom 8. August 1985 sind die letztgenannten Leistungen unmittelbar und in erster Linie dazu bestimmt, die Gesundheit der Bürger durch vorbeugende Maßnahmen, Pflege und/oder physische und psychologische Rehabilitation zu schützen [1]. Hierunter kann die Unterbringung älterer gebrechlicher Personen, die nicht zu Hause gepflegt werden können, in einem Pflegeheim zum Zweck der Betreuung gehören. Lassen sich die erforderlichen Pflegeleistungen nicht von den Leistungen der allgemeinen Sozialhilfe trennen, so können die örtlichen Behörden im Rahmen der Mittel, die der Fondo Sanitario Nazionale (Nationaler Gesundheitsfonds; im folgenden: FSN) zur Verfügung stellt, mit öffentlichen und in Ermangelung dessen mit privaten Stellen, die über das geeignete Personal und die erforderlichen Einrichtungen für eine solche Pflege verfügen, Verträge schließen. Die Kosten werden zwischen dem FSN und den Behörden der Sozialhilfe nach Maßgabe der jeweiligen Anteile an der Erbringung von Gesundheitsleistungen und anderen Sozialhilfeleistungen geteilt [2].

3. Artikel 5 Absatz 1 der Legge regionale lombarda (lombardisches Regionalgesetz) Nr. 1 vom 7. Januar 1986 über Reorganisa-

* Originalsprache: Englisch.

1 — Artikel 1 des Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (Dekret des Präsidenten des Ministerrats) vom 8. August 1985, das auf der Grundlage des Gesetzes Nr. 833 vom 23. Dezember 1978 erlassen wurde (GURI Nr. 191 vom 14. August 1985, S. 5727; im folgenden: Dekret).

2 — Artikel 6 des Dekrets. Die örtlichen Gemeinden sind die für die Zahlung der normalen Wohnkosten dieser Heime verantwortlichen Behörden der Sozialhilfe; siehe unten, Nr. 8.

tion und Planung der Sozialhilfedienste (im folgenden: Gesetz von 1986) [3] gewährleistet im Einklang mit Artikel 38 der italienischen Verfassung die Freiheit aller Personen, Verbände und sonstigen Stellen, sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialhilfe zu betätigen. Gemäß Artikel 50 Absätze 1, 2 und 5 des Gesetzes von 1986 bedarf die Errichtung von Wohnheimen — seien es Altersheime oder Pflegeheime — für Senioren oder Personen, die ganz oder teilweise nicht in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen, der Genehmigung durch die zuständige Provinzverwaltung. Die Voraussetzungen für die Genehmigung, z. B. was Zahl und Qualifikation des Personals, vorhandene Einrichtungen und Arbeitsweise des Heimes betrifft, werden vom Piano regionale socio-assistenziale (regionaler Sozialhilfeplan; im folgenden: PSA) festgelegt [4]. Der PSA setzt auch die Bedingungen für die Befugnis zum Abschluß von Verträgen gemäß Artikel 18 Absatz 3 der Legge regionale della Lombardia (Regionalgesetz für die Lombardei) Nr. 39 vom 11. April 1980 über Organisation und Arbeitsweise der örtlichen Gesundheits- und Sozialämter (im folgenden: Gesetz von 1980) fest [5]. Auf eine Frage des Gerichtshofes hat Italien dargelegt, daß der gegenwärtig geltende PSA [6] für alle Seniorenwohnheime die gleichen Strukturnormen (betreffend Hygiene, Brandschutz, Heizung, Höchstzahl der Bewohner pro Raum usw.) vorschreibt, jedoch fordert, daß in Pflegeheimen, die solche Personen betreuen, die überhaupt nicht in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen, die Zahl der Krankenschwestern, Ärzte und Physiotherapeuten im Verhältnis zur Zahl der Bewohner höher zu sein hat als in Altersheimen, deren Bewohner nur teilweise nicht in der Lage sind, ihre eigenen Angelegenheiten zu besorgen. Für jede dieser beiden Arten von Wohnheimen ist indessen eine relativ höhere Personalstärke vorgeschrieben, wenn es sich um Heime handelt, die Verträge nach dem Gesetz von 1980 schließen, als wenn es um solche geht, denen ein Vertragsabschluß verwehrt ist.

4. Artikel 12 Absätze 1 und 2 des Gesetzes von 1986 sieht vor, daß der PSA die Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe festlegt; er stellt den Grundsatz des Vorrangs bedürftiger Personen auf und bestimmt, daß die Kosten der an andere Personen erbrachten Leistungen ganz oder teilweise von diesen selbst oder von ihrer örtlichen Gemeinde zu tragen sind [7]. Artikel 59 regelt die Bedingungen des Zugangs zu Leistungen der Sozialhilfe. Nach Artikel 9 können italienische Bürger und in der Lombardei ansässige Ausländer sowie Staatsbürger und Ausländer, die sich lediglich vorübergehend in der Lombardei aufhalten, Leistungen der Sozialhilfe erhalten, wenn sie in Not sind und Hilfe benötigen, für die sie nicht auf ihre eigene Region oder ihren eigenen Staat verwiesen werden können.

3 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* Nr. 2 vom 8. Januar 1986, erster Ergänzungsband.

4 — Artikel 50 Absatz 3 des Gesetzes von 1986.

5 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* Nr. 15 vom 11. April 1980, dritter Ergänzungsband. Dieses Erfordernis ist in Artikel 50 Absatz 4 des Gesetzes von 1986 sowie in Artikel 18 Absätze 1 und 7 des Gesetzes von 1980 näher geregelt.

6 — PSA für 1988—1990, genehmigt vom Consiglio Regionale della Lombardia (Regionalrat der Lombardei) mit Dekret Nr. 871 vom 23. Dezember 1987, geändert und erweitert durch die Dekrete Nr. V/122 vom 12. Februar 1991 und Nr. V/1425 vom 7. März 1995.

7 — Artikel 12 Absatz 3 des Gesetzes von 1986 definiert den Begriff der bedürftigen Person anhand verschiedener Kriterien: Familieneinkommen, gänzliche oder teilweise Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, Gefahr, an den Rand der Gesellschaft gedrängt zu werden.

5. Das Gesetz von 1980 regelt den Abschluß von Verträgen über die Erbringung von Leistungen der Sozialhilfe einschließlich der Leistungen der Gesundheitspflege durch öffentliche und private Stellen [8]. Diese Verträge werden mit örtlichen Gesundheits- und Sozialämtern geschlossen (Unità Socio-Sanitarie Locali; im folgenden: USSL).

6. Artikel 18 des Gesetzes von 1980 legt die Bedingungen für den Abschluß von Verträgen zwischen den USSL und privaten Stellen fest. Artikel 18 Absatz 2 bestimmt in Verbindung mit Artikel 18 Absatz 5, daß die Region privaten Verbänden, Stiftungen und Einrichtungen, die an Planung und Organisation von USSL-Dienstleistungen teilzunehmen wünschen, auf Antrag das Recht einräumt, Verträge mit den USSL zu schließen. Nach Artikel 18 Absatz 3 des Gesetzes von 1980 ist der Erwerb eines solchen Rechts davon abhängig, daß die beteiligten Stellen a) keinen Gewinn anstreben (gemeinnützig sind) [9] und b), wie im PSA vorgesehen [10], einen angemessenen Standard aufweisen, was Dienstleistungen, Qualifikationen des Personals sowie organisatorische und betriebliche Vorkehrungen betrifft. Nach Artikel 18 Absatz 10 sind Verträge für einen Zeitraum von nicht über drei Jahren zu schließen, können jedoch verlängert werden. Nach ihnen richten sich die finanziellen Beziehungen mit der vertragschließenden öffentlichen Stelle; sie tragen Sorge für die Bezahlung individueller Leistungen im Wege der Rückvergütung, und zwar auf der Grundlage von Tarifen, die innerhalb der im PSA bestimmten Grenzen im voraus festgesetzt werden und in jedem Fall die tatsächlich entstandenen Kosten zu decken haben. Ferner heißt es in Artikel 18 Absatz 11, daß die Verträge es der vertragschließenden Behörde ermöglichen müssen, die Kostenbestandteile und die Qualität der gemäß den Verträgen erbrachten Leistungen zu überwachen.

7. Von insgesamt 430 Seniorenwohnheimen haben 425 Verträge mit den verschiedenen USSL in der Region Lombardei geschlossen [11]. Ungefähr 95 % der verfügbaren Wohnplätze werden von Vertragsheimen gestellt (14,5 % im öffentlichen Sektor, der Rest in privaten Vertragsheimen) [12].

8. Die Region finanziert die den Vertragsheimen erbrachten gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe (nämlich die Kosten des oben erwähnten Personals) bis zu einem Rückerstattungssatz von 50 000 LIT pro Tag für jeden Bewohner, der nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu besorgen, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Betroffene in finanzieller Not befindet. Auf der anderen Seite werden die Wohnkosten älterer

8 — Für Verträge, die lediglich die Gesundheitspflege betreffen, gilt die Legge regionale della Lombardia Nr. 833 vom 3. Dezember 1988.

9 — Nach dem gegenwärtig geltenden PSA sind als gemeinnützig solche Stellen anzusehen, die keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen oder ihre Gewinne nicht auf ihre Anteilseigner oder Mitglieder verteilen.

10 — Gemäß Artikel 18 Absatz 9 des Gesetzes von 1980 ist im Vertrag die Verpflichtung der vertragschließenden Parteien vorzusehen, Dienstleistungen für die dort genannten Bevölkerungsgruppen zu erbringen und die Verfahren zur Bestimmung der zum Empfang individueller Dienstleistungen berechtigten Personen in Einklang mit den für ähnliche öffentliche Dienstleistungen und Einrichtungen geltenden Verfahren zu bringen.

11 — Diese von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens zitierten Zahlen wurden dem *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* vom 12. Januar 1995, dritter Sonderergänzungsband, entnommen.

12 — Die von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens angeführten Zahlen entstammen dem Progetto Obiettivo Anziani Regione Lombardia, das durch Dekret des Regionalrats Nr. 48808 vom 1. Mai 1994 genehmigt wurde.

Bewohner, die als bedürftig angesehen werden, im Rahmen eines gesonderten Sozialhilfesystems von den Gemeinden der Betroffenen nach Maßgabe der verfügbaren Mittel ganz oder teilweise erstattet, ohne Rücksicht darauf, ob die in Rede stehenden Heime mit den zuständigen USSL Verträge geschlossen haben [13]. Den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens zufolge belaufen sich die von der Region im Fall von Vertragsheimen übernommenen gesundheitsbezogenen Kosten der Wohnheime für Senioren, die nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten zu besorgen, auf ungefähr ein Drittel der Gesamtkosten [14].

9. Die Sodemare SA, eine luxemburgische Gesellschaft, besitzt alle Anteile einer italienischen Gesellschaft, der Anni Azzurri Holding SpA, die ihrerseits alle Anteile einer Reihe von Gesellschaften hält, die Seniorenwohnheime betreiben, einschließlich der Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Die letztgenannte Gesellschaft ist durch ein Dekret des Präsidenten der Provinz Brescia ermächtigt worden, ein Pflegeheim für Personen zu betreiben, die ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können [15]. Sie beantragte am 29. April 1993 beim Regionalrat der Lombardei, sie zum Abschluß eines Vertrages mit der zuständigen USSL zu ermächtigen. Der Antrag wurde durch Entscheidung des Regionalrats vom 3. Dezember 1993 im Anschluß an die ungünstige Stellungnahme der USSL mit der Begründung abgelehnt, die Gesellschaft sei nicht gemeinnützig, wie dies Artikel 18 Absatz 3 Buchstabe a des Gesetzes von 1980 verlange [16]. Die drei von der Sodemare SA und ihren Tochtergesellschaften betriebenen Wohnheime in der Lombardei sind jeweils zu 45 % (im Fall der Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl), 60 % und 80 % belegt. Die Belegungsquote des von ihnen in der benachbarten Region Piemont, wo öffentliche Zuschüsse für gesundheitsbezogene Leistungen der Sozialhilfe zur Verfügung stehen, betriebenen Heims beträgt 90 %, während diejenige der Vertragsheime in der Region Lombardei sich 1995 auf 97,4 % belief. In der Lombardei bestehen auch Wartelisten für Plätze in Vertragsheimen. Die Klägerinnen haben auf eine Frage des Gerichtshofes erklärt, 2 % ihrer Bewohner seien Nichtitaliener, die tendenziell in Zeiträumen zwischen einem und drei Jahren blieben. Etwa 10 % der viel größeren Zahl der jedes Jahr eingehenden Anfragen kämen von Personen anderer Mitgliedstaaten. In der mündlichen Verhandlung hat der Anwalt der Klägerinnen ausgeführt, in der Vergangenheit habe ein nichtitalienischer Angehöriger eines Mitgliedstaats der Gemeinschaft für kurze Zeit zum Zweck der postoperativen Genesung in einem ihrer Heime gewohnt; wegen solch kurzer Aufenthalte habe es einige Kritik gegeben.

10. Die drei oben erwähnten Gesellschaften erhoben vor dem Tribunale Amministrativo

13 — Diese Auskunft wurde von Italien auf eine Frage des Gerichtshofes erteilt.

14 — Diese Berechnung stützt sich auf Hochrechnungen der vom ISTAT berechneten durchschnittlichen täglichen Kosten der Betreuung im Wohnheim sowie auf die jährlichen gesamtstaatlichen Ausgaben des FSN für gesundheitsbezogene Zuschüsse an Wohnheime. Der auf dieser Basis berechnete Anteil der gesundheitsbezogenen Ausgaben an den Gesamtkosten ist, was die Lombardei betrifft, höher als ein Drittel.

15 — Dekret Nr. 728/20/92 vom 3. Dezember 1992, erlassen aufgrund von Artikel 50 des Gesetzes von 1986.

16 — Entscheidung Nr. 2157 des Regionalrats der Lombardei; ablehnende Stellungnahme Nr. 41 der USSL durch Entschließung Nr. 1976 vom 7. September 1993.

regionale per la Lombardia (nachstehend: das vorlegende Gericht) Klage gegen die Region Lombardei mit dem Antrag, die Entscheidung und die ungünstige Stellungnahme bei gleichzeitiger Nichtanwendung von Artikel 18 Absatz 3 Buchstabe a des Gesetzes von 1980 aufzuheben. Die Fédération des Maisons de Repos Privées de Belgique ASBL (Femarbel) trat dem Rechtsstreit zur Unterstützung der klagenden Gesellschaften bei.

11. Mit Beschluß vom 2. März 1995 hat das vorlegende Gericht das Verfahren ausgesetzt, um den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (im folgenden: Vertrag) um eine Vorabentscheidung zu ersuchen. In dem Beschluß führte das Gericht aus, die klagenden Gesellschaften seien zwar wirtschaftlich tätig, aber nicht voll ausgelastet. Die Belegungsquote ihrer Wohnheime sei niedrig. Ihr Umsatz, der sich in erheblichem Umfang aus den von den Bewohnern gezahlten Wohnkosten zusammensetze, liege weit unter dem denkbaren optimalen Niveau. Artikel 18 des Gesetzes von 1980 wirke sich dahin aus, daß die Erbringung der in Rede stehenden — nämlich der gesundheitsbezogenen — Leistungen der Sozialhilfe im wesentlichen den ohne Gewinnstreben arbeitenden Gesellschaften vorbehalten sei [17]. Schließlich „hat der Umstand, daß nur Gesellschaften ohne Gewinnstreben finanziert werden, zur Folge, daß Personen, die die Leistungen einer mit Gewinnstreben arbeitenden Gesellschaft in Anspruch zu nehmen wünschen, eine finanzielle Last zu tragen haben, die sie nicht zu tragen hätten, wenn sie entsprechende Dienstleistungen einer gemeinnützigen Gesellschaft in Anspruch nehmen wollten".

17 — Dieser Gesichtspunkt wird stärker in der zweiten Frage betont, in der von einem vollständigen Bereich von Dienstleistungen die Rede ist, die ohne Gewinnstreben arbeitenden Gesellschaften vorbehalten sind.

12. Das vorlegende Gericht ersucht den Gerichtshof um die Beantwortung folgender Fragen:

1) Ist eine nationale Rechtsvorschrift, die zwar eine Materie regelt, die in den „Anwendungsbereich" der Gemeinschaftsverträge fällt, die aber nicht mit Gründen versehen ist, in Fällen, in denen — wie offenbar im vorliegenden Fall — die nationale Vorschrift zu Unklarheiten tatsächlicher Art führt, weil die betroffenen Normadressaten über ihre Möglichkeiten, sich auf das Gemeinschaftsrecht zu berufen, im ungewissen gelassen werden, nach Artikel 190 EG-Vertrag wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht rechtswidrig mit der Folge, daß sie durch die nationalen Gerichte nicht angewandt werden kann?

(Es handelt sich um die Fälle, in denen dem Mitgliedstaat die „Verpflichtung" [die nach der italienischen Corte costituzionale eine „konkrete Verpflichtung" darstellt; vgl. Urteil der Corte costituzionale Nr. 389 vom 11. Juli (4. Juli) 1989, Punkt 4 letzter Absatz der Begründung] obliegt, die mit der Gemeinschaftsrechtsordnung unvereinbaren Rechtsvorschriften aus seiner innerstaatlichen Rechtsordnung zu entfernen [vgl. zu dieser Verpflichtung zur Aufhebung von Rechtsvorschriften Urteil des Gerichtshofes vom 24. März 1988 in der Rechtssache 104/86, Slg. 1988, 1799]. Diese Verpflichtung hat der Gerichtshof der Gemeinschaft „mehrmals" bejaht.)

2) Verstößt eine nationale Rechtsvorschrift, die „Gesellschaften" ohne Erwerbszweck (ohne Angabe von Gründen) einen vollständigen Bereich von — auch finanziell — wichtigen Dienstleistungen vorbehält, gegen Artikel 58 EG-Vertrag, obwohl dieser zwischen „Gesellschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen", und „Gesellschaften, die keinen Erwerbszweck verfolgen", streng unterscheidet?

3) Verstößt eine nationale Rechtsvorschrift, die die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit dadurch behindert, daß sie ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen, das sich in einem anderen Mitgliedstaat im Sinne des EG-Vertrags niederlassen will, vor die Alternative stellt, entweder diese Tätigkeit in nichtwirtschaftlicher Form auszuüben — wobei es in diesem Fall eine ausdrücklich vorgeschriebene Rechtsform erhält, die nicht zu denen gehört, die eine Niederlassung zulassen — oder aber, wenn es die Tätigkeit in wirtschaftlicher Form auszuüben beabsichtigt, die Lasten für Leistungen zu übernehmen, die an sich das öffentliche Gesundheitswesen zu tragen hätte, gegen die Artikel 52, 58 und 59 EG-Vertrag?

4) Verstößt eine nationale Regelung, die die Personen, die Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen — und nach innerstaatlichem Recht den Leistungserbringer wählen können —, nach den in diesem Recht festgelegten Modalitäten ausschließlich an Unternehmen verweist, denen der Staat nur wegen ihrer Rechtsform die Kosten für Leistungen des Gesundheitswesens, die alle zugelassenen Unternehmen erbringen müssen, erstattet, gegen Artikel 59 EG-Vertrag, wenn die nationale Regelung damit zum einen die Nachfrage nach Dienstleistungen auf bestimmte Leistungserbringer lenkt und zum anderen den Benutzern eine echte Wahlfreiheit nimmt?

5) Verstößt die fragliche Regelung, die nach dem im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Mechanismus

a) es nur Gesellschaften mit einer bestimmten Rechtsform erlaubt, Leistungen, die Nebenleistungen zu von ihnen entgeltlich erbrachten Dienstleistungen darstellen, zu erbringen, ohne daß sie dafür die Kosten zu tragen haben;

b) es zuläßt, daß diese Gesellschaften auf dem Markt als Kategorie von Unternehmen mit gleichen qualitativen und quantitativen Merkmalen auftreten, die sich den Benutzern weitgehend als einheitliche Stelle darstellen;

c) es zuläßt, daß die Nachfrage nach Dienstleistungen im Bereich der Sozialhilfe für ältere Menschen auf die unter b genannten Unternehmen gelenkt wird;

d) es zuläßt, daß die Unternehmen verpflichtet werden, auf eigene Kosten Leistungen zu erbringen, die Nebenleistungen zu Dienstleistungen darstellen, die sie entgeltlich erbringen;

e) zu Vereinbarungen führt, die bewirken, daß die nicht beteiligten Unternehmen verpflichtet sind, auf eigene Kosten unter Kostenabwälzung auf die Empfänger Leistungen zu erbringen, die Nebenleistungen zu von ihnen erbrachten Dienstleistungen darstellen;

f) damit das Erfordernis aufstellt, daß die mit diesen Leistungen verbundene wirtschaftliche Belastung, die sonst — wenn die Benutzer die Dienste der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen in Anspruch genommen hätten — kostenlos gewesen wären, auf diese Benutzer übertragen wird,

gegen die Artikel 3 Buchstabe f [18], 5, 85 und 86 EG-Vertrag, gegebenenfalls auch in Verbindung mit Artikel 90 EG-Vertrag?

III — Eingereichte schriftliche Erklärungen

13. Schriftliche Erklärungen sind von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, Femarbel, der Italienischen Republik, dem Königreich der Niederlande und der Kommission eingereicht worden. In der mündlichen Verhandlung haben die Klägerinnen, Italien und die Kommission Ausführungen gemacht.

IV — Rechtliche Prüfung

14. Ich will mich zuerst der von Italien angeschnittenen Frage der Zulässigkeit widmen. Anschließend werde ich die Frage des vorlegenden Gerichts in der oben angegebenen Reihenfolge prüfen. Aus den nachstehend dargelegten Gründen werde ich jedoch die zweite und die dritte Frage gemeinsam erörtern.

A — *Zulässigkeit*

15. Nach Ansicht Italiens sind die dritte, die vierte und die fünfte Frage unzulässig, weil das vorlegende Gericht sein Ersuchen um Vorabentscheidung entweder nur summarisch (dritte und vierte Frage) oder überhaupt nicht (fünfte Frage) begründet und statt dessen auf Ausführungen der Parteien im Ausgangsverfahren Bezug genommen habe, die im Vorlagebeschluß nicht wiedergegeben worden seien. Dies hindere interessierte Mitgliedstaaten daran, Bemerkungen

18 — Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag wurde zu Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag.

vorzutragen [19]. Ich kann mich diesem Vorbringen nicht anschließen. Der Grund, aus dem das vorlegende Gericht die dritte Frage gestellt hat, ähnelt dem Grund für die zweite Frage, nämlich ob die Vorteilsgewährung zugunsten von Gesellschaften ohne Gewinnstreben die Niederlassung kaufmännisch betriebener Gesellschaften einschränkt. Das Gericht führt in seinem Vorlagebeschluß aus, die vierte Frage beziehe sich auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige potentielle Bewohner, die hinsichtlich der Wahl eines Heimes auf bestimmte Betreiber ausgerichtet werden könnten, weil Personen, die sich für kaufmännisch betriebene Gesellschaften entschieden, eine größere finanzielle Belastung zu tragen hätten. Was die fünfte Frage betrifft, so liefert das vorlegende Gericht zwar keine ausdrückliche zusätzliche Begründung, jedoch lassen die in der Frage in Umrissen dargelegten Bedingungen, liest man sie im Lichte des Sachverhalts, das Anliegen des Gerichts in bezug auf die etwaige Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft auf den beschriebenen Fall klar erkennen.

B — *Zur ersten Frage*

16. Aus dem Vorlagebeschluß geht eindeutig hervor, daß sich diese Frage auf Maßnahmen der innerstaatlichen Gesetzgebung und im besonderen auf die Bestimmungen des Gesetzes von 1980 bezieht [20]. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, Italien und die Kommission stimmen sämtlich darin überein, daß Mitgliedstaaten Maßnahmen, die die Ausübung von auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden subjektiven Rechten berühren, nur dann zu begründen hätten, wenn es sich um individuelle Maßnahmen handele. Die Klägerinnen machen jedoch geltend, die Bestimmungen des Gesetzes von 1980 stellten derartige Maßnahmen dar, weil sie in Wirklichkeit nicht an die Allgemeinheit, sondern an eine begrenzte Zahl von Personen gerichtet seien, die Wohnheime für Senioren betrieben. Sie begründen dieses Vorbringen im Wege eines Analogieschlusses aus Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages.

17. Die Verpflichtung, innerstaatliche Maßnahmen, die die Ausübung von im Gemeinschaftsrecht begründeten subjektiven Rechten berühren, mit Gründen zu versehen, ergibt sich nicht aus einer ausdehnenden Auslegung von Artikel 190 des Vertrages, sondern aus dem allgemeinen, seinerseits auf den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten beruhenden Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, wonach den einzelnen in solchen Fällen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen müssen [21].

18. Es ist zwischen allgemein anwendbaren gesetzgeberischen Maßnahmen und Individuen betreffenden Durchführungsentscheidungen zu unterscheiden. Die Forderung, selbst solche gesetzgeberischen Maßnahmen,

19 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 141/81 bis 143/81 (Holdijk u. a., Slg. 1982, 1299, Randnr. 6).

20 — Unter innerstaatlichen Maßnahmen verstehe ich in meinen Schlußanträgen stets auch Maßnahmen, die von unterhalb der staatlichen Ebene tätigen zuständigen Behörden wie solchen der Region oder der Provinz oder örtlichen Behörden getroffen werden.

21 — Vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 (Heylens u. a., Slg. 1987, 4097, Randnrn. 14 und 15), vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-249/88 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-1275, Randnr. 25), vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-340/89 (Vlassopoulou, Slg. 1991, I-2357, Randnr. 22) und vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 40).

die lediglich potentiell geeignet sind, die Ausübung auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender subjektiver Rechte zu berühren, bei ihrem Erlaß mit Gründen zu versehen, würde m. E. einen ungerechtfertigten und unnötigen Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten darstellen. Ob eine innerstaatliche gesetzgeberische Maßnahme das Gemeinschaftsrecht verletzt, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Es ist nicht ersichtlich, daß die Wirksamkeit des Rechtsschutzes durch diese Auffassung gefährdet würde.

19. Das Gesetz von 1980 ist keine individuell anwendbare Entscheidung. Der Kreis der Personen, die in der Region Lombardei Wohnheime für Senioren betreiben, ist offen [22]. In der Tat geht es im vorliegenden Fall in weitem Umfang um die Voraussetzungen für den Zugang zu diesem Kreis bereits in anderen Mitgliedstaaten ansässiger potentieller Mitglieder.

20. Ich komme zu dem Ergebnis, daß die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Gründe für den Erlaß allgemein anwendbarer gesetzgeberischer Maßnahmen anzugeben, auch wenn diese potentiell die Ausübung auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender subjektiver Rechte berühren.

22 — Siehe Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes von 1986, der auf Artikel 38 der italienischen Verfassung gestützt ist. Zur Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Personenkreisen im Zusammenhang mit Artikel 173 des Vertrages siehe z. B. Urteile vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62 (Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 95) und vom 7. Dezember 1993 in der Rechtssache C-6/92 (Federmineraria u. a./Kommission, Slg. 1993, I-6357).

C — *Zur zweiten und zur dritten Frage*

Die Bedeutung von Artikel 58 des Vertrages

21. Bei der Entscheidung darüber, wie man an diese Fragen herangehen soll, ist es erforderlich, die Bedeutung von Artikel 58 des Vertrages zu klären, der als einzige Bestimmung in der zweiten Frage angeführt und auch in der dritten erwähnt wird. Artikel 58 befaßt sich einzig und allein mit dem persönlichen Anwendungsbereich von Titel III Kapitel 2 des Vertrages. Seine Funktion besteht darin, für die Zwecke der Anwendung des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit Gesellschaften, Firmen und sonstige juristische Personen mit Ausnahme derjenigen, die keinen Gewinn anstreben (im folgenden: kaufmännisch arbeitende Gesellschaften), den natürlichen Personen gleichzustellen, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind [23]. Gesellschaften, Firmen und sonstige juristische Personen ohne Gewinnstreben gelangen also nicht in den Genuß der Niederlassungsfreiheit. Artikel 58 läßt den materiellen Anwendungsbereich dieser Freiheit unberührt. Wenn wir den unserem Fall zugrunde liegenden Sachverhalt als Beispiel nehmen, so läßt sich sagen, daß nationale Rechtsvorschriften, die Gesellschaften ohne Gewinnstreben anders behandeln als juristische Personen oder kaufmännisch betriebene Gesellschaften, durch Artikel 58 nicht ipso jure vom Geltungsbereich von Titel III Kapitel 2 des Vertrages ausgeschlossen sind, wenn sie die Niederlassungsfreiheit des letztgenannten Kreises einschränken. Anderenfalls würde der bloße Ausschluß einer Gruppe juristischer Personen von den auf dem Vertrag

23 — Urteil vom 6. November 1984 in der Rechtssache 182/83 (Fearon, Slg. 1984, 3677, Randnr. 8).

beruhenden subjektiven Rechten den Umfang der Rechte einschränken, die den Angehörigen anderer Gruppen gegenwärtig zustehen. Auf den vorliegenden Fall bezogen begründet Artikel 58 keine anderen materiellen Rechtsansprüche als diejenigen, die die anderen Bestimmungen von Kapitel 2, insbesondere Artikel 52, gewährleisten. Ich werde mich daher in diesem Teil meiner Ausführungen ausschließlich auf die Beantwortung der dritten Frage konzentrieren.

Die Bedeutung von Artikel 59 des Vertrages

22. Die dritte Frage bezieht sich auf die Artikel 52, 58 und 59 des Vertrages. Der Begriff der Niederlassung eines Unternehmens oder einer selbständig tätigen Person in einem Mitgliedstaat bestimmt sich nach der Beständigkeit seiner oder ihrer Tätigkeiten im Vergleich zu denjenigen eines Erbringers von Dienstleistungen, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort seine Tätigkeit lediglich auf zeitlich begrenzter Grundlage fortzusetzen. Die Niederlassung ist durch die beständige und dauerhafte Teilnahme eines Unternehmens oder einer selbständig tätigen Person am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als des Herkunftsstaats gekennzeichnet [24]. Es ist daher eindeutig davon auszugehen, daß Sodemare und ihre Tochtergesellschaften, soweit sie durch das beständige und dauerhafte Betreiben von Seniorenwohnheimen in der Lombardei eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, dort von ihrem Niederlassungsrecht Gebrauch gemacht und nicht lediglich zeitweise von einem anderen Mitgliedstaat, wie Luxemburg, aus Dienstleistungen erbracht haben. Ich werde daher bei der Beantwortung dieser Frage lediglich die Artikel 52 bis 58 des Vertrages ins Auge fassen. Die eventuelle Anwendbarkeit von Artikel 59 des Vertrages auf die Beziehungen zwischen Sodemare und ihren tatsächlichen oder potentiellen Bewohnern aus anderen Mitgliedstaaten als Italien werde ich im Rahmen der vierten Frage untersuchen [25].

Die Sozialhilfesysteme und der Vertrag

23. Vor allen weiteren Überlegungen ist es erforderlich, zu prüfen, ob das in der Lombardei geltende Vertragssystem außerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Vertrags liegt, weil es Teil einer Sozialhilferegelung ist. Italien und die Niederlande stützen sich auf das Urteil des Gerichtshofes vom 17. Februar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 [26]. Insbesondere die Niederlande machen geltend, das Urteil des Gerichtshofes vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82 [27] bestätige den Grundsatz, wonach das Gemeinschaftsrecht nicht der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Wege steht, ihre jeweils eigenen Systeme der sozialen Sicherheit aufzubauen.

24. In der Rechtssache Höfner und Elser [28] hat der Gerichtshof festgestellt, daß der

24 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4156, Randnrn. 25 bis 27).

25 — Siehe unten, Nr. 43.

26 — Urteil Poucet und Pistre (Slg. 1993, I-637).

27 — Urteil Duphar u. a. (Slg. 1984, 523).

28 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21).

Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit erfasse, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. In der Rechtssache Poucet und Pistre hatten zwei unter staatlicher Aufsicht stehende, ohne Gewinnerzielungsabsicht tätige Stellen die Zahlung von Pflichtbeiträgen an die von ihnen jeweils verwalteten Systeme der Sozialversicherung gefordert. Hiergegen hatten die beiden Betroffenen Widerspruch mit der Begründung eingelegt, das streitige System verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht; sie nahmen das Recht in Anspruch, eine gleichwertige private Versicherung abzuschließen. Der Gerichtshof bekräftigte jedoch den in der Rechtssache Duphar aufgestellten Grundsatz und stellte fest, daß die genannten Stellen keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten. Die Erhebung von Pflichtbeiträgen war für die Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität und angesichts der ausschließlich sozialen Funktion der genannten Systeme unerläßlich. Das brachte bei dem einen System eine Neuverteilung des Einkommens und bei dem anderen die Finanzierung der Renten durch noch berufstätige Arbeitnehmer mit sich und hat ein Solidaritätsverhältnis zwischen beiden Systemen zur Folge, dergestalt, daß Überschüsse im Bedarfsfall von einer Kasse zur anderen transferiert wurden. Die Verwaltung der Systeme war, was die Höhe von Beiträgen und Leistungen betraf, bis ins einzelne gesetzlich geregelt [29].

25. Zwar bezog sich das Urteil Poucet und Pistre ausdrücklich nur auf Wettbewerbsvorschriften; es ist jedoch klar, daß die dort angestellten Überlegungen in einem breiteren Umfang Gültigkeit haben. In der Rechtssache García [30] folgte der Gerichtshof den Schlußanträgen von Generalanwalt Tesauro, indem er feststellte, daß die Dritte Richtlinie Schadensversicherung [31] den Bereich der sozialen Sicherheit nicht regeln konnte, weil sie „auf der Grundlage der Bestimmungen des Vertrages erlassen wurden, die der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit dienen (Artikel 57 Absatz 2 und 66)", während „das Gebiet der sozialen Sicherheit von anderen, besonderen Bestimmungen geregelt wird" [32].

26. Der Solidaritätsgrundsatz war in den beiden vorstehend zitierten Rechtssachen von entscheidender Bedeutung. Im Gegensatz zur Rechtssache Poucet und Pistre hat der Gerichtshof eine Stelle, die mit der Verwaltung eines freiwilligen, wenn auch durch Gesetz eingeführten, nur eine äußerst geringe solidarische Komponente aufweisenden zusätzlichen Rentenversicherungssystems für selbständige Landwirte betraut war, als im Wettbewerb mit Lebensversicherungsgesellschaften eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübend angesehen [33].

27. Dementsprechend sind die Mitgliedstaaten in der Gestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme frei; der Umstand,

29 — Generalanwalt Jacobs wandte in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (Van Schijndel und Van Veen, Slg. 1995, I-4705, Nrn. 62 bis 64 seiner Schlußanträge) die dem Urteil in der Rechtssache Poucet und Pistre zugrunde liegende Betrachtungsweise auf ein völlig anderes System an. Der Gerichtshof ging hierauf nicht ein.

30 — Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-238/94 (García u. a., Slg. 1996, I-1673, Randnr. 13).

31 — Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung und zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadensversicherung) (ABl. L 228, S. 1).

32 — Nr. 9 der Schlußanträge.

33 — Urteil vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurance u. a., Slg. 1995, I-4013).

„daß Träger der sozialen Sicherheit anstelle der Verbraucher die Krankheitskosten tragen", so daß sie in weitem Umfang die Vermarktungsmöglichkeiten für Arzneimittel bestimmen, „kann *als solche[r]* nicht als Beschränkung der durch Artikel 30 EWG-Vertrag gewährleisteten Einfuhrfreiheit angesehen werden, *sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind*" [34].

28. Hieraus folgt jedoch nicht, daß auf der Grundlage der Solidarität errichtete Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten sich nicht an die Regeln des Vertrages zu halten hätten. Die Mitgliedstaaten dürfen bei der Auswahl der nichterstattungsfähigen Arzneimittel importierte Arzneimittel nicht diskriminieren [35]. Aus dem gleichen Grund dürfen Vorschriften, die Laboratorien für klinische Analysen benennen, für die eine Erstattung in Betracht kommt [36], oder Gesellschaften, die Behörden die Lieferung von Datenverarbeitungssystemen einschließlich der im Bereich des Gesundheitswesens zu verwendenden Systeme anbieten, nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminieren [37]; das gleiche gilt für die personalrechtlichen Vorschriften solcher Systeme [38]. Vorschriften über die Anwendung nationaler Systeme der sozialen Sicherheit in bezug auf Beiträge oder Leistungen dürfen nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminieren, soweit sie die Ausübung von auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden subjektiven Rechten berühren [39]; ebensowenig dürfen sie die Freizügigkeit, das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr einschränken [40].

29. Aus dieser sehr weit gefächerten Rechtsprechung lassen sich einige allgemeine Erkenntnisse für die Anwendung von Artikel 52 des Vertrages ableiten. Erstens stellt das Bestehen von durch die Mitgliedstaaten geschaffenen Systemen der sozialen Sicherheit als solches keine wirtschaftliche Tätigkeit dar, so daß die diesen Systemen notgedrungen innewohnenden Beschränkungen der Freizügigkeit oder des freien

34 — Urteil Duphar (a. a. O., Randnrn. 16 und 20; Hervorhebungen durch mich). Aus ähnlichen Gründen hat der Gerichtshof entschieden, daß der Unterricht, der im Rahmen des Bildungssystems eines Mitgliedstaats erteilt wird, mit dem dieser Staat keine gewinnbringende Tätigkeit ausübt, sondern auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Verpflichtungen gegenüber den Bürgern erfüllt, und der in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder deren Eltern finanziert wird, nicht als Dienstleistung im Sinne von Artikel 59 EWG-Vertrag qualifiziert werden kann: Urteile vom 27. September 1988 in der Rechtssache 263/86 (Humbel, Slg. 1988, 5365, Randnrn. 17 bis 20) und vom 7. Dezember 1993 in der Rechtssache C-109/92 (Wirth, Slg. 1993, I-6447, Randnr. 15).

35 — Urteil Duphar (a. a. O., Randnrn. 16 und 21) und Urteil Kommission/Belgien (a. a. O., Randnr. 31).

36 — Urteil vom 12. Februar 1987 in der Rechtssache 221/85 (Kommission/Belgien, Slg. 1987, 719, Randnrn. 9 bis 11).

37 — Urteil vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien, Slg. 1989, 4035, Randnrn. 2 und 9).

38 — Urteile vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 307/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 1725, betreffend Krankenschwestern im öffentlichen Gesundheitsdienst) und vom 2. Juli 1996 in der Rechtssache C-473/93 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1996, I-3207, betreffend Stellenbesetzungen im Erziehungs- und Gesundheitswesen).

39 — Vgl. Urteile vom 14. Janur 1988 in der Rechtssache 63/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 29) und vom 14. November 1995 in der Rechtssache C-484/93 (Svensson & Gustavsson, Slg. 1995, I-3955), wo es sich um den Anspruch auf soziale Wohnungshilfe handelte; siehe ferner Urteil vom 2. Februar 1989 in der Rechtssache 186/87 (Cowan, Slg. 1989, 195), wo es um eine Entschädigung für strafbare öffentliche Rechtsverletzungen ging. In allen drei Fällen beriefen sich die Behörden vergeblich auf die sozialen Ziele der fraglichen Vorschriften oder darauf, daß diese auf dem Grundsatz der Solidarität beruhten; siehe die jeweiligen Randnrn. 11, 13 und 16 der Urteile.

40 — Artikel 51 des Vertrages enthält eine spezifische Bestimmung in diesem Sinne, was die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betrifft, der Gerichtshof hat die gleiche Regel jedoch auch auf die Niederlassungsfreiheit angewandt; siehe Randnr. 17 des Urteils vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 79/85 (Segers, Slg. 1986, 2375, Randnr. 17). Siehe ferner die jeweiligen Randnrn. 10 der Urteile vom 7. Juli 1988 in der Rechtssache 143/87 (Stanton, Slg. 1988, 3877) sowie in den verbundenen Rechtssachen 154/87 und 155/87 (Wolf u. a., Slg. 1988, 3897), wo der Gerichtshof feststellte, daß die Mitgliedstaaten zwar in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung weiterhin zur Rechtsetzung im Bereich der sozialen Sicherheit der Selbständigen befugt, jedoch verpflichtet sind, Artikel 52 des Vertrages zu beachten, dem zufolge Beschränkungen der freien Niederlassung aufzuheben sind.

Dienstleistungs- und Warenverkehrs nicht zur Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vertrages führen. Solidarität auf sozialem Gebiet hat es mit dem naturgemäß nicht kaufmännischen Vorgang der unfreiwilligen Subventionierung einer sozialen Gruppe durch eine andere zu tun. Bei Rechtsvorschriften, die mit der Finanzierung solcher Vorhaben zu tun haben, ist es eher wahrscheinlich, daß sie nicht unter die Niederlassungs- und Dienstleistungsbestimmungen des Vertrages fallen. So mag die Verfolgung sozialer Ziele auf der Grundlage der Solidarität den Mitgliedstaaten Anlaß geben, private Wirtschaftsteilnehmer von Vorhaben fernzuhalten, die sie im Rahmen ihrer Systeme der sozialen Sicherheit durchführen.

30. Zweitens jedoch können die Beziehungen zwischen anderen Personen, etwa solchen, die Waren liefern oder Dienstleistungen erbringen, und derartigen Systemen der sozialen Sicherheit wirtschaftlichen Charakter haben. Das Gemeinschaftsrecht verlangt, daß solche Systeme die Normen des Vertrages in dem Maße beachten, in dem sie die wirtschaftliche Tätigkeit anderer Personen auf eine Weise berühren, die für die Erreichung ihrer sozialen Ziele nicht notwendig ist. In den oben (Nr. 28) erörterten Fällen waren die besonderen Durchführungsvorschriften, um die es ging, so beschaffen, daß sie ohne Gefährdung des Systems mit den die Freizügigkeit und den freien Verkehr betreffenden Normen des Vertrages in Einklang gebracht werden konnten. So müssen Mitgliedstaaten, wenn sie private Wirtschaftsteilnehmer in ihre Systeme der sozialen Sicherheit einbeziehen, vertraglich die Gewährung bestimmter Vorteile an solche Wirtschaftsteilnehmer vereinbaren oder deren Betätigung auf sozialem Gebiet subventionieren, grundsätzlich die Vorschriften des Vertrages u. a. über die Niederlassungsfreiheit beachten.

31. Im vorliegenden Fall finden meines Erachtens die Vorschriften des Vertrages Anwendung. Die Kosten, die dadurch entstehen, daß Heime für die Erbringung gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe unter Vertrag genommen werden, werden aus öffentlichen Mitteln erstattet, und zwar auf der Grundlage der Solidarität zwischen der Gesamtbevölkerung und den älteren Mitgliedern der Gesellschaft. Anders als in der Rechtssache Poucet und Pistre würden jedoch weder die Finanzierung dieses Teils des Sozialfürsorgesystems noch der für die Vertragsheime verlangte formale Leistungsstandard berührt, wenn die Rechtsvorschriften über die Qualifikation zum Abschluß von Verträgen mit den USSL den Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit unterworfen werden. Die Genehmigung des Betriebes eines Wohnheims ist davon abhängig, daß die von den Behörden aufgestellten Maßstäbe im Hinblick auf Sorgfalt, Einrichtungen und Niveau des Personals erfüllt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Betreiber Gewinn anstrebt oder nicht. Daß an Vertragsheime ein strengerer Maßstab angelegt wird, ändert nichts an diesen Feststellungen. Abgesehen von der Pflicht zur Beachtung dieser elementaren Rechtsregeln werden außerhalb des öffentlichen Sektors im engeren Sinne tätige Vertragsheime unabhängig verwaltet. Ferner ist zu bemerken, daß die Gesundheitspflege lediglich einen Teil der Tätigkeit solcher Heime ausmacht. Was den mit der Gewährung von Wohnraum zusammenhängenden Teil ihrer Tätigkeit betrifft, so wird er, wie dargelegt, von einem anderen System der Sozialhilfe erfaßt, das auf das Einkommen abstellt; das bedeutet, daß die

nichtbedürftigen Bewohner von Vertragsheimen die vollen Kosten dieser Wohneinrichtungen zu tragen haben.

Zur Frage der Diskriminierung

32. Ich werde jetzt untersuchen, ob die Regelung von Artikel 18 Absatz 3 des Gesetzes von 1980, wonach lediglich solche privaten Stellen, die ohne Gewinnstreben tätig werden, die Möglichkeit haben, mit den USSL Verträge über die Erbringung gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe zu schließen, eine mit dem Grundsatz der Niederlassungsfreiheit unvereinbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt. Dem äußeren Anschein nach ist diese Bestimmung insoweit neutral, als sie keine Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit oder (bei Gesellschaften) auf den Sitz [41] der Eigentümer von Vertragsheimen enthält. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, von dem Artikel 52 eine besondere Ausprägung ist, verbietet jedoch nicht nur augenfällige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen [42]. Der Gerichtshof hat bei zahlreichen Gelegenheiten ausgeführt, daß die Artikel 48, 52 und 59 des Vertrages bezüglich des Verbotes aller Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit auf den gleichen Grundsätzen beruhen; ich werde die Rechtsprechung auf diesen sämtlichen Gebieten heranziehen, um festzustellen, was unter versteckter oder indirekter Diskriminierung zu verstehen ist [43].

33. In der Rechtssache O'Flynn/Adjudication Officer [44] hatte der Gerichtshof Anlaß, die verschiedenen Typen von Sachverhalten näher zu untersuchen, die seinen das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit bejahenden Urteilen zugrunde lagen:

„18. Als mittelbar diskriminierend sind daher Voraussetzungen des nationalen Rechts anzusehen, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber im wesentlichen [45] oder ganz überwiegend [46] Wanderarbeitnehmer betreffen, sowie unterschiedslos geltende Voraussetzungen, die von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmern [47]. Eine mittelbare Diskriminierung ist auch in Voraussetzungen zu sehen, bei denen die Gefahr besteht, daß sie sich besonders zum Nachteil von Wanderarbeitnehmern auswirken [48].

41 — Der Sitz einer Gesellschaft bezeichnet zwar in den meisten Zusammenhängen deren „Staatsangehörigkeit", läßt sich unter bestimmten Umständen aber eher dem Wohnsitz von natürlichen Personen gleichstellen, was z. B. auf dem Gebiet der Besteuerung ein berechtigter Grund für eine Unterscheidung sein kann. Siehe Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Randnrn. 18 und 19).

42 — Vgl. Urteil vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache 22/80 (Boussac, Slg. 1980, 3427, Randnr. 9), Urteil in der Rechtssache 3/88 (Kommission/Italien, a. a. O., Randnr. 8) und vom 12. April 1994 in der Rechtssache C-1/93 (Halliburton Services, Slg. 1994, I-1137, Randnr. 15).

43 — Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75 (Royer, Slg. 1976, 497, Randnr. 23), vom 20. Mai 1992 in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3351, Randnr. 17) und vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94 (Asscher, Slg. 1996, I-3089, Randnr. 29).

44 — Urteil vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-237/94 (Slg. 1996, I-2617). Die Fußnoten zu dem nachstehenden Zitat geben die im Originaltext bezeichneten Rechtsprechungsfundstellen an.

45 — Vgl. Urteile vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84 (Pinna, Slg. 1986, 1, Randnr. 24), vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 33/88 (Allué u. a., Slg. 1989, 1591, Randnr. 12) und vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-27/91 (Le Manoir, Slg. 1991, I-5531, Randnr. 11).

46 — Vgl. Urteile vom 17. November 1992 in der Rechtssache C-279/89 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1992, I-5785, Randnr. 42) und vom 20. Oktober 1993 in der Rechtssache C-272/92 (Spotti, Slg. 1993, I-5185, Randnr. 18).

47 — Vgl. Urteil vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnr. 10) und vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87 (Paraschi, Slg. 1991, I-4501, Randnr. 23).

48 — Vgl. Urteile vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-175/88 (Biehl, Slg. 1990, I-1779, Randnr. 14) und vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90 (Bachmann, Slg. 1992, I-249, Randnr. 9).

19. Anders verhält es sich nur dann, wenn diese Vorschriften durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird [49].

20. Wie sich aus dieser gesamten Rechtsprechung ergibt, ist eine Vorschrift des nationalen Rechts, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, daß sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt.

21. In diesem Zusammenhang braucht nicht festgestellt zu werden, daß die in Rede stehende Vorschrift in der Praxis einen wesentlich größeren Anteil der Wanderarbeitnehmer betrifft. Es genügt die Feststellung, daß die betreffende Vorschrift geeignet ist, eine solche Wirkung hervorzurufen. Im übrigen können die Gründe, aus denen sich ein Wanderarbeitnehmer dafür entscheidet, von seinem Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft Gebrauch zu machen, bei der Beurteilung des diskriminierenden Charakters einer nationalen Vorschrift nicht berücksichtigt werden. Denn die Möglichkeit, sich auf eine so grundlegende Freiheit wie die Freizügigkeit zu berufen, kann nicht durch solche Überlegungen rein subjektiver Art eingeschränkt werden."

34. Auf dem Gebiet der Niederlassung hat der Gerichtshof Rechtsvorschriften, bei denen „die Gefahr [besteht], daß sie sich hauptsächlich zum Nachteil der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken" [50], und die „im wesentlichen [inländische] Unternehmen [begünstigen]" [51], als potentiell diskriminierend bezeichnet. Er hat festgestellt, daß diese Voraussetzungen vorliegen, wenn nationale Rechtsvorschriften einen Gesellschaftstyp begünstigen, der seiner Herkunft nach überwiegend inländisch ist, auch wenn nicht alle auf dem betroffenen Sektor tätigen Unternehmen aus der in Rede stehenden Maßnahme einen Vorteil ziehen [52]. Dies ist, als Variante hierzu, auch dann der Fall, wenn die begünstigten inländischen Unternehmen in einem Teil des betroffenen Mitgliedstaats konzentriert sind [53]. Zu den Kriterien, die potentielle Quellen einer mittelbaren Diskriminierung darstellen können, gehören der Wohnsitz von Selbständigen oder der Ort der Hauptniederlassung eines Unternehmens [54], staatlicher Besitz an Unternehmen [55] sowie der Besitz von in einem bestimmten Mitgliedstaat verliehenen Qualifikationen, im Verhältnis zu denen die in einigen anderen Mitgliedstaaten erworbe-

49 — Siehe in diesem Sinne Urteil Bachmann (a. a. O., Randnr. 27), Urteil Kommission/Luxemburg (a. a. O., Randnr. 12) und Urteil vom 2. August 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-259/91, C-331/91 und C-332/91 (Allué u. a., Slg. 1993, I-4309, Randnr. 15).

50 — Urteil Asscher (a. a. O., Randnr. 38).

51 — Urteil in der Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien, a. a. O., Randnr. 9).

52 — Siehe oben zitierte Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien), wo es darum ging, daß nicht im öffentlichen Besitz stehende, auf dem Gebiet der Datenverarbeitung tätige italienische Unternehmen ebenso wie nichtitalienische Unternehmen keine Verträge mit dem Staat schließen durften; siehe auch Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 25).

53 — Urteil in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401, Randnrn. 8 und 9).

54 — Urteil Halliburton (a. a. O.), Urteile vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-330/91 (Commerzbank, Slg. 1993, I-4017) und vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-80/94 (Wielockx, Slg. 1995, I-2493) und Urteil Asscher (a. a. O.).

55 — Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien, a. a. O.).

nen Qualifikationen gleichwertig sind [56]. Nicht die Unterscheidung zwischen kaufmännisch arbeitenden und ohne Gewinnerzielungsabsicht tätigen Stellen als solche ist vorwiegend von Interesse, sondern die Frage, ob der bevorzugte Organisationstyp im Verhältnis zu anderen Typen vorwiegend inländisch geprägt ist. Würde ein Mitgliedstaat aus der Fülle der Rechtsformen, die geschäftlich tätige Unternehmen wählen können — Körperschaften, nichtrechtsfähige Vereine, Personalgesellschaften, öffentliche oder private, beschränkt oder unbeschränkt haftende Gesellschaften — eine oder mehrere aussondern, um sie zu begünstigen oder zu benachteiligen, und würde sich dies im tatsächlichen Ergebnis zugunsten seiner eigenen Staatsangehörigkeit auswirken, so müßte von ihm ebenfalls verlangt werden, dieses Vorgehen objektiv zu rechtfertigen.

35. Das vorlegende Gericht bemerkt in seinem Vorlagebeschluß, Artikel 18 des Gesetzes von 1980 wirke sich im wesentlichen dahin aus, daß die Erbringung gesundheitsbezogener Leistungen der in Rede stehenden Art den ohne Gewinnstreben tätigen Unternehmen vorbehalten bleibe und daß die von den Klägerinnen betriebenen Heime längst nicht voll ausgelastet seien. Diese Wirkung entspricht der sehr geringen Zahl der nicht unter Vertrag genommenen kaufmännisch betriebenen Seniorenwohnheime. Diese Gesetzgebung begünstigt m. E. zwangsläufig inländische Einrichtungen. Gewiß gibt es internationale wohltätige Einrichtungen, und möglicherweise betätigen sich einige von ihnen auf dem Gebiet der Altenpflege, aber „charity begins at home" (die Nächstenliebe beginnt daheim), und die meisten wohltätigen Bemühungen in diesem Bereich vollziehen sich auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene. Das trifft mit Sicherheit auf die Lombardei zu, wo sämtliche unter Vertrag genommenen privaten Heime von in der Region ansässigen Gremien betrieben werden. Wir dürfen also annehmen, daß nichtitalienische Unternehmen nicht bereit wären, die Rechtsform einer ohne Gewinnstreben arbeitenden Einrichtung anzunehmen, um in der Lombardei tätig werden zu können [57]. Ebenso wie in der Rechtssache O'Flynn kommt es hier nicht auf eine Bewertung der Beweggründe kommerzieller Unternehmen im Vergleich zu den Beweggründen an, von denen sich ohne Gewinnstreben tätige Unternehmen leiten lassen [58]. Wie wir gesehen haben, ist es auch unerheblich, daß italienische kommerzielle Unternehmen daran gehindert sind, mit USSL in der Lombardei Verträge zu schließen, oder daß die Verlokkung, sich in der Lombardei niederzulassen, für ohne Gewinnstreben arbeitende Unternehmen aus anderen italienischen Regionen möglicherweise nicht größer ist als für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten [59].

Zur Frage der objektiven Unterschiede und etwaiger Rechtfertigungsgründe

36. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleichartige Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen

56 — Urteil vom 28. April 1977 in der Rechtssache 71/76 (Thieffry, Slg. 1977, 765). Diese Erkenntnis liegt dem Urteil des Gerichtshofes stillschweigend zugrunde, der die fragliche Vorschrift als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit verurteilte, nachdem er unter Randnr. 13 Abschnitt III Buchstabe B des vom Rat am 18. Dezember 1961 beschlossenen Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (ABl. 1962, S. 36) zitiert hatte, das sich mit mittelbaren Diskriminierungen befaßt. Generalanwalt Mayras sprach ausdrücklich von einer „versteckten Diskriminierung" (a. a. O., 790).

57 — Diese Feststellung unterscheidet sich durchaus von dem Vorbringen der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, wonach die Tatsache, daß ohne Gewinnstreben arbeitende Unternehmen nicht in den Genuß der Niederlassungsfreiheit kämen, bedeute, daß allen nichtitalienischen Unternehmen, die sich für diese Rechtsform zu entscheiden wünschten, der Zugang nach Italien verwehrt werden könne. Tatsächlich scheint das italienische Recht der Niederlassung ausländischer, ohne Gewinnstreben arbeitender Unternehmen keine Hindernisse in den Weg zu legen.

58 — Siehe Randnr. 21 des Urteils, a. a. O.

59 — Vgl. Urteil in der Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien, a. a. O.; siehe ferner das oben erörterte Urteil in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, a. a. O.).

angewandt wird [60]. Die Ungleichbehandlung zweier Gruppen von Steuerpflichtigen kann als Diskriminierung im Sinne des Vertrages angesehen werden, wenn kein objektiver Unterschied zwischen den beiden Gruppen besteht, der *eine solche* Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte [61]. Auch wenn zwischen ohne Gewinnstreben tätigen und kommerziellen Unternehmen offensichtliche Unterschiede bestehen, ist es daher erforderlich, festzustellen, ob es objektive Unterschiede gibt, die die im vorliegenden Fall streitige unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können [62].

37. Was die Erbringung öffentlich finanzierter gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe betrifft, so können ohne Gewinnstreben tätige und kommerziell ausgerichtete Unternehmen meines Erachtens die gleiche Funktion erfüllen. Beide bedürfen nach Artikel 50 des Gesetzes von 1986 und den mehr in die Einzelheiten gehenden Bestimmungen des PSA für den Betrieb von Seniorenwohnheimen einer Genehmigung. Diese beiden Bestimmungen legen den Standard fest, den die Heime ohne Rücksicht darauf, wer sie betreibt, hinsichtlich Pflege und Einrichtungen aufzuweisen haben. Entgegen der Auffassung Italiens ist es unerheblich, daß an Vertragsheime ein strengerer Maßstab angelegt wird, was das Niveau des mit der Gesundheitspflege betrauten Personals betrifft. Ein kommerziell betriebenes Unternehmen würde selbst dann nicht zum Abschluß eines Vertrages zugelassen werden, wenn es bereit wäre, diese Anforderungen zu erfüllen. Hier liegt kein Fall vor, in dem objektive Unterschiede zwischen den beteiligten Stellen eine Rolle spielen. Vielmehr ergibt sich der Unterschied zwischen den Sorgfaltsmaßstäben, die jeweils von Vertragsheimen und nichtkontrahierenden Heimen gefördert werden, aus der gleichen rechtlichen Regelung, die die Diskriminierung begründet. Ferner werden die von den Vertragsheimen für die Gesundheitspflege aufgewandten Kosten bis zu einem bestimmten Höchstbetrag voll ersetzt. Es ist nicht vorgebracht worden, daß zwischen den zusätzlichen Kosten, die durch die Einstellung qualifizierteren Personals entstehen, und der Kostenerstattung irgendeine Beziehung bestünde. Es besteht kein sachlicher Unterschied zwischen den nicht gesundheitsbezogenen (also den Wohnraum betreffenden) Dienstleistungen, die jeweils von kommerziellen und von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden, da beide die gleichen Aufgaben zu erfüllen und den gleichen Maßstäben gerecht zu werden haben sowie der gleichen Rückerstattungsregelung unterworfen sind, was bedürftige Bewohner betrifft.

38. Italien hat versucht, die Ungleichbehandlung durch den Gedanken der sozialen Solidarität zu rechtfertigen, wobei es sich u. a. auf Artikel 38 der italienischen Verfassung sowie darauf berief, daß es in das

60 — Urteile Wielockx (a. a. O., Randnr. 17) und Asscher (a. a. O., Randnr. 40).

61 — Urteil Asscher, a. a. O., Randnr. 42; Hervorhebung durch mich. Ebenso kann ein Steuervorteil, der Unternehmen gewährt wird, die ihren steuerlichen Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat haben, in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen diskriminieren, weil diese in der Regel ebenfalls einen steuerlichen Sitz außerhalb des erstgenannten Staates haben, es sei denn, es lasse sich ein relevanter objektiver Unterschied zwischen beiden Gruppen feststellen; Urteil Commerzbank (a. a. O., Randnrn. 15 und 16).

62 — In seinem Urteil in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, a. a. O.) hat der Gerichtshof entschieden, daß eine niederländische Rechtsvorschrift, die es Dritten verwehrte, Vorteile aus der Werbung in Rundfunk- und Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten zu ziehen, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellte, da sie ausländische Anstalten dazu zwang, sich dem niederländischen Modell anzupassen; er bemerkte im Anschluß hieran, daß die niederländische Regierung, „um ein pluralistisches Rundfunkwesen zu sichern, ... wenn [sic] diese Vielfalt erhalten will, sich durchaus darauf beschränken [kann], die Regelung für ihre eigenen Anstalten entsprechend auszugestalten". Zwar liegt dieser Feststellung die prinzipielle Erkenntnis zugrunde, daß Mitgliedstaaten freier gestellt sind, wenn sie die Tätigkeit von in ihrem Gebiet ansässigen Unternehmen, als wenn sie diejenige von Unternehmen regeln wollen, die Dienstleistungen von außerhalb erbringen, Dienstleistungen, deren dem allgemeinen Interesse Rechnung tragende Regelung vom Heimatstaat vorgenommen werden kann; jene Feststellung bedeutet jedoch nicht, daß eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die Unternehmen ohne Gewinnstreben begünstigt, keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit enthalten könnte.

Ermessen der Regionen gestellt sei, nur mit solchen Organisationen Verträge zu schließen, die in allererster Linie soziale Zwecke verfolgen. So seien öffentliche Gelder ausschließlich für die Grundkosten der Gesundheitsfürsorge für die älteren Heimbewohner gezahlt worden, ohne daß Mittel abgezweigt worden wären, um den Betreibern einen Gewinn zu verschaffen. In der mündlichen Verhandlung hat sich Italien auf die traditionelle soziale Rolle religiöser Wohlfahrtseinrichtungen berufen, von denen man angenommen habe, daß sie sich stärker als kommerzielle Unternehmen zur Unterstützung der Armen verpflichtet gefühlt hätten. Da sie ohne Gewinnstreben arbeiteten, seien die von der Region gewährten Zuschüsse für sie eine wichtige Geldquelle gewesen. Überdies könnten Leistungen der Gesundheitspflege in ihrem Fall nicht durch Gewinne aus sonstigen Tätigkeiten finanziert werden.

39. Wie mir scheint, ist Italien der Nachweis nicht gelungen, daß die Entscheidung der Region Lombardei, kaufmännisch betriebene Heime von der Erstattung der durch die Gesundheitspflege entstandenen Kosten auszuschließen, gerechtfertigt wäre. Erstens ist es wichtig, daran zu erinnern, daß kommerziell betriebene Heime berechtigt sind, älteren Menschen Unterkunft einschließlich der Gesundheitsfürsorge, um die es hier geht, zu gewähren; dies wird, wie Italien betont hat, durch die italienische Verfassung gewährleistet. Zweitens würde der höhere Standard, der angeblich von Vertragsheimen gefordert wird, auch für kommerziell betriebene Heime gelten, wenn diese sich dem in Rede stehenden Regime anschließen dürften oder anschließen könnten. Drittens hindert nichts die Region daran, kommerziellen Heimen eine Rückerstattung zu gewähren, so daß sie mit der Erbringung von Leistungen der Gesundheitsfürsorge keinerlei Gewinn erzielen und insoweit in die gleiche Lage versetzt werden wie die bestehenden, ohne Gewinnstreben arbeitenden Heime. Dieses Erfordernis scheint in der Tat Artikel 18 Absätze 10 und 11 des Gesetzes von 1980 bereits zugrunde zu liegen. Eine solche Lösung wäre klarer und würde die Ausübung auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender subjektiver Rechte weniger beschränken als der gänzliche Ausschluß von der Teilnahme an dem in Rede stehenden Regime. Kaufmännisch betriebene Heime könnten weiterhin bestrebt sein, aus demjenigen Teil ihrer Tätigkeit, der lediglich die Gewährung von Wohnraum betrifft, oder aus zusätzlichen, auf Kosten der Bewohner erbrachten Leistungen der Gesundheitsfürsorge einen Gewinn zu erwirtschaften. Viertens würde die Zulassung kaufmännisch betriebener Unternehmen zum Vertragsregime nicht dazu führen, traditionelle Wohltätigkeitseinrichtungen vom Zugang zu diesem Regime auszuschließen.

Die Bedeutung von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages

40. Es ist notwendig, die eventuelle Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages im Zusammenhang mit einer Einschränkung der Niederlassungsfreiheit in Betracht zu ziehen. Auch wenn anzunehmen wäre, daß Artikel 90 Absatz 2 die Abweichung von allen Vorschriften des Vertrages gestattet [63], und selbst wenn Vertragsheime

63 — Vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 12), vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci Convenzionale Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 27) und vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14); vgl. auch Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83 (Campus Oil, Slg. 1984, 2727, Randnr. 19). Mit dieser Rechtsprechung befassen sich die Schlußanträge von Generalanwalt Cosmas vom 26. November 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-157/94 bis C-160/94 (Kommission/Niederlande, Italien, Frankreich und Spanien, Randnrn. 86 bis 90), in denen er zu dem Ergebnis kommt, daß Artikel 90 Absatz 2 in bezug auf die Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr Anwendung finden sollte.

als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut anzusehen sein sollten, glaube ich nicht, daß dies am Ergebnis der bisherigen Untersuchung etwas ändern würde. Artikel 90 Absatz 2 erlaubt Abweichungen nur insoweit, als die Anwendung der Vorschriften des Vertrages die Erfüllung der den betroffenen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Wie ich oben unter Nummer 31 ausgeführt habe, würde die Anwendung der Vorschriften des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit auf die Region Lombardei weder die Finanzierung von in Seniorenwohnheimen erbrachten gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe noch den gesetzlich vorgeschriebenen Leistungsstandard beeinträchtigen. Unter Nummer 37 habe ich dargelegt, daß zwischen ohne Gewinnstreben tätigen und kaufmännisch betriebenen Heimen, was die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben angeht, kein objektiver Unterschied besteht, der den Ausschluß der erstgenannten Heime vom Vertragsregime rechtfertigen würde. Unter diesen Umständen ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages nicht erfüllt.

Ergebnis der Prüfung der zweiten und der dritten Frage

41. Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, daß eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und somit eine verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, wenn das Recht, Verträge mit USSL über die Erbringung gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe zu schließen, nur ohne Gewinnzweck arbeitenden privaten Einrichtungen gewährt wird.

D — *Zur vierten Frage*

42. Zur Beantwortung der vierten Frage ist es erforderlich, festzustellen, ob die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens sich auf die das Dienstleistungsrecht regelnden Vorschriften des Vertrages stützen können. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall.

43. Unter anderem aus der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Alpine Investments ergibt sich, daß „sich ein Unternehmen gegenüber dem Staat, in dem es seinen Sitz hat, auf den freien Dienstleistungsverkehr berufen [kann], sofern die Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind" [64]. Diese Auffassung ist keineswegs unvereinbar mit der Feststellung im Urteil Gebhard, wonach „die Vorschriften über die Dienstleistungen nur Anwendung finden, wenn die Vorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anwendbar sind" [65]. Die letztgenannte Feststellung, die sich in der oben (Nr. 22) geäußerten Meinung widerspiegelt, besagt, daß ein Unternehmen, das als in einem anderen als seinem

64 — Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93 (Slg. 1995, I-1141, Randnr. 30); siehe auch Urteile vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-49/89 (Corsica Ferries France, Slg. 1989, 4441, Randnrn. 10 und 11), vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93 (Corsica Ferries, Slg. 1994, I-1783, Randnr. 30), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-379/92 (Peralta, Slg. 1994, I-3453, Randnr. 40) und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-381/93 (Kommission/Frankreich, Slg. 1994, I-5145, Randnr. 14).

65 — A. a. O., Randnr. 22.

ursprünglichen Mitgliedstaat niedergelassen anzusehen ist, nicht gleichzeitig so behandelt werden kann, als ob es in diesem Staat Dienstleistungen erbringe. Es kann jedoch von diesem Staat aus Dienstleistungen in einem dritten Mitgliedstaat (oder sogar seinem Herkunftsstaat) oder an in diesem Staat ansässige Personen erbringen, in welchem Fall die Artikel 59 und 60 anwendbar sind.

44. Ich glaube jedoch nicht, daß die Tätigkeit der Klägerinnen in der Erbringung von Dienstleistungen an Personen besteht, die in anderen Mitgliedstaaten als Italien ansässig sind. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens haben angegeben, 2 % ihrer Bewohner seien Nichtitaliener, die zumeist ein bis drei Jahre dort blieben, während etwa 10 % der jährlichen Nachfrage auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen entfalle. Sie machen geltend, sie erbrächten Dienstleistungen, die denen eines Hotels gleichwertig seien; in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen seien aufgrund des Gemeinschaftsrechts berechtigt, sich nach Italien zu begeben, um dort diese Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen [66]. Mich überzeugt dieser Analogieschluß nicht, denn der Aufenthalt der Bewohner in den Heimen der Klägerinnen dauert typischerweise viel länger als ein Aufenthalt im Hotel.

45. In der Rechtssache Debauve u. a. [67] hat der Gerichtshof bemerkt, „daß die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Betätigungen anwendbar sind, deren wesentliche Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen" [68]. In der Rechtssache Steymann [69] hat der Gerichtshof entschieden, daß „aus dem Wortlaut von Artikel 60 [hervorgeht], daß eine auf Dauer oder jedenfalls ohne absehbare zeitliche Beschränkung ausgeübte Tätigkeit nicht unter die gemeinschaftlichen Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr fallen kann". Weiter heißt es dort: „Solche Tätigkeiten können hingegen je nach Lage des Falles in den Anwendungsbereich der Artikel 48 bis 51 und 52 bis 68 EWG-Vertrag fallen." Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, daß „die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag nicht für den Angehörigen eines Mitgliedstaats gelten, der sich in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begibt und dort seinen Hauptaufenthalt nimmt, um dort für unbestimmte Dauer Dienstleistungen zu erbringen *oder zu empfangen*" [70].

46. Ich sehe keinen Grund dafür, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Zum einen spiegelt sie den Text von Artikel 59 des Vertrages wider, der von Erbringern von Dienstleistungen spricht, „die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind". Ausnahmen von diesem Erfordernis, so wie es

66 — Vgl. Urteil vom 31. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnr. 10).

67 — Urteil vom 18. März 1980 in der Rechtssache 52/79 (Slg. 1980, 833).

68 — Randnr. 9 des Urteils; vgl. auch Urteil des Gerichtshofes vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659, Randnr. 9). In der oben zitierten Rechtssache 186/87 (Cowan, a. a. O.) hat Generalanwalt Lenz unter Nr. 14 seiner Schlußanträge festgestellt, daß „[e]rforderlich ... nur [ist], daß Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger nicht am gleichen Ort ansässig sind".

69 — Urteil vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 196/87 (Slg. 1988, 6159, Randnr. 16).

70 — Randnr. 17, im Tenor wiederholt; Hervorhebung durch mich.

wörtlich formuliert ist, sind nur insoweit statthaft, als nicht alle wesentlichen Elemente der fraglichen Tätigkeit auf einen einzigen Mitgliedstaat hinweisen, so wenn jemand einem im gleichen Mitgliedstaat wie er selbst ansässigen Empfänger Dienstleistungen von beschränkter Dauer in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen erbringt, in dem er niedergelassen ist [71]. Das Kriterium des „grenzüberschreitenden Verkehrs" bei Leistungen, die keine Waren zum Gegenstand haben, wird auf diese Weise gewahrt [72].

47. Zum anderen wäre es unvereinbar mit der in Artikel 60 zum Ausdruck gebrachten sekundären Natur des die Dienstleistungen regelnden Kapitels des Vertrages im Verhältnis zu den die Arbeitnehmer und die Niederlassung betreffenden Kapiteln, wenn Personen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nach den letztgenannten Bestimmungen Gebrauch gemacht haben, weiterhin als Empfänger von Dienstleistungen in dem Mitgliedstaat angesehen würden, in den sie sich begeben hatten. Es trifft zu, daß Angehörige eines Mitgliedstaats, die sich ständig oder auf unbestimmte Zeit in einen anderen Mitgliedstaat begeben, sich jedoch nicht wirtschaftlich betätigen (was im Fall der Bewohner der von den Klägerinnen betriebenen Heime höchst wahrscheinlich ist), von den Artikeln 48 bis 51 oder 52 bis 58 des Vertrages nicht erfaßt werden. Zwar hat Generalanwalt Lenz in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Kommission/Frankreich [73] die Notwendigkeit betont, Lücken zu vermeiden, es wäre jedoch anomal, solche Personen als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen, Arbeitnehmer und Selbständige, die ebenfalls ständig oder für unbestimmte Zeit in dem betroffenen Mitgliedstaat ansässig waren, dagegen nicht [74]. Anderenfalls würde das Recht ständig ansässiger Personen, die Bestimmungen des Vertrages über Dienstleistungen als Empfänger solcher Leistungen in Anspruch zu nehmen, je nachdem variieren, ob der Betroffene sich wirtschaftlich betätigt hat, und könnte daher im Laufe der Zeit selbst bei ein und derselben Person Veränderungen unterworfen sein.

48. Dem Dienstleistungsbegriff des Vertrages liegt die Vorstellung zugrunde, daß sich die Leistungsempfänger nur zeitlich begrenzt oder für eine im voraus bestimmte Dauer in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten dürfen, nicht aber ständig oder auf unbestimmte Zeit [75]. Dies kann für praktische Zwecke,

71 — Urteil in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, a. a. O., Randnrn. 7 und 10).

72 — Diese weite Definition des Dienstleistungsbegriffs wurde von Generalanwalt Lenz in den Rechtssachen Cowan (a. a. O., Nr. 13 seiner Schlußanträge) und C-154/89 (Kommission/Frankreich, Nr. 17 der Schlußanträge) befürwortet.

73 — Rechtssache C-154/89 (a. a. O., Nr. 19 der Schlußanträge).

74 — Jemand, der sich nicht wirtschaftlich betätigt, kann sich gleichwohl dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dem er angehört, aufhalten, wenn er die Voraussetzungen der Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht (ABl. L 180, S. 26) oder der Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen (ABl. L 180, S. 28) erfüllt. Artikel 8a des Vertrages, der durch den Vertrag über die Europäische Union eingefügt wurde, hat inzwischen ein Aufenthaltsrecht für die Unionsbürger geschaffen.

75 — Das Erfordernis in Artikel 4 Absatz 2 Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs (ABl. L 172, S. 14), wonach die Mitgliedstaaten zum Nachweis des Aufenthaltsrechts von Personen, die während eines drei Monate übersteigenden Zeitraums Dienstleistungen erbracht oder empfangen haben, eine Aufenthaltserlaubnis erteilen müssen, zeigt, daß die Zeit, die ein Empfänger von Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat verbracht hat, nicht unbedeutend sein muß, ändert aber nichts an dem Ergebnis, zu dem die vorliegenden Schlußanträge gelangen, nämlich daß der Aufenthalt nach wie vor vorübergehender Natur oder klar befristet sein muß, wenn er in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Vertrages über die Dienstleistungen fallen soll. Siehe auch Artikel 1 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. 1964, 56, S. 850).

jedenfalls unter Umständen, wie sie unserem Fall zugrunde liegen, nur aufgrund der Natur des angebotenen „Erzeugnisses" beurteilt werden. Vorliegend sind alle wesentlichen Elemente der Tätigkeit der Klägerinnen in Italien lokalisiert. Der einzige grenzüberschreitende Aspekt liegt darin, daß einige Bewohner oder potentielle Bewohner eine andere Staatsangehörigkeit haben als die italienische. Aber bei einer Person, die sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen begibt, um sich dort in ein Seniorenwohnheim zurückzuziehen, kann man von Anfang an unterstellen, daß sie dies auf Dauer oder unbegrenzte Zeit tut, selbst wenn sie sich später eines anderen besinnt und in ihren Herkunftsstaat zurückkehrt [76]. Diese Ansicht ist besonders einleuchtend, wenn die Bestimmungen des Vertrages über die Dienstleistungen vom Erbringer der mutmaßlichen Leistung in Anspruch genommen werden, der diese — ohne nachgewiesen zu haben, daß bereits zuvor ein identifizierbarer Empfänger existierte [77] — der Allgemeinheit anbietet, und nicht von einem bestimmten Empfänger, der in der Lage sein könnte, für sich selbst den Nachweis zu erbringen, daß er lediglich einen zeitlich begrenzten Aufenthalt beabsichtigte. In der mündlichen Verhandlung haben die Klägerinnen einen nichtitalienischen Gemeinschaftsangehörigen erwähnt, der sich in einem ihrer Heime in der Lombardei zugestandenermaßen befristet aufgehalten habe, um von einer chirurgischen Operation zu genesen. Es ist jedoch nachgewiesen, daß die Klägerinnen älteren Personen im wesentlichen für unbestimmte Zeit oder auf Dauer eine Wohnmöglichkeit gewähren. Ich halte es nicht für angebracht, meine Untersuchung auf Einzelfälle wie den soeben erwähnten auszudehnen, die das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß nicht erwähnt.

49. Als Ergebnis stelle ich fest, daß sich die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens nicht auf die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr berufen können.

E — *Zur fünften Frage*

50. Nach Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 des Vertrages dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen, auch nicht solche gesetzgeberischer Art, treffen oder beibehalten, die die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln ihrer Wirkung berauben könnten [78]. Weder dem Vorlagebeschluß noch anderen dem Gerichtshof zur Verfügung stehenden Quellen ist zu entnehmen, daß die öffentlichen und ohne Gewinnstreben tätigen Unternehmen, die mit den USSL Verträge über das Betreiben

76 — Das steht in Einklang mit der in den Nrn. 28 und 29 seiner Schlußanträge in der Rechtssache Cowan (a. a. O.) vertretenen Auffassung von Generalanwalt Lenz, der eine Betrachtungsweise ex ante, wonach die Eigenschaft als Dienstleistungsempfänger zu Beginn der Reise festgelegt wird, einer Bewertung ex post vorzog, die auf die tatsächlich empfangenen Dienstleistungen abstellt.

77 — Siehe Randnr. 19 des Urteils in der Rechtssache Alpine Investments, a. a. O.

78 — Siehe Randnr. 14 des Urteils vom 17. Oktober 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-140/94, C-141/94 und C-142/94 (DIP u. a., Slg. 1995, I-3257). Zu Artikel 85 des Vertrages siehe auch Urteile vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16), vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-185/91 (Reiff, Slg. 1993, I-5801, Randnr. 14) und vom 9. Juni 1994 in der Rechtssache C-153/93 (Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Slg. 1994, I-2517, Randnr. 14); zu Artikel 86 siehe Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77 (INNO/ATAB, Slg. 1977, 2115, Randnr. 31).

von Seniorenwohnheimen in der Region Lombardei geschlossen haben, wettbewerbsfeindliche Vereinbarungen getroffen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen an den Tag gelegt hätten; ebensowenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß die Rechtsvorschriften, um die es vorliegend geht, auf das Bestehen solcher Vereinbarungen oder Praktiken schließen ließen [79]. Es kann somit keine Rede davon sein, daß die Region Lombardei derartige Vereinbarungen oder Praktiken gefördert oder begünstigt oder die Wirkung solcher Vereinbarungen oder Praktiken verstärkt hätte. Weiterhin bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, daß die Region die von ihr selbst aufgestellten Regeln ihres Gesetzgebungscharakters entkleidet hätte, indem sie die öffentlich rechtliche Befugnis zum Erlaß von Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern übertragen hätte [80]. Was Artikel 86 des Vertrages betrifft, so ist nicht vorgebracht worden, daß irgendeines der beteiligten Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehätte [81].

51. Wie der Gerichtshof entschieden hat, ist die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages als solche noch nicht mit Artikel 86 des Vertrages unvereinbar [82]. Trotzdem kann die bloße Existenz eines Monopols den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung begründen, wenn das Unternehmen, dem dieses ausschließliche Recht gewährt wurde, offenkundig nicht in der Lage ist, die auf dem relevanten Markt vorherrschende Nachfrage zu befriedigen, und zwar zum Nachteil derjenigen, die die in Rede stehende Dienstleistung in Anspruch nehmen wollen [83]. Aber auch wenn der Abschluß von Verträgen mit den USSL in der Region Lombardei als Gewährung besonderer Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages anzusehen wäre, so ist doch vorliegend nicht dargetan, daß ein solcher sich aus den Umständen ergebender Mißbrauch vorläge. Im Rahmen eines Sozialhilfesystems kann die volle Nutzung der gesamten Wohnkapazität in den Vertragsheimen, verbunden mit der Tatsache, daß in bestimmten Gegenden Wartelisten bestehen, ganz einfach auf die Tatsache hindeuten, daß den öffentlichen Ausgaben zwangsläufig Grenzen gesetzt sind, nicht aber auf ein etwaiges Unvermögen, die Nachfrage des Marktes zu befriedigen (soweit diesem Begriff im Zusammenhang mit der Erbringung aus öffentlichen Mitteln finanzierter Dienstleistungen überhaupt Bedeutung zukommen sollte). Es scheint, daß auf diesem kleinen Teil des Marktes für Seniorenwohnungen, wo die gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, was Raum für die Befriedigung einer zusätzlichen, privat finanzierten Nachfrage läßt, ein freier Wettbewerb vorherrscht.

52. Ich komme zu dem Ergebnis, daß die in der fünften Frage beschriebenen Umstände keine Verletzung der Artikel 3 Buchstabe g, 5, 85, 86 oder 90 des Vertrages erkennen lassen.

79 — Vgl. Urteile Reiff (a. a. O., Randnr. 15) und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (a. a. O., Randnr. 15).

80 — Vgl. Urteile Van Eycke (a. a. O., Randnr. 16), Reiff (a. a. O., Randnr. 14) und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (a. a. O., Randnr. 14).

81 — Nach den Urteilen des Gerichtshofes vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477, Randnr. 42) und DIP (a. a. O., Randnr. 26) kann vom Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung nur dann gesprochen werden, wenn die Unternehmen der fraglichen Gruppe so eng miteinander verbunden sind, daß sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können, was hier nicht nachgewiesen ist. Unter Randnr. 27 seines Urteils DIP hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein hervorstechendes Merkmal einer kollektiven beherrschenden Stellung darin bestehen würde, daß die beteiligten Händler keinen Wettbewerb gegeneinander betreiben; es ist nicht dargetan, daß dies auf die Vertragsheime in der Region Lombardei zuträfe.

82 — Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 17) und Urteil Höfner und Elser (a. a. O., Randnr. 29).

83 — Urteil Höfner und Elser (a. a. O., Randnrn. 30 und 31).

V — Ergebnis

53. Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

1) Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, die Gründe für den Erlaß allgemein anwendbarer gesetzgeberischer Maßnahmen anzugeben, auch wenn diese potentiell die Ausübung auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender subjektiver Rechte berühren.

2) Eine nationale Rechtsvorschrift, die das Recht, mit örtlichen Behörden der sozialen Sicherheit Verträge über die Erbringung öffentlich finanzierter, gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe zu schließen, privaten Einrichtungen vorbehält, die ohne Gewinnstreben arbeiten, stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und somit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn es sehr wahrscheinlich ist, daß sich solche Einrichtungen in dem betroffenen Mitgliedstaat niederlassen.

3) Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens können sich nicht auf die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr berufen.

4) Die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, um die es im Ausgangsverfahren geht, verstoßen nicht gegen die Artikel 3 Buchstabe g, 5, 85, 86 oder 90 des Vertrages.