SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 23. März 2000 *

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung I-6457

II — Nationaler rechtlicher Rahmen I-6458

1. Das Gesetz über die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem I-6459

2. Satzung und Rentenordnung des Fachärzterentenfonds I-6463

3. Das Fachärzterentensystem I-6465

III — Die Ausgangsverfahren I-6467

IV — Zur Zulässigkeit I-6469

V — Umfang der Vorabentscheidungsfragen I-6469

VI — Zur zweiten Frage: Die Artikel 5 und 85 ..... I-6470

1. Wettbewerb und freie Berufe I-6471

2. Materielle Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 ..... I-6476

3. Beschluss einer Unternehmensvereinigung I-6479

a) Sind Fachärzte Unternehmen? I-6479

b) Handeln Fachärzte bei der Einrichtung eines Berufsrentensystems als Verbraucher oder als Unternehmen? I-6481

c) Wurde die LSV als Unternehmensvereinigung tätig? I-6482

4. Beschränkung des Wettbewerbs I-6484

a) Das materielle Element: Harmonisierung von Kosten und Nutzen von Zusatzrenten innerhalb des Berufsstandes I-6484

b) Das institutionelle Element: Schaffung einer juristischen Person zur Kontrolle der Beachtung und zur Verwaltung des Rentensystems I-6486

c) Das politische Element: Antrag an den Minister I-6488

5. Zum Verhältnis zwischen den Artikeln 5 und 85 Absatz 1 ..... I-6488

VII — Zur ersten Frage: Einstufung des Fonds als Unternehmen I-6490

VIII — Zur dritten Frage: Die Artikel 90 Absatz 1 und 86 des Vertrages I-6492

1. Anwendbarkeit der Artikel 90 Absatz 1 und 86 ..... I-6493

* Originalsprache: Englisch.

2. Verstoß gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 ..... I-6494
a) Bestimmungen zur Begründung eines ausschließlichen Versicherungsrechts des Fonds I-6494
b) Die Vorschriften zur Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft I-6495
IX — Ergebnis I-6496

I — Einleitung

1. In diesen Rechtssachen, die auf eine Vorlage des Kantongerecht Nijmegen zurückgehen, wird der Gerichtshof um die Beantwortung von Fragen ersucht, die die Vereinbarkeit des niederländischen obligatorischen Berufsrentensystems mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages betreffen. Diese Fragen stellen sich im Kontext gerichtlicher Verfahren, die mehrere Fachärzte durch Klagen anhängig gemacht haben, die sich gegen Verfügungen des niederländischen Fachärzterentenfonds richten, mit denen Beiträge zu dessen Zusatzrentensystem angefordert wurden.

2. Die gemeinschaftsrechtliche Frage geht im Wesentlichen dahin, ob die niederländischen Vorschriften über die Zwangsmitgliedschaft bei beruflichen Zusatzrentensystemen entweder gegen Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 85 (jetzt Artikel 10 EG und 81 EG) oder gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 des Vertrages (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG und 82 EG) verstoßen. Was die Artikel 5 und 85 anbelangt, so ist die Vorfrage zu beantworten, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen Entscheidungen von Berufsverbänden im Kontext der Schaffung eines beruflichen Zwangsrentensystems gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen können. Bei den Artikeln 90 Absatz 1 und 86 stellt sich die Vorfrage, ob eine Einrichtung wie der fragliche Fonds als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln einzustufen ist.

3. Die Vorabentscheidungsfragen und ihr rechtlicher und verfahrensmäßiger Rahmen sind im Kern identisch mit den letzten drei Fragen, die dem Gerichtshof vom Hoge Raad in der Rechtssache Van Schijndel [1] vorgelegt wurden. In dieser Rechtssache hatte allerdings der Gerichtshof wegen der Beantwortung der anderen Fragen die gewichtigen Probleme des Wettbewerbsrechts nicht zu erörtern.

4. Die vorliegenden Rechtssachen werfen ferner ähnliche Fragen auf, wie sie kürzlich in den Rechtssachen Albany, Brentjens und Drijvende Bokken [2] behandelt wurden, so dass der Gerichtshof das Verfahren in den vorliegenden Rechtssachen bis zur Entscheidung in den früheren Rechtssachen ausgesetzt hat. Um Wiederholungen zu vermeiden, werde ich ausgiebig auf die

1 — Urteil vom 14. Dezember 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (Van Schijndel und Van Veen, Slg. 1995, I-4705).

2 — Vgl. meine Schlussanträge vom 28. Januar 1999 und Urteile vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-67/96 (Albany International/Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie), in den verbundenen Rechtssachen C-115/97, C-116/97 und C-117/97 (Brendjen's Handelsonderneming/Bedrijfpensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen) sowie in der Rechtssache C-219/97 (Drijvende Bokken/Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven).

Schlussanträge und die drei Urteile in diesen Rechtssachen verweisen. Bei Bildung von Analogien muss indessen bedacht werden, dass diese Rechtssachen Betriebsrentenfonds betrafen, die aufgrund von Tarifverträgen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern errichtet worden waren und Angestellten in bestimmten Industriebranchen Zusatzrenten gewährten, während die vorliegenden Rechtssachen einen von Berufsangehörigen gegründeten Rentenfonds betreffen, der den Angehörigen dieses Berufes Renten gewährt.

II — Nationaler rechtlicher Rahmen

5. Das Rentensystem in den Niederlanden ruht bekanntlich auf drei Pfeilern:

— Zunächst versorgt eine gesetzliche Grundrente, die der Staat nach der Algemene Ouderdomswet (Allgemeines Altersrentengesetz; nachstehend: AOW) und der Algemene Nabestaandenwet (Allgemeines Hinterbliebenenrentengesetz; nachstehend: ANW) garantiert, die gesamte Bevölkerung mit einem Pauschalbetrag in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des Mindestlohns. Dieser Betrag wird für jedes Jahr, in dem der Betreffende nicht versichert war, gemindert. Es besteht Zwangsmitgliedschaft.

— Zweitens wird in den meisten Fällen die Grundrente durch Zusatzrenten aufgestockt, die im Rahmen von unselbständigen oder selbständigen Tätigkeiten gewährt werden. Diese Zusatzrenten (zweiter Pfeiler) werden üblicherweise von Kollektivsystemen verwaltet, die für eine Industriebranche, einen Beruf oder die Arbeitnehmer eines Unternehmens zuständig sind.

— Drittens schließlich besteht die Möglichkeit, Einzelrenten- oder Lebensversicherungsverträge auf freiwilliger Basis zu schließen (dritter Pfeiler).

6. Die vorliegenden Rechtssachen betreffen den zweiten Pfeiler, d. h. einen Rentenfonds, der Berufsangehörigen, nämlich Fachärzten, Zusatzrenten gewährt. Dieser Fonds gleicht in vielerlei Hinsicht der Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (Stiftung Rentenfonds für Physiotherapeuten), um den es in der Rechtssache Van Schijndel ging.

7. Fonds dieser Art werden zunächst in der Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling vom 29. Juni 1972 (Gesetz über die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem; nach-

stehend: BPRW)[3] geregelt. Dieses Gesetz ist in bestimmtem Umfang der Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds vom 17. März 1949 (Gesetz über die Zwangsmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds; nachstehend: BPW) nachgebildet, um die es in den Rechtssachen Albany, Brentjens und Drijvende Bokken ging. Die sonstigen anwendbaren Bestimmungen finden sich in den Satzungen und Ordnungen dieser Fonds.

1. *Das Gesetz über die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem*

8. Gemäß Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b BPRW ist ein beroepsgenoot (Angehöriger eines Berufes) eine natürliche Person, die in einem bestimmten Berufszweig die diesem entsprechende Berufstätigkeit ausübt.

9. Artikel 2 Absatz 1 BPRW ermächtigt den Sozialminister, auf Antrag einer oder mehrerer Organisationen, die er für hinreichend repräsentativ für die Angehörigen eines Berufes hält, für alle oder bestimmte Gruppen von Personen, die diesem Beruf angehören, die Zwangsmitgliedschaft bei einem von diesen Berufsangehörigen eingerichteten Berufsrentensystem (beroepspensioenregeling) anzuordnen. Der Antrag der Berufsorganisation an den Minister muss vorher veröffentlicht werden; Betroffene können hierzu Stellung nehmen[4]. Vor seiner Entscheidung kann der Minister den Sociaal-Economische Raad (Sozial- und Wirtschaftsausschuss) oder die Verzekeringskamer (Versicherungskammer) anhören.

10. Gemäß Artikel 2 Absatz 2 kann ein solches Berufsrentensystem drei Formen annehmen:

a) Es wird ein Berufsrentenfonds eingerichtet, der als alleiniges Durchführungsorgan (uitvoeringsorgaan) des Rentensystems tätig wird.

b) Die Berufsangehörigen haben die Regeln des Rentensystems auf der Grundlage von Einzelversicherungsverträgen zu befolgen, die sie nach ihrer Wahl entweder mit dem unter a genannten Berufsrentenfonds, soweit diese Möglichkeit im Rentensystem vorgesehen ist, oder mit ordnungsgemäß zugelassenen Versicherern schließen.

c) Ein Teil des Rentensystems weist die Form unter a, der verbleibende Teil die Form unter b auf.

3 — *Staatsblad* 400.

4 — Artikel 3 BPRW.

11. Den Akten ist zu entnehmen, dass sich sowohl Fachärzte als auch praktische Ärzte im Hinblick auf ihre verhältnismäßig breiten Berufsrentensysteme für die Form unter c entschieden haben. Die restlichen 10 Berufsrentensysteme weisen die Form unter a auf.

12. Nach Artikel 2 Absatz 3 BPRW kann Zwangsmitgliedschaft nur dann angeordnet werden, wenn eine juristische Person (rechtspersoon) geschaffen wird, die

a) entweder als Rentenfonds zur Durchführung des Rentensystems oder

b) als Aufsichtsorgan, das sicherstellt, dass die Berufsangehörigen ihrer Pflicht nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b BPRW, sich zu versichern, nachkommen, oder

c) teils als Rentenfonds, teils als Aufsichtsorgan tätig wird.

13. Zwangsmitgliedschaft bedeutet für alle betroffenen Personen, dass sie verpflichtet sind, Satzungen und Ordnungen der zuständigen juristischen Person zu beachten [5]. Bei Verletzung dieser Pflicht sind Sanktionen vorgesehen [6]. Der Berufsrentenfonds darf für den Einzug unbezahlter Beiträge vollstreckbare Zahlungsverfügungen ausstellen [7].

14. Der zuständige Minister ist befugt, die Zwangsmitgliedschaft zu beenden. Sie endet von Rechts wegen bei Änderung der finanziellen Grundlage oder der Satzungen und Ordnungen der Fonds, falls der Minister nicht erklärt, dass er keine Einwände gegen diese Änderungen hat [8].

15. Bevor der Minister die Zwangsmitgliedschaft anordnen darf, muss eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein. Die Mitglieder müssen z. B. rechtzeitig informiert worden sein, dass die Berufsorganisation beabsichtigt, die Anordnung der Zwangsmitgliedschaft zu beantragen, das System muss eine gesunde finanzielle Grundlage haben, die in einem mit Gründen versehenen versicherungsmathematischen Prüfgutachten dargestellt ist, und die Satzungen und Ordnungen der juristischen Person müssen den Voraussetzungen der BPRW entsprechen und die Interessen der angeschlossenen und anderer betroffener Personen hinreichend wahren [9].

5 — Artikel 2 Absatz 4 BPRW.
6 — Artikel 27 BPRW.
7 — Artikel 31 BPRW.
8 — Artikel 2 Absätze 6 und 7 BPRW.
9 — Artikel 5 BPRW.

16. Artikel 8 Absatz 1 BPRW legt mehrere Fragen fest, die in den Satzungen und Ordnungen der juristischen Person zu regeln sind, z. B. die Definition des Berufes, für den das Rentensystem gilt, die Leitung der juristischen Person, die Rechte und Pflichten angeschlossener Personen sowie die Behandlung von Personen, die aus moralischen Gründen gegen jede Form der Versicherung sind.

17. Artikel 8 Absatz 2 legt zusätzliche Gegenstände fest, die in den Satzungen und Ordnungen der juristischen Person zu regeln sind, wenn diese als Rentenfonds zur Verwaltung des Rentensystems tätig wird. Solche Gegenstände sind z. B. die Zusammensetzung der Einkünfte und Investitionen des Fonds.

18. Artikel 8 Absatz 3 ermächtigt den Minister, Leitlinien (richtlijnen) für die in den ersten beiden Absätzen aufgeführten Gegenstände zu erlassen. Er hat solche Leitlinien für die Behandlung von Personen erlassen, die aus moralischen Gründen gegen jede Form der Versicherung sind. Solche Personen brauchen sich nicht an einem Berufsrentensystem zu beteiligen, wenn sie nachweisen, dass sie auf keinerlei Versicherung zurückgreifen.

19. Artikel 9 und 10 BPRW legen fest, wie ein Berufsrentenfonds das Beitragsaufkommen zu verwalten hat. Grundsätzlich müssen Rentenfonds das mit den Rentenverpflichtungen verbundene Risiko übertragen oder es durch Vereinbarungen mit Versicherungsunternehmen rückversichern (Artikel 9). Ausnahmsweise kann ein Fonds das Beitragsaufkommen selbst verwalten und auf eigenes Risiko anlegen, wenn er den zuständigen Kontrollorganen einen Verwaltungsplan und eine versicherungsmathematische Rechnung vorgelegt hat, in denen erläutert ist, wie er die versicherungmathematischen und finanziellen Risiken zu behandeln gedenkt, und wenn die Versicherungskammer zugestimmt hat (Artikel 10).

20. Die Gewinn- und Verlustrechnung eines Fonds, der das Beitragsaufkommen selbst verwaltet, muss belegen, dass sein Kapital und seine Einkünfte die Rentenverpflichtungen abdecken [10]. Berufsrentenfonds müssen der Versicherungskammer in regelmäßigen Abständen Berichte mit einem Gesamtbild der finanziellen Situation des Fonds vorlegen und belegen, dass der Fonds alle gesetzlichen Erfordernisse erfüllt [11]. Die Versicherungskammer überwacht ständig die einzelnen Zusatzrentenfonds in den Niederlanden.

21. Gemäß Artikel 26 BPRW kann der Minister in Einzelfällen Befreiung von einzelnen Bestimmungen der BPRW gewähren. Er kann z. B. von der Zwangsmitgliedschaft befreien. Die Befreiung kann zeitlich

10 — Artikel 12 BPRW.

11 — Artikel 9 Absätze 2 und 3 und Artikel 10 Absätze 2 bis 4 BPRW.

beschränkt oder von Bedingungen abhängig sein.

22. Der niederländischen Regierung zufolge kann eine ministerielle Befreiung nur verfügt werden, wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalls eine systematische Anwendung der BPRW individuelle Interessen unverhältnismäßig beeinträchtigen würde und wenn der betreffende Fonds nicht für angemessene Alternativlösungen gesorgt hat. Ein Antrag auf ministerielle Befreiung darf allerdings nicht als Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung des Fonds betrachtet werden, mit der eine Befreiung von der Zwangsmitgliedschaft abgelehnt wurde.

23. Ausnahmen nach Artikel 26 BPRW sind nicht aus bloß moralischen Gründen oder solchen des öffentlichen Interesses zulässig. Vor seiner Entscheidung hört der Minister im Allgemeinen die Versicherungskammer an. In der Praxis wurden Anträge auf Befreiung gemäß Artikel 26 BPRW nur selten eingereicht, und keinem von ihnen ist entsprochen worden. Gegen die Entscheidung des Ministers ist ein Rechtsbehelf nach den allgemeinen Bestimmungen des niederländischen Verwaltungsrechts gegeben.

24. Nach den Erläuterungen zum Entwurf der BPRW [12] soll mit dem Gesetz erreicht werden, dass „das Renteneinkommen die allgemeine Erhöhung des Einkommensniveaus widerspiegelt", dass „jüngeren Mitgliedern des betreffenden Berufsstandes" ermöglicht wird, „auf der Grundlage eines Systems technisch durchschnittlicher Beiträge oder entsprechender Varianten zu den höheren Kosten der Vorsorge für ältere Berufsangehörige beizutragen", und dass „für die Gewährung von Renten für Zeiten vor Inkrafttreten dieser Bestimmungen Sorge getragen wird". Die Erreichung dieser Ziele durch eine allgemeine Regelung war „nur möglich, wenn [diese Regelung] grundsätzlich für alle Angehörigen des betreffenden Berufes gilt".

25. Zur Wettbewerbsfreiheit hat die niederländische Regierung in der parlamentarischen Debatte [13] ausgeführt:

„ ... Mit der Verwaltung der Branchenrentenfonds [soll] das vom sozialen Standpunkt aus betrachtet bestmögliche Rentensystem für die gesamte Gruppe der Beteiligten (Jung und Alt) geschaffen werden. Nach Auffassung der Regierung ist eine andere Situation bei Berufsrentenfonds nicht vorstellbar. Wie ein Branchenrentenfonds wird ein Berufsrentenfonds nicht als gewerbliche Einrichtung geschaffen, sondern als Institution mit sozialem Zweck, die für die angeschlossenen Mitglieder in ihren gegenseitigen gesellschaftlichen Beziehungen in bestmöglicher Weise tätig wird. Privatwirtschaftliche Erwägungen können daher schwerlich als Ausgangspunkt dienen.

12 — Kamerstukken II 1968/1969, 10 216, Nr. 3, S. 9.

13 — Memorandum, Bijlagen Hand. TK 1969/1970, 10 216, Nr. 5, S. 2.

In diesem Zusammenhang sollte das Aufkommen aus den Beiträgen der Berufsangehörigen nicht so sehr durch die Frage bestimmt werden, ob ‚sie vielleicht auf dem Markt Besseres und Billigeres finden [können]', sondern eher durch den Grad an Solidarität in dem betreffenden Berufszweig."

26. Die Regierung hat ferner festgestellt [14]:

„Der eigentliche Zweck eines Rahmengesetzentwurfs wie des Vorliegenden ist es, den Interessen der Angehörigen des betreffenden Berufes, als Ganzes betrachtet, zu dienen. Das bedeutet, dass alle Mitglieder des betreffenden Berufszweigs sich grundsätzlich an dem Rentenfonds zu beteiligen haben. Wenn das dazu führt, dass dies in bestimmten spezifischen Fällen möglicherweise nicht mit den Einzelinteressen eines oder mehrerer Angehöriger dieses Berufes übereinstimmt, so muss dieser Befund grundsätzlich hingenommen werden, da jede rechtliche Regelung, die für eine Personengruppe gilt, zu einer Beschränkung der Freiheit Einzelner führt."

2. *Satzung und Rentenordnung des Fachärzterentenfonds*

27. Der Berufsstand der Fachärzte, vertreten durch die Landelijke Specialisten Vereniging der Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Landesvereinigung der Fachärzte in der Königlich Niederländischen Gesellschaft zur Förderung der Medizin; nachstehend: LSV), schuf 1973 ein Berufsrentensystem (beroepspensioenregeling), das in einer Satzung (statuten) und in einer Rentenordnung (pensioensreglement) geregelt ist.

28. Nach der Satzung wurde die Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Stiftung Fachärzterentenfonds; nachstehend: Fonds) als juristische Person im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 Buchstabe c BPRW in der Rechtsform einer Stiftung (stichting) errichtet, um zum Teil als eigenständiger Versicherer, zum Teil als Kontrolleinrichtung tätig zu werden, die sicherstellt, dass die Angehörigen des betreffenden Berufes sich individuell versichern.

29. Die Zwangsmitgliedschaft in diesem System wurde nach Maßgabe des Artikels 2 Absatz 1 BPRW auf Antrag der LSV mit Ministerialerlass vom 18. Juni 1973 verfügt [15]. Mit Wirkung vom 31. Januar 1997 hat der Orde van Medisch Specialisten (Fachärztestand; nachstehend: OMS) die LSV in ihrer Funktion als berufsständische Vertretung abgelöst. Von den 15 000 selbständigen oder angestellten Fachärzten sind etwa 8 000 Mitglieder des OMS.

14 — Kamerstukken RII 1969/1970, 10 216, Nr. 5, S. 3.

15 — *Staatscourant* 1973, Nr. 121.

30. Artikel 1 Absatz 1 der Rentenordnung umschreibt die dem System angeschlossenen Personen als Fachärzte, die im Register anerkannter Fachärzte, auf die in den internen Regeln der Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst Bezug genommen wird, eingetragen sind, ihren Wohnsitz in den Niederlanden haben, in diesem Land als Fachärzte praktizieren und das Alter von 65 Jahren nicht überschritten haben.

31. Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung ermächtigt im Wesentlichen zwei Gruppen von Fachärzten, eine Befreiung von der Mitgliedschaft zu beantragen. Bei diesen Gruppen handelt es sich erstens um Fachärzte, die ihren Beruf in einem bestimmten Jahr voraussichtlich nur in abhängiger Stellung ausüben werden, in der sie nach einem anderen Rentensystem abgesichert sind, wie z. B. einem System nach der BPW oder einem System, das vom Arbeitgeber vor dem 6. Mai 1972 geschaffen wurde und das Rentenansprüche mindestens in der Höhe kennt, wie sie vom Fonds gewährt werden, und zweitens um selbständige Fachärzte, die Einkünfte unterhalb einer relativ niedrigen Stufe beziehen.

32. Sowohl die niederländische Regierung als auch der Fonds haben in ihrer Antwort auf schriftliche Fragen des Gerichtshofes erklärt, dass der Fonds an die in diesem Artikel festgelegten Bedingungen gebunden ist. Befreiungen aus anderen Gründen sind daher anscheinend grundsätzlich ausgeschlossen.

33. Zu dem Verhältnis zwischen der jeweiligen Befugnis des Ministers nach Artikel 26 BPRW und des Fonds nach Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung, Angehörige des Berufes von der Zwangsmitgliedschaft zu befreien, hat die niederländische Regierung erklärt, dass die Hauptverantwortung für die Errichtung und Verwaltung des Rentensystems bei den Angehörigen des Berufes liege. Aufgabe der Behörden sei es lediglich, ein rechtliches Rahmensystem zur Verfügung zu stellen, das das Funktionieren des Systems sicherstelle. Mithin sei die Befugnis des Ministers zu Befreiungen der entsprechenden Befugnis oder Verpflichtung des Fonds nachgeordnet. Der Minister könne nur eingreifen, wenn und soweit die anwendbaren Vorschriften (Satzung, Rentenordnung, ministerielle Leitlinien) den Fonds nicht zu Befreiungen ermächtigten.

34. Gemäß Artikel 44 der Rentenordnung kann die Fondsverwaltung unter besonderen Umständen angeschlossenen Personen Befreiung von der Rentenordnung gewähren, wenn die Befreiung die Rechte anderer nicht beeinträchtigt. Dem Fonds zufolge ist diese Härteklausel (hardheidsclausule) in besonders unbilligen Situationen anzuwenden, verständlicherweise etwa dann, wenn ein Mitglied während einer kurzen Mitgliedschaft nur geringfügige Rentenansprüche erwerben könnte.

35. Nach Darlegung der niederländischen Regierung unterliegen die Entscheidungen

des Fonds über Zwangsmitgliedschaft und Befreiungen hiervon der gerichtlichen Überprüfung nach allgemeinem Verwaltungsrecht (Algemene wet bestuursrecht), obwohl der Fonds als privatrechtliche Stiftung gegründet wurde.

3. *Das Fachärzterentensystem*

36. Das Fachärzterentensystem, das in der Rentenordnung des Fonds ausgiebig dargestellt ist, besteht im Wesentlichen aus folgenden Elementen:

a) einer Altersrente, die dem Versicherten ab dem 65. Lebensjahr gezahlt wird;

b) einer Witwer- oder Witwenrente von grundsätzlich 70 % der während der Ehe aufgebauten Altersrente des Versicherten, die dessen überlebendem Ehegatten gezahlt wird;

c) einer Waisenrente von 14 % (28 % bei Vollwaisen) der Altersrente des Versicherten, die dessen überlebenden Kindern bis zu ihrem 18. Lebensjahr gezahlt wird und bis zu ihrem 27. Lebensjahr weitergezahlt werden kann;

d) einem Indexierungsmechanismus, der die Renten an die allgemeine Einkommensentwicklung anpasst;

e) rückwirkenden Rentenansprüchen für die Zeiten vor Beginn des Systems;

f) fortlaufendem Erwerb von Rentenansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit infolge Invalidität, da der Fonds die fälligen Beiträge übernimmt;

g) einer ergänzenden Hinterbliebenenversicherung (Risicoregeling) für Witwen, Witwer und Waisen, falls der Versicherte vor Erreichen des 65. Lebensjahres verstirbt. Je jünger der verstorbene Versicherte war, umso höher ist die ergänzende Hinterbliebenenversicherung.

37. Die verschiedenen Elemente des Rentensystems ergeben sich aus zwei unterschiedlichen Versicherungssystemen.

38. Der erste Teil des Systems, die sogenannte Normalrente (normpensioen), umfasst die Altersrente, die Witwen- oder Witwerrente und die Waisenrente (Elemente a bis c) *mit ihrem Nominalwert*, d. h. ohne Anpassung der Rentenbezüge an die allgemeine Steigerung der Einkommen nach Maßgabe von Element d.

39. Ein Beispiel für die Ermittlung der Normalrente (Stand von 1998) könnte hilfreich sein. Jedes Jahr hat ein nichtverheirateter Versicherter nach dem Rentensystem Beiträge für eine Normalrente von 1 194,96 NLG zu leisten. Ist der Versicherte verheiratet, muss er darüber hinaus für weitere 836,47 NLG Beiträge zahlen. Ein 35-jähriger unverheirateter Facharzt, der 1998 beigetreten ist, wird somit im Jahr 2028 während einer Mitgliedschaft von dreißig Jahren Anspruch auf eine nominale Jahresrente — die normpensioen — von 35 848,80 NLG erworben haben.

40. Bei der Versicherung der Normalpension hat sich der Berufsstand der Fachärzte für die Lösung nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b BPRW entschieden. Berufsangehörige sind verpflichtet, die Normalrente über einen Einzelversicherungsvertrag zu versichern, können aber entscheiden, ob sie diesen Vertrag mit dem Fonds oder mit einem zugelassenen Versicherungsunternehmen schließen. Alle fünf Jahre können versicherte Mitglieder ihre Entscheidung überdenken. Der Fonds stellt sicher, dass die Mitglieder ihre Versicherungspflicht erfüllen.

41. Eine Versicherungsgesellschaft, die die Normalrente versichert, muss eine Vereinbarung mit dem Fonds treffen. Der Fonds wird in vielerlei Hinsicht als Mittler zwischen Fachärzten und Versicherer tätig. Der Fonds zieht z. B. die Beiträge für die Normalrente ein und leitet sie dann an den Versicherer weiter.

42. Der Fonds und der Versicherer legen die jeweiligen Beiträge für die Normalrente auf versicherungsmathematischer Grundlage fest. Die zu zahlenden Beiträge unterscheiden sich je nach Alter, Geschlecht und Einkommen des versicherten Mitglieds, den Verwaltungskosten des Fonds oder des Versicherers und den Ergebnissen der Investitionen des Fonds oder des Versicherers.

43. Der zweite Teil des Rentensystems umfasst die vorstehenden Elemente d bis g. Finanziell wichtigstes Element ist der Indexierungsmechanismus (d), der mit Hilfe eines Anpassungskoeffizienten auf jährlicher Grundlage Renten und Rentenansprüche den steigenden Einkommen anpasst. So war z. B. ein 1973 erworbener Rentenanspruch von 1 000 NLG im Jahre 1998 2 074,60 NLG wert. Im dem vorgenannten Beispiel wird etwa der nominale Rentenanspruch von 35 848,80 NLG im Jahre 2028 wahrscheinlich in Wirklichkeit viel höhere Rentenzahlungen ergeben.

44. Beim zweiten Teil des Systems hat sich der Berufsstand für die Form des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe a BPRW entschieden.

Der Fonds verwaltet diese Elemente, die nicht einer privaten Versicherungsgesellschaft anvertraut werden können.

45. Die Elemente d bis f werden durch Beiträge finanziert, die auf versicherungsmathematischer Grundlage errechnet werden. Reserven für rückwirkende Rentenansprüche (Element e) sind bereits finanziert. Damit stehen Beiträge für dieses Element gegenwärtig bei null. Das Element g wird durch einen festen Jahresdurchschnittsbeitrag finanziert.

46. Eine Risikoauswahl durch Fragebogen oder ärztliche Untersuchung findet nicht statt.

47. Der Fonds ist eine gemeinnützige Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht. Erträge werden an Rentner und angeschlossene Mitglieder gleichermaßen durch Erhöhung ihrer Rentenansprüche weitergegeben.

48. Dem Fonds zufolge sind in den Niederlanden von Apothekern, Allgemeinmedizinern, Tierärzten, Physiotherapeuten, Zahnärzten, Hebammen, Rechtsanwälten, selbständigen Aktuaren, Börsenmaklern, Wirtschaftsprüfern und Dockern im Hafen von Rotterdam andere Berufsrentensysteme ins Leben gerufen worden. An den letztgenannten vier Systemen sind nur sehr wenig Personen beteiligt. Das System für Anwälte hat nur geringen Umfang und sichert lediglich Hinterbliebenenrenten. Die Berufsrentensysteme für praktische Ärzte und Fachärzte sind, was das investierte Kapital betrifft, bei weitem die größten.

49. Am 31. Dezember 1997 wies der Fonds 5 951 angeschlossene Mitglieder, 1 063 frühere Mitglieder und 4 220 Rentenempfänger auf. Zur letzten Gruppe gehörten 1 238 Witwer oder Witwen, 185 Waisen und 2 797 Empfänger von Altersrenten. Ende 1997 betrug das investierte Kapital des Fonds etwa 6 600 Millionen NLG.

III — Die Ausgangsverfahren

50. Die Kläger der Ausgangsverfahren, Herr Pavlov (Rechtssache C-180/98), Herr Boetie Van der Schaaf (Rechtssache C-181/98), Herr Kooyman (Rechtssache C-182/98), Herr Weber (Rechtssache C-183/98) und Herr Slappendel (Rechtssache C-184/98), üben ihren Beruf als Fachärzte in einem Krankenhaus in Nijmegen aus.

51. Unstreitig bestand für die Kläger bis Ende 1995 Anschlusszwang beim Fonds.

52. Sie sind aber der Meinung, dass sie ab 1. Januar 1996 Anspruch auf Befreiung von der Mitgliedschaft nach Artikel 1 Absatz 2 der Rentenordnung des Fonds haben [16]. Nach Änderung ihres Vertragsverhältnisses mit dem betreffenden Krankenhaus wollen sie von diesem Zeitpunkt an ihren Beruf nur im Angestelltenverhältnis ausgeübt haben, für das sie bei einem sektoriellen Rentensystem pflichtversichert seien, das vom Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheit, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen (Betriebsrentenfonds für Gesundheit, geistliche und soziale Belange) verwaltet werde. Die Kläger stellten daher ihre Beitragszahlungen an den Fonds ein.

53. Der Fonds bestritt, dass die Kläger ihren Beruf in einem Angestelltenverhältnis ausübten, und erließ gegen sie Leistungsbescheide wegen rückständiger Beiträge.

54. Die Kläger fochten diese Bescheide beim Kantongerecht an.

55. Mit Zwischenurteil vom 13. Februar 1998 entschied das Kantongerecht, dass die Kläger sich aufgrund der Natur ihrer Vertragsbeziehung zu dem Krankenhaus nicht auf den Befreiungstatbestand des Artikels 1 Absatz 2 der Rentenordnung des Fonds berufen könnten.

56. Während des Verfahrens beriefen sich die Kläger auch darauf, dass die Zwangsmitgliedschaft beim Fonds gegen mehrere Bestimmungen des EG-Vertrags verstoße.

57. Mit Zwischenurteil vom 8. Mai 1998 hat das Kantongerecht dem Gerichtshof die folgenden drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. In dem Vorlageurteil stellt das Kantongerecht fest, dass seine Fragen den Fragen entsprächen, die der Hoge Raad der Niederlande in der Rechtssache Van Schijndel zuvor vorgelegt habe.

1. Ist vor dem Hintergrund des ... Zweckes der Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling [WVD] ein Berufsrentenfonds, bei dem aufgrund und gemäß der [WVD] die Pflichtmitgliedschaft für alle oder eine oder mehrere bestimmte Gruppen von Angehörigen des Berufsstands mit den nach diesem Gesetz daran geknüpften ... Rechtsfolgen vorgeschrieben worden ist, als Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 oder 90 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft anzusehen?

16 — Vgl. oben, Nrn. 31 bis 33.

2. Falls ja, ist dann das Vorschreiben der Pflichtmitgliedschaft in dem ... Berufsrentensystem für Fachärzte eine von einem Mitgliedstaat getroffene Maßnahme, die die praktische Wirksamkeit der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln beseitigt, oder ist dies nur unter bestimmten Umständen der Fall, und wenn ja, unter welchen?

3. Falls die letzte Frage zu verneinen ist, können dann sonstige Umstände dazu führen, dass die Pflichtmitgliedschaft mit Artikel 90 des Vertrages unvereinbar ist, und wenn ja, welche?

IV — Zur Zulässigkeit

58. Nach Auffassung der griechischen Regierung sind die Fragen unzulässig. Der Umstand, dass das vorlegende Gericht die rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhänge nicht ausreichend dargelegt habe, mache es den beteiligten Regierungen unmöglich, schriftliche Erklärungen zu den im Vorlageurteil gestellten Fragen abzugeben.

59. Die Erklärungen, die von der niederländischen und der französischen Regierung, der Kommission und auch von der griechischen Regierung selbst (für den Fall, dass die Vorlage nach Meinung des Gerichtshofes zulässig sein sollte) eingereicht wurden, zeigen indessen, dass die im Vorlageurteil gestellten Fragen es den Beteiligten ermöglicht haben, Stellung zu den Vorlagefragen zu nehmen. Außerdem wurden zusätzliche Angaben aufgrund der vom vorlegenden Gericht beigefügten Dokumente, der schriftlichen Erklärungen und der Antworten auf die vom Gerichtshof gestellten Fragen zugänglich gemacht. Sie alle sind im Sitzungsbericht enthalten. Die beteiligten Regierungen waren daher in der Lage, in der Sitzung Stellung zu nehmen.

60. Hieraus und aus den Randnummern 38 bis 44 des Urteils Albany folgt daher, dass die Vorabentscheidungsfragen zulässig sind.

V — Umfang der Vorabentscheidungsfragen

61. Nach der Untersuchung der nahezu identischen Fragen durch den Gerichtshof in der Rechtssache Albany geht es um drei Probleme.

62. Verstößt es erstens gegen die Artikel 5 und 85 des Vertrages, wenn staatliche Behörden auf Antrag einer Berufsorganisation, die die Angehörigen eines Berufsstandes vertritt, die Mitgliedschaft in einem

Berufsrentenfonds verbindlich vorschreiben? (Frage 2)

63. Ist zweitens ein Berufsrentenfonds wie der vorliegend in Rede stehende ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. des Vertrages? (Frage 1)

64. Verwehren es drittens die Artikel 90 und 86 des Vertrages einem Mitgliedstaat, ein System der Zwangsmitgliedschaft bei Berufsrentensystemen wie das in den Niederlanden errichtete zu schaffen und in dessen Rahmen die Mitgliedschaft bei einem bestimmten Berufsrentensystem verbindlich vorzuschreiben? (Frage 3)

65. Wie in der Rechtssache Albany könnte die dritte Frage des vorlegenden Gerichts auch so verstanden werden, dass damit das Problem der Vereinbarkeit des niederländischen Systems mit Artikel 90 in Verbindung mit den Artikeln 52 ff. und 59 ff des Vertrages (nach Änderung jetzt Artikel 43 ff. EG und 49 ff. EG) angesprochen wird.

66. Nichts belegt indessen, dass die Parteien oder das vorlegende Gericht die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erörtert hätten oder dass der Fall einen unmittelbar grenzüberschreitenden Bezug aufwiese. Außerdem ist die Frage der letzten Frage in der Rechtssache Van Schijndel [17] nachgebildet. In dieser Rechtssache hatte es der Hoge Raad ausdrücklich abgelehnt, eine Frage zu den Grundfreiheiten des Vertrages vorzulegen. Die Frage ist daher so zu verstehen, dass sie sich nur auf die Artikel 90 und 86 des Vertrages bezieht.

VI — Zur zweiten Frage: Die Artikel 5 und 85

67. Es ist allgemein anerkannt, dass die LSV, die seinerzeit die repräsentative Berufsorganisation der niederländischen Fachärzte war, 1973 das oben dargestellte Berufsrentensystem (beroepspensioenregeling) geschaffen hat. Dem Fonds zufolge waren damals alle Mitglieder der LSV selbständige Fachärzte. Später beantragte der LSV beim zuständigen Minister, die Mitgliedschaft bei dem System zwingend vorzuschreiben. Der Minister entsprach dem Antrag und schrieb durch Erlass die Mitgliedschaft in dem von der LSV errichteten System für alle in den Niederlanden niedergelassenen Fachärzte zwingend vor.

68. Das Kantongerecht hat Zweifel an der Vereinbarkeit dieses Erlasses mit den Artikeln 5 und 85 des Vertrages. Die dahin

17 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (zitiert in Fußnote 1).

gehende Argumentation lautet etwa wie folgt [18]. Fachärzte sind im Sinne des Wettbewerbsrechts Unternehmen. Die Einrichtung des Berufsrentensystems durch die LSV muss als Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 betrachtet werden. Diese Entscheidung schränkt den Wettbewerb zwischen Fachärzten und den Wettbewerb auf dem Rentenversicherungsmarkt ein und beeinträchtigt den Handel zwischen Mitgliedstaaten. Das verstößt gegen Artikel 85 Absatz 1. Mit der Anordnung der Zwangsmitgliedschaft fördern die Niederlande den Erlass einer gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Entscheidung und/oder verstärken deren Wirkung. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verstößt daher der Erlass gegen die Artikel 5 und 85.

69. Der Fonds, die niederländische Regierung und die Kommission sind der Meinung, dass die Artikel 5 und 85 des Vertrages nicht verletzt seien. Sie tragen hierzu eine Reihe von Argumenten vor. So wird ausgeführt, dass Artikel 85 Absatz 1 ratione materiae nicht anwendbar sei, dass keine Vereinbarung zwischen Unternehmen und kein Beschluss von Unternehmensvereinigungen vorliege, dass der Wettbewerb nicht spürbar eingeschränkt werde, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt werde, dass Artikel 5 nicht anwendbar sei, da Artikel 90 Absatz 1 eine Lex specialis darstelle, und dass das niederländische System jedenfalls aus Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sei.

18 — Vgl. auch das Vorbringen von Albany, Drijvende Bokken und Brentjens, das in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany (zitiert in Fußnote 2, Nrn. 73 bis 76) zusammengefasst ist.

70. Die Kläger der Ausgangsverfahren haben dem Gerichtshof keine Erklärungen eingereicht. Die griechische und die französische Regierung haben in ihren Erklärungen dieses Problem nicht behandelt.

71. Diese Rechtssache wirft u. a. die Frage des Verhältnisses des Wettbewerbsrechts des Vertrages zu den freien Berufen auf. Da dies die erste Rechtssache ist, in der es um einen Kernberuf, nämlich um Ärzte geht [19], und die Frage in naher Zukunft wahrscheinlich an Gewicht gewinnen wird [20], dürften, ehe die Artikel 5 und 85 Absatz 1 untersucht werden, einige Vorbemerkungen nützlich sein.

1. *Wettbewerb und freie Berufe*

72. Wenn ich in diesem Abschnitt von „freien Berufen" spreche, dann meine ich damit Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten und verwandte Berufe [21].

19 — Der Gerichtshof hat bereits im Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-35/96 (Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851) die Festsetzung von Tarifen durch italienische Zollspediteure behandelt.

20 — Gegenwärtig sind beim Gerichtshof und beim Gericht erster Instanz mehrere Rechtssachen anhängig, die die Festsetzung von Gebühren oder Honoraren durch Rechtsanwälte (Rechtssache C-35/99, Arduino) und Architekten (Rechtssache C-221/99, Conte/Rossi), das Verbot des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern (Rechtssache C-309/99, Wouters u. a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten) und den Verhaltenskodex des Institut des Mandataires Agréés près l'Office Européen des Brevets (Rechtssache T-144/99, IMA/Kommission) betreffen.

21 — Vgl. zum Problem einer genauen Definition unten, Nr. 83.

73. Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten sind folgende Merkmale typisch für die Märkte beruflicher Dienstleistungen [22].

74. Zunächst halten die Berufsstände häufig ein gesetzliches Monopol für ihre Dienstleistungen (z. B. Ärzte für gesundheitliche Betreuung, Rechtsanwälte für die Vertretung vor Gerichten, Apotheker für den Verkauf von Arzneien).

75. Zweitens sind viele Berufsstände an der Kontrolle des Zugangs zum Beruf beteiligt. Auch wenn sich der Staat die endgültige Entscheidung über den Zugang vorbehält, legen Angehörige des Berufsstandes gleichwohl z. B. die notwendigen Ausbildungszeiten fest, kontrollieren die Studieninhalte oder legen Prüfungen fest und werden als Prüfer tätig. Häufig erlaubt man Berufsständen sogar, selbst zu bestimmen, wie viele neue Mitglieder jedes Jahr die Berufsausübung aufnehmen dürfen.

76. Drittens ist Werbung häufig eingeschränkt. Die einschlägigen Regeln werden üblicherweise vom Berufsstand selbst festgelegt und von Disziplinareinrichtungen oder den Gerichten durchgesetzt. Sie reichen vom völligen Verbot jeder Form von Werbung bis zu beschränkteren Verboten der Veröffentlichung des Preises oder der Qualität der angebotenen Dienstleistung.

77. Viertens legen einige Berufsstände feste Gebühren und Honorare für ihre Dienstleistungen fest. Denkbare Regelungen reichen von der Festlegung von Mindestgebühren durch den Berufsstand selbst bis zur Festlegung von Höchstgebühren durch den Staat nach Anhörung des betreffenden Berufsstandes.

78. Schließlich ist in vielen Berufen die Möglichkeit der Berufsausübung in bestimmten Unternehmensstrukturen begrenzt. Angehörige eines Berufsstandes können z. B. an der Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder an der Begründung von Gesellschafts- oder Angestelltenverhältnissen mit Personen eines anderen Berufes gehindert sein (z. B. Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer).

79. Gegner solcher Regelungen machen geltend, dies seien wettbewerbswidrige Beschränkungen, und da solche in anderen Waren- und Dienstleistungsmärkten verboten seien, gebe es keinen vernünftigen Grund, weshalb sie bei den freien Berufen erlaubt sein sollten.

80. Befürworter hingegen meinen, die Märkte für Dienstleistungen freier Berufe könnten nicht mit „normalen" Märkten verglichen werden, der Wettbewerb inner-

22 — Vgl. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *Competition Policy and the Professions*, Paris 1985.

halb jedes Berufsstandes sei in Wirklichkeit stark, Beschränkungen des Zugangs und bestimmter Berufspraktiken seien notwendig, um ein hohes Qualitätsniveau sicherzustellen, und die Annahme, dass Angehörige der Berufe allein durch Profitdenken motiviert würden, sei eine grobe Vereinfachung.

81. Diese konträren Standpunkte haben in zahlreichen nationalen Wettbewerbssystemen zu heftigen Auseinandersetzungen und zu Streit in Wissenschaft und Politik geführt [23]. Gleiches wird zwangsläufig im europäischen Wettbewerbsrecht geschehen [24].

82. Die vorliegenden Rechtssachen sind insoweit atypisch, als sie die Entscheidung einer Berufsorganisation über Zusatzrenten und nicht eine der fünf vorgenannten Regelkategorien betreffen. Das Urteil des Gerichtshofes in diesen Rechtssachen wird indessen dazu beitragen, den Rahmen festzulegen, innerhalb dessen Berufsverhalten und -regelungen in Zukunft beurteilt werden. Man muss sich daher dreier immer wiederkehrender Schwierigkeiten bewusst sein.

83. Zunächst darf man sich die freien Berufe nicht als eine homogene Kategorie von Wirtschaftsteilnehmern vorstellen. Jeder Berufsstand erbringt komplexe Dienstleistungen. Die Natur dieser Dienstleistungen ändert sich nicht nur von einem Beruf zum anderen (z. B. Architekten und Ärzte), sondern auch innerhalb eines Berufes (z. B. Chirurgen und Psychiater). International gesehen können scheinbar identische Berufe in verschiedenen Staaten unterschiedliche Arten der Ausbildung erfahren und Dienstleistungen unterschiedlicher Natur erbringen (Architekten, Notare). Diese Unterschiede werden durch die Schwierigkeiten belegt, eine allgemein akzeptierte Definition dieser Berufe zu finden [25].

84. Zweitens unterscheiden sich wirtschaftlich betrachtet die Märkte für berufliche Dienstleistungen unter zwei wichtigen Aspekten von den normalen Waren- und Dienstleistungsmärkten.

85. Das sind zunächst die sogenannten Außeneffekte (externalities). Außeneffekte sind Gewinne oder Verluste (normalerweise für die Gesellschaft als Ganzes), die keinen

23 — Vgl. *Competition Policy and the Professions* (zitiert in Fußnote 22, S. 20 bis 31); für einen aktuellen Bericht über die Lage in Deutschland, im Vereinigten Königreich und in Frankreich vgl. Michael König, *Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt*, Baden-Baden 1997.

24 — Vgl. z. B. C. D. Ehlermann, „Concurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, S. 136; L. Idot, „Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels", *Journal des Tribunaux, Droit Européen*, 1997, S. 73; A. Riesenkampff, S. Lehr, „Membership of Professinal Associations and Artikel 85 of the EC Treaty", *World Competition*, 1996, S. 57; H. Nyssens, Concurrence et ordres professionnels: „Les trompettes de Jéricho sonnent-elles?", *Revue de Droit Commercial Belge*, 1999, S. 475.

25 — Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass der Begriff des freien Berufes kein eindeutiger Rechtsbegriff sei (BVerfGE 10, 354, 364). Zu einem Versuch, die wesentlichen Merkmale freier Berufe zu definieren, vgl. *Competition Policy and the Professions* (zitiert in Fußnote 22, S. 9 bis 13).

Preis haben [26]. Positive Außeneffekte können z. B. durch wissenschaftliche Entdeckungen, negative Außeneffekte durch einen schlecht gestalteten Vertrag entstehen. Es liegt auf der Hand, dass hochwertige berufliche Dienstleistungen regelmäßig positive Außeneffekte haben und dass bei geringwertigen Dienstleistungen das Gegenteil eintreten wird. Außerdem ist die Nachfrage nach beruflichen Dienstleistungen oft abgeleiteter Natur, was bedeutet, dass der Output (Rat eines Rechtsanwalts, Plan eines Architekten) Zwischenstück in einer längeren Produktionskette ist. Die Qualität dieser Dienstleistungen spielt demnach als einer der entscheidenden Inputs in vielen Bereichen der Volkswirtschaft eine äußerst wichtige Rolle. Hieraus muss der Schluss gezogen werden, dass die freien Berufe nicht nur ihren Kunden, sondern auch einem breiteren Publikum Dienste erweisen; die Gesellschaft hat daher ein besonderes Interesse, die durchschnittliche Qualität dieser Dienstleistungen hoch zu halten.

86. Dann haben wir es mit dem wichtigen Problem der sogenannten asymmetrischen Information zu tun. Eine solche Asymmetrie zwischen Verkäufer und Käufer entsteht, wenn der Käufer die Qualität dessen, was er erhält, nicht mehr vollständig beurteilen kann [27]. Bei den freien Berufen ist das Problem wegen der hochtechnischen Natur ihrer Dienste besonders drängend. Der Verbraucher kann die Qualität dieser Dienstleistungen nicht vor dem Kauf durch Besichtigung (wie z. B. beim Einkauf von Käse), sondern nur nach dem Verbrauch einschätzen. Noch schlimmer ist, dass er vielleicht nie ganz beurteilen kann, ob der Berufsangehörige (d. h. der Arzt, Architekt, Rechtsanwalt) nun einen hochwertigen Dienst erbracht hat oder nicht. Folglich sind die Anreize für Berufsangehörige, die selbst bestimmen, wie sehr sie sich um einen Kunden kümmern, sehr hoch, entweder bewusst die Qualität zu senken, um Zeit und Geld zu sparen, oder ihre Kunden zur Inanspruchnahme ihrer Dienste zu bewegen, auch wenn diese nicht notwendig sind. Die üblichen Methoden der Überwindung oder Bekämpfung der negativen Wirkungen asymmetrischer Information oder mit anderen Worten der Vermeidung eines „Rennens nach unten" sind bei den Berufen allesamt zu finden. Zugangsprüfungen sollen einen hohen Standard beruflicher Kenntnisse von Beginn an sicherstellen. Haftungsregelungen, die Folgen eines guten oder schlechten Rufes oder Zertifikatssysteme sind Anreize, diese Kenntnisse in vollem Umfang einzusetzen. Werbung wird von manchen als Mittel der Überwindung oder Bekämpfung der Asymmetrie betrachtet, während andere meinen, dass Werbung die Probleme verschärft. Um den Wirkungen der Asymmetrie zu begegnen, ist also u. a. eine Regelung dieser Märkte in bestimmtem Umfang als erforderlich anzusehen.

87. Die dritte häufige Schwierigkeit ist rechtlicher Natur. Sie beruht auf dem Verhältnis zwischen staatlicher Regulierung und berufsständischer Selbstregulierung. In vielen Systemen überträgt der Staat be-

26 — Vgl. D. W. Carlton, J. M. Perloff, *Modern Industrial Organisation*, 2. Aufl., New York 1994, S. 115.

27 — Vgl. *Modern Industrial Organisation* (zitiert in Fußnote 26, S. 558).

rufsständischen Einrichtungen regulierende Befugnisse. Diese Einrichtungen können sogar öffentlich-rechtlich organisiert sein. Ihre Verteidigung in Wettbewerbssachen wird häufig Argumente enthalten, die auf ihrer Beziehung zum Staat beruhen. Sie machen z. B. geltend, dass die Gesetzgebung die beanstandete Verhaltensweise erwartete oder förderte oder die Einrichtung sogar dazu verpflichtete (sog. „staatsgebundenes Handeln"). Man muss auch bedenken, dass staatliche Maßnahmen in manchen wettbewerbsrechtlichen Systemen Antitrust-Immunität genießen. Bei berufsständischen Auseinandersetzungen ist daher häufig als Vorfrage zu klären, wer für ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Regel verantwortlich ist (der Staat oder der Berufsstand).

88. Daraus sind meines Erachtens für die vorliegenden Rechtssachen [28] und allgemein für das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft folgende Schlussfolgerungen zu ziehen.

89. Wegen der Heterogenität der Berufe und der Spezifizität der Märkte, auf denen sie tätig sind, können keine allgemeinen Formeln gelten; in jedem Einzelfall muss vielmehr sorgfältig geprüft werden, ob eine bestimmte Beschränkung des Verhaltens auf dem betreffenden Markt tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages führt [29].

90. Zusätzlich wird zu prüfen sein, ob Artikel 85 Absatz 3 (soweit anwendbar) so ausgelegt werden kann, dass er die Sorge um die Qualität beruflicher Dienstleistungen und deren Bedeutung für die Gesellschaft als Ganzes zum Tragen bringt [30].

91. Sodann werden die Regeln über die jeweiligen Verantwortungsbereiche der Mitgliedstaaten und der Berufsstände mit Sorgfalt anzuwenden sein. Kritisch wird hierbei sein, ob und unter welchen Umständen ein Berufsstand sich auf staatlich vorgeschriebenes Verhalten berufen kann und aufgrund welcher Argumente ein Mitgliedstaat eigene regulierende Eingriffe in den Wettbewerbsprozess innerhalb der Berufsstände zu rechtfertigen vermag.

92. Ich möchte diesen Abschnitt mit folgender Bemerkung abschließen. Ich habe dargelegt, dass die spezifischen Merkmale der Märkte für berufliche Dienstleistungen einen gewissen Grad an Regulierung erforderlich machen. Gegner der beruflichen Selbstregulierung bestehen darauf, dass der Staat oder zumindest staatlich kontrollierte

28 — Zur Relevanz der ersten und der dritten nachstehenden Schlussfolgerung vgl. Nrn. 137 und 162 dieser Schlussanträge.

29 — Vgl. auch Nrn. 251 und 252 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

30 — Vgl. Nr. 193 und Fußnote 90 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

Standeseinrichtungen die Berufe regulieren sollten, da die Gefahr bestehe, dass Regulierungsbefugnisse missbraucht würden. Wirtschaftlich gesehen entsteht aber wiederum ein Informationsproblem. Die komplexe Natur dieser Dienstleistungen und ihre ständige Evolution durch rasch wechselnde Entwicklungen des Wissens und der Technik erschweren es Parlamenten und Regierungen, die erforderlichen detaillierten und dem neuesten Stand angepassten Regelungen zu treffen. Selbstregulierung durch kenntnisreiche Angehörige der Berufe ist häufig angemessener, weil sie mit der erforderlichen Flexibilität reagieren kann. Die größte Herausforderung für jedes System des Wettbewerbsrechts ist daher die Verhinderung des Missbrauchs der Regulierungsbefugnisse, ohne dabei die Regelungsautonomie der Berufe zu zerstören.

93. Vor diesem Hintergrund und auf der Grundlage der Erklärungen der Parteien komme ich damit zur Untersuchung der Artikel 85 Absatz 1 und 5 des Vertrages.

2. *Materielle Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1*

94. Nach Auffassung des Fonds und der niederländischen Regierung liegt die Entscheidung der Fachärzte, ein Berufsrentensystem einzurichten und beim zuständigen Minister zu beantragen, die Mitgliedschaft in diesem System zwingend vorzuschreiben, außerhalb des materiellen Anwendungsbereichs des Artikels 85 Absatz 1. Die vom Gerichtshof in der Rechtssache Albany [31] gefundene Lösung für Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Betriebsrentensysteme könne auf die vorliegenden Fälle übertragen werden. In Randnummer 64 dieses Urteils habe der Gerichtshof entschieden, dass die streitige Vereinbarung aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages falle. Die Kommission schlägt eine ähnliche Lösung vor, falls der Gerichtshof nicht ihrer Hauptargumentation folgen sollte, dass nämlich Fachärzte, die sich über Zusatzrenten einigten, als Verbraucher und nicht als Unternehmen behandelt werden müssten [32].

95. Der Fonds und die niederländische Regierung machen erstens geltend, zwischen den niederländischen Vorschriften über Betriebsrentensysteme und denen über Berufsrentensysteme bestehe kein wesentlicher Unterschied. Die Richtlinie 98/49/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Gewährung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern [33], unterscheide nicht zwischen Renten für Arbeitnehmer und solchen für Selbständige. Zweitens könnten verschiedene Teile der Begründung des Urteils Albany unmittelbar auf die vor-

31 — Zitiert in Fußnote 2.

32 — Vgl. Nrn. 114 bis 121 dieser Schlussanträge.

33 — ABl. 1998, L 209, S. 46.

liegenden Fälle übertragen werden: Die Artikel 3 Buchstabe i und 2 des Vertrages [34] seien ebenfalls erheblich, die Entscheidung sei in den vorliegenden Fällen ebenfalls nach Kollektivverhandlungen getroffen worden [35], und der soziale Zweck der Entscheidung stimme mit dem in der Rechtssache Albany überein [36].

96. Ich gehe zunächst davon aus, dass sich das Urteil Albany eindeutig auf den besonderen Fall einer Tarifvereinbarung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen beschränkt.

97. Das ergibt sich bereits aus der Argumentation in den Randnummern 53 bis 60 des Urteils, die sich wie folgt zusammenfassen lässt. Der Vertrag und das Abkommen über die Sozialpolitik fördern Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern, was darauf hindeutet, dass diese Form der Konzertierung der Sozialpartner im Allgemeinen rechtmäßig ist [37]. Andererseits sind mit Tarifverträgen der Sozialpartner über Löhne und Arbeitsbedingungen nach entsprechenden Verhandlungen zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden [38]. Wenn der Vertrag Kollektivverhandlungen fördert, so können deren unmittelbare Wirkungen, nämlich bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs, nicht nach Artikel 85 Absatz 1 verboten sein [39].

98. Diese Argumentation stützt sich somit auf zwei besondere Merkmale der Kollektivverhandlung zwischen den Sozialpartnern: Sie wird einmal vom Gemeinschaftsrecht ausdrücklich gefördert und führt ferner notwendig zu bestimmten Beschränkungen des Wettbewerbs. Folgerichtig hat der Gerichtshof daher in den Randnummern 60 bis 64 des Urteils entschieden, dass eine bestimmte Vereinbarung, um dem Wettbewerbsrecht entzogen zu sein, nicht nur einen sozialen Zweck verfolgen müsse, sondern auch besonderer Natur sein müsse, nämlich ein im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern geschlossener Tarifvertrag.

99. Ich gehe zweitens davon aus, dass diese besondere Freistellung von Tarifverträgen zwischen den Sozialpartnern nicht auf andere Arten von Vereinbarungen oder Entscheidungen ausgedehnt oder im Wege der Analogie angewandt werden darf. Es sei daran erinnert, dass Artikel 85 Absatz 1 ausdrücklich alle Formen abgestimmter Verhaltensweisen erfasst. Außerdem fehlen in den vorliegenden Fällen die beiden entscheidenden Elemente der Rechtssache Albany. Das Verhalten der Berufsstände und die von ihnen geschaffenen Regulierungen enthalten nicht notwendig Beschränkungen des Wettbewerbs; keine Bestimmung des Vertrages fördert ausdrücklich die Konzertierung selbständiger Berufe. Mithin entsteht hier kein Konflikt zwischen zwei Regelungsbereichen des Vertrages, der in der Rechtssache Albany „eine sachgerechte und zusammenhängende Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit" erforderlich machte.

100. In Wirklichkeit legen der Fonds und die niederländische Regierung dem Ge-

34 — Randnr. 54 des Urteils.
35 — Randnr. 59 des Urteils.
36 — Randnr. 63 des Urteils.
37 — Randnrn. 54 bis 58 des Urteils.
38 — Randnr. 59 des Urteils.
39 — Randnr. 60 des Urteils.

richtshof nahe, eine Freistellung vom Wettbewerbsrecht lediglich wegen des sozialen Zweckes der Vereinbarung auszusprechen. Das wird durch ihre schriftlichen Erklärungen bestätigt, in denen sie Folgendes vorbringen. Die Entscheidung der LSV verfolge einen sozialen Zweck, weil sie Zusatzrenten nicht nur den Berufsangehörigen, sondern auch deren Ehegatten und Kindern zukommen lassen wolle. Außerdem seien Zusatzrenten von großer sozialer Bedeutung, was der Gemeinschaftsgesetzgeber durch den Erlass der vorgenannten Richtlinie zur Gewährung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern, anerkannt habe [40]. Im Übrigen seien nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Mitgliedstaaten weiterhin zur Organisation ihrer Systeme der sozialen Sicherheit zuständig [41].

101. Zu den ersten beiden Argumenten habe ich bereits festgestellt, dass es im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft keine allgemeine Ausnahme für den Sozialbereich gibt [42]. Anders als viele nationale Systeme des Wettbewerbsrechts gelten die Gemeinschaftsbestimmungen für nahezu sämtliche Bereiche der Wirtschaft. Nach gefestigter Rechtsprechung muss im Vertrag, wenn bestimmte Bereiche vom Wettbewerbsrecht ausgeschlossen sein sollen, ausdrücklich eine Ausnahme in diesem Sinne angeordnet sein [43]. Die im Urteil Albany bestätigte wettbewerbsrechtliche Freistellung von Tarifverträgen der Sozialpartner ist mit dieser Rechtsprechung nicht unvereinbar, weil sie nicht nur auf den Gegenstand dieser Vereinbarungen, sondern hauptsächlich auf den Rahmen gestützt ist, in dem diese abgeschlossen wurden [44]. Außerdem wird dieser Bereich der Wirtschaft nicht deshalb vom Wettbewerbsrecht ausgenommen, weil die Gemeinschaft eine bestimmte Politik verfolgt wie etwa im Bereich der Zusatzrenten [45]. Der Gerichtshof hat daher ständig die Wettbewerbsregeln im Sozialbereich angewandt. Das beste Beispiel sind die Urteile Albany, Brentjens und Drijvende Bokken selbst, in denen der Gerichtshof die Betriebsrentenfonds als Unternehmen im Sinne des Artikels 86 eingestuft und die Vereinbarkeit der betreffenden Bestimmungen mit den Artikeln 90 und 86 des Vertrages geprüft hat.

102. Was das dritte Argument betrifft, so kann die Gesetzgebungszuständigkeit der Mitgliedstaaten für einen bestimmten Bereich nicht die Pflichten dieser Staaten [46] (und a fortiori die Pflichten Einzelner) berühren, die Bestimmungen des Vertrages einzuhalten.

103. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass Artikel 85 Absatz 1 ratione materiae anwendbar ist.

40 — Zitiert in Fußnote 33.

41 — Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82 (Duphar, Slg. 1984, 523, Randnr. 16).

42 — Vgl. Nrn. 123 bis 130 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany (zitiert in Fußnote 2).

43 — Vgl. z. B. Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 (Asjes, Slg. 1986, 1425, Randnr. 40).

44 — Vgl. für weitere Einzelheiten Nrn. 183 bis 185 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

45 — Vgl. für weitere Einzelheiten und Nachweise Nr. 126 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

46 — Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-120/95 (Decker, Slg. 1998, I-1831).

3. *Beschluss einer Unternehmensvereinigung*

104. Der Fonds, die niederländische Regierung und die Kommission vertreten die Auffassung, dass die Entscheidung der LSV, ein Berufsrentensystem einzurichten und beim zuständigen Minister zu beantragen, die Mitgliedschaft in diesem System zwingend vorzuschreiben, nicht als „Beschluss einer Unternehmensvereinigung" im Sinne des Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages betrachtet werden könne. Hier stellen sich drei Fragen.

a) Sind Fachärzte Unternehmen?

105. Die erste Frage geht dahin, ob Fachärzte als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages einzustufen sind, wenn sie entgeltlich ärztliche Leistungen erbringen.

106. Es ist bemerkenswert, dass keine Partei die Auffassung vertreten hat, selbständige Fachärzte seien als solche vom persönlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ausgeschlossen. Der Fonds macht allerdings geltend, dass angestellte Fachärzte nicht als Unternehmen einzustufen seien.

107. Nach allgemeiner Definition umfasst „der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung" [47]. Da nach diesem funktionalen Ansatz der Rechtsstatus unerheblich ist, können natürliche Personen als Unternehmen eingestuft werden [48]. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass aus der Rechtsform, in der eine wirtschaftliche Tätigkeit betrieben wird, kein Vorteil gezogen werden darf. Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht im Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt [49]. Die betreffende Tätigkeit muss jedenfalls grundsätzlich mit der Aussicht auf Gewinn ausgeübt werden können [50].

108. Der Gerichtshof hat diese Grundsätze im Urteil Kommission/Italien [51] herangezogen und italienische Zollspediteure als Unternehmen behandelt.

109. Italien hatte in dieser Rechtssache geltend gemacht, der Zollspediteur sei als

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

48 — Vgl. Urteil in der Rechtssache C-35/96 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 129, Randnrn. 36 bis 38) (eingehender erörtert in Nrn. 108 bis 110 dieser Schlussanträge); Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache 170/83 (Hydrotherm, Slg. 1984, 2999, Abschnitt B. 1 der Schlussanträge); vgl. auch Entscheidungen der Kommission 76/743/EWG, Reuter/BASF, ABl. 1976, L 254, S. 40 (Erfinder), sowie 78/516/EWG, RAI/UNITEL, ABl. 1978, L 157, S. 39 (Opernsänger).

49 — Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 118/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7).

50 — Vgl. z. B. Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache C-364/92 (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43, Nr. 9).

51 — Rechtssache C-35/96 (zitiert in Fußnote 19).

freiberuflich Tätiger ebenso wie ein Rechtsanwalt, ein Geometer oder ein Dolmetscher Selbständiger, könne jedoch nicht als Unternehmen angesehen werden, da die von ihm erbrachten Dienstleistungen geistiger Art seien und für die Ausübung seines Berufes eine Genehmigung erforderlich sei, wobei er bestimmte Bedingungen einhalten müsse.

110. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Tätigkeit der Zollspediteure eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, da sie nämlich gegen Entgelt Dienstleistungen anbieten, die darin bestehen, Zollformalitäten vorzunehmen (sowie andere ergänzende Dienstleistungen auf dem Gebiet der Devisen, der Warenkunde und der Steuern), und die mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken übernehmen. Selbst wenn es sich bei der Tätigkeit eines Zollspediteurs um eine geistige Tätigkeit handeln sollte, für die eine Genehmigung erforderlich wäre und die ohne einen Inbegriff personeller, materieller und immaterieller Elemente ausgeübt werden könnte, wäre sie doch nicht dem Anwendungsbereich des Artikels 85 des Vertrages entzogen.

111. Diese Argumentation kann unmittelbar auf unsere Rechtssachen übertragen werden. Selbständige Fachärzte erbringen als unabhängige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf dem Markt für fachärztliche Leistungen. Für diese Dienstleistungen beanspruchen und erhalten sie von ihren Patienten ein Entgelt. Sie übernehmen die mit dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken. Die komplexe und technische Natur ihrer Dienstleistungen und der Umstand, dass ihre Berufsausübung einer Regelung unterliegt, können ihre Einstufung für die Zwecke des Wettbewerbsrechts nicht beeinträchtigen.

112. Schwieriger ist die Einstufung angestellter Fachärzte. Grundsätzlich verbleiben Angestellte, die Arbeit gegen Entgelt leisten, außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 85 Absatz 1 [52]. Angestellte Angehörige freier Berufe sind indessen keine typischen „Arbeitnehmer". Oftmals ist ihre Vergütung unmittelbar abhängig von den Gewinnen und Verlusten ihrer Arbeitgeber, und sie sind nicht wirklich dem Direktionsrecht dieses Arbeitgebers unterworfen. Sie stellen daher einen der Grenzfälle dar, die ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany behandelt habe [53]. In den vorliegenden Rechtssachen bedarf es indessen einer endgültigen Stellungnahme zu diesem Problem nicht, da zum Zeitpunkt der zu prüfenden Entscheidung alle Mitglieder der LSV selbständige Fachärzte waren.

113. Demgemäß sind selbständige Fachärzte, wie es die Mitglieder der LSV zur entscheidungserheblichen Zeit waren, als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages anzusehen.

52 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Albany (zitiert in Fußnote 2, Nrn. 209 bis 217) und jetzt Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-22/98 (Becu u. a., Slg. 1999, I-5665, Randnrn. 24 bis 26).

53 — Nr. 217.

b) Handeln Fachärzte bei der Einrichtung eines Berufsrentensystems als Verbraucher oder als Unternehmen?

114. Die Kommission räumt ein, dass selbständige Fachärzte, wenn sie ärztliche Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen, damit einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen. Sie meint allerdings, dass die Fachärzte in den vorliegenden Rechtssachen nicht als Unternehmen, sondern als Verbraucher gehandelt hätten. Sie will deren gemeinsame Entscheidung, ein Zusatzrentensystem einzurichten, wie eine Entscheidung behandelt wissen, Investitionen auf den Finanzmärkten vorzunehmen oder ein Ferienhaus zu kaufen. Tätigkeiten von Endverbrauchern sollen außerhalb der Wettbewerbsregeln verbleiben.

115. Wenn natürliche Personen als Unternehmen behandelt werden, ist es meines Erachtens richtig, die mit ihrer wirtschaftlichen Sphäre verbundenen Tätigkeiten von denen ihrer Privatsphäre zu unterscheiden. Anders als juristische Personen, die kein „Privatleben" haben, können natürliche Personen entweder in ihrer Eigenschaft als Unternehmer oder als Endverbraucher tätig werden. Da die Artikel 85 ff. des Vertrages nur für Unternehmen gelten, fallen natürliche Personen, die als Privatleute tätig werden, nicht unter die Wettbewerbsregeln. Folglich fallen Berufsangehörige, die vereinbaren, einen Ferienaufenthalt auf den Bahamas zu organisieren oder Karten für einen Opernbesuch zu kaufen, nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages. Andererseits üben Ärzte, die medizinische Geräte kaufen, oder Rechtsanwälte, die eine Kanzlei mieten, Tätigkeiten aus, die mit ihrer Berufstätigkeit zusammenhängen. Insoweit sollten die Wettbewerbsregeln Anwendung finden.

116. In den vorliegenden Rechtssachen besteht daher das Problem darin, wie die Beiträge eines Berufstätigen zu einem Zusatzrentensystem im niederländischen Kontext einzustufen sind.

117. Die Kommission argumentiert wie folgt. Zahlt ein Arbeitgeber Rentenbeiträge für seine Angestellten (es ist anerkannt, dass diese Zahlungen als Entgelt anzusehen sind), so ist diese Zahlung Teil seiner wirtschaftlichen Haupttätigkeit[54]. Bei selbständigen Berufstätigen sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Person, so dass ein Arbeitslohn fehlt. Die Einrichtung einer Zusatzrente für den Berufstätigen selbst ist daher keine Tätigkeit, die z. B. mit dem Kauf neuer medizinischer Geräte zu vergleichen wäre, sondern eine Tätigkeit des persönlichen Verbrauchs.

118. Diese Argumentation überzeugt mich nicht ganz. Meines Erachtens ist zwischen beruflichen Einkünften, die in der Sphäre des „Unternehmens" des Berufstätigen verbleiben und erneut investiert werden,

54 — Vgl. auch Nr. 229 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

und solchen Einkünften zu unterscheiden, die dieser Sphäre endgültig entzogen und im Privatbereich investiert werden.

119. Benutzt ein Berufstätiger einen Teil seiner Einkünfte, um freiwillig mit einem Versicherer einen Lebensversicherungsvertrag (dritter Pfeiler) zu schließen, so sind die fraglichen Einkünfte der Berufssphäre entzogen und in der Privatsphäre neu investiert worden. Das wird dadurch bestätigt, dass die gleiche Investition mit persönlichen Erträgnissen z. B. aus einem der Familie des Berufstätigen gehörenden Weinberg getätigt werden könnte. Eine solche Investition kann daher mit dem Kauf eines wertvollen Gemäldes oder eines Ferienhauses verglichen werden.

120. Demgegenüber sind Beiträge für Renten des ersten oder zweiten Pfeilers mit der Berufssphäre des Berufstätigen verbunden. Es ist kein Zufall, dass die in Rede stehenden Systeme als *Berufs*rentensysteme bezeichnet werden: Die Zugehörigkeit zu diesen Systemen beginnt und endet parallel zur Berufstätigkeit; alle Angehörige eines Berufes sind demselben Zweitpfeiler-System angeschlossen, während nicht zum Beruf gehörende Personen nicht Mitglied werden können; die aufzubauende Rente und die dementsprechend zu zahlenden Beiträge hängen von den Berufseinkünften des angeschlossenen Mitglieds ab. Letztlich stellen Berufsrentensysteme einen Mechanismus dar, um berufliche Einkünfte (im Gegensatz zu privaten) über einen längeren Zeitraum zu strecken. Beiträge zu solchen Systemen müssen daher als Einkünfte verstanden werden, die innerhalb der beruflichen Sphäre verbleiben.

121. Ich komme damit zu dem Ergebnis, dass Fachärzte, die sich über Berufsrenten einigen, als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages handeln.

c) Wurde die LSV als Unternehmensvereinigung tätig?

122. Nach Auffassung der niederländischen Regierung kann eine Berufsvereinigung wie die LSV nicht als Unternehmen behandelt werden, weil sie keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.

123. In den vorliegenden Rechtssachen ist aber nicht problematisch, ob die aufgrund eigenen Rechts tätige Vereinigung gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen hat, sondern ob dies die Fachärzte getan haben, die über und durch ihre Vereinigung handelten [55]. Die Frage ist daher nicht die, ob die Berufsvereinigung als Unternehmen handelte, sondern, ob jedes ihrer Mitglieder dies tat.

55 — Vgl. zu dieser Unterscheidung Nrn. 218 bis 227 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

124. Der Fonds bringt vor, erstens könne man nicht von einer Unternehmensvereinigung sprechen, wenn mehrere Angehörige des Berufstandes als Angestellte arbeiteten. Zweitens sei die Einstufung der LSV als Unternehmensvereinigung diskriminierend, weil andere Berufsorganisationen wie etwa der Nederlandse Orde van Advocaten (Niederländische Rechtsanwaltskammer) öffentlich-rechtlich organisiert seien und Regelungsbefugnisse hätten. Drittens sei Hauptaufgabe der die Fachärzte vertretenden Organisationen, sich der Einkünfte ihrer Mitglieder in Gesprächen mit den niederländischen Behörden über die Gebühren und Honorare für ihre Dienstleistungen anzunehmen. Diese Aufgabe umfasse Zusatzrenten als Teil der Ruhestandseinkünfte. Seiner Meinung nach liege die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen der Fachärzte „offensichtlich" außerhalb des Geltungsbereichs des Artikels 85 des Vertrages.

125. Beim ersten Argument bedarf es keiner Entscheidung, ob eine Berufsorganisation mit selbständigen und unselbständigen Mitgliedern eine Unternehmensvereinigung ist, da die LSV zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt ausschließlich selbständige Mitglieder aufwies.

126. Das zweite Argument des Fonds beruht auf einer falschen Prämisse, weil es voraussetzt, dass Berufseinrichtungen, die öffentlich-rechtlich organisiert sind und Regelungsbefugnisse haben, nicht unter die Wettbewerbsregeln fallen. Diese Auffassung widerspricht der ständigen Rechtsprechung. Der rechtliche Rahmen, in dem eine Einrichtung ihre Entscheidung trifft, und die Einstufung dieses Rahmens im nationalen Recht sind für die Anwendbarkeit des Artikels 85 des Vertrages ohne Belang [56].

127. Auch das dritte Argument des Fonds geht fehl. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass Entscheidungen eines Ausschusses oder einer Einrichtung mit Regelungsbefugnissen für einen bestimmten Bereich Artikel 85 Absatz 1 entzogen sein können. Das gilt indessen nur, wenn die Mehrheit seiner (ihrer) Mitglieder Vertreter der öffentlichen Gewalt sind und der Ausschuss bei der Abgabe seiner Vorschläge Kriterien des Gemeinwohls beachten muss [57]. In den vorliegenden Rechtssachen besteht wie in der Rechtssache der Zollspediteure [58] kein Grund für die Annahme, dass die Behörden irgendeine Möglichkeit gehabt hätten, auf den Entscheidungsprozess der LSV Einfluss zu nehmen, zumal der Fonds selbst einräumt, dass der LSV ausschließlich für die wirtschaftlichen Interessen des Berufsstandes tätig wird.

128. Mithin ist die hier geprüfte Entscheidung der LSV als Beschluss einer Unternehmensvereinigung anzusehen.

56 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83 (BNIC, Slg. 1985, 391, Randnr. 17) und Urteil in der Rechtssache C-35/96 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 19, Randnr. 40).

57 — Urteil vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94 (Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, I-2883, Randnrn. 22 bis 25).

58 — Urteil in der Rechtssache C-35/96 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 19, Randnrn. 39 bis 44).

4. *Beschränkung des Wettbewerbs*

129. Problematisch ist, ob die Entscheidung der LSV, das oben beschriebene Berufsrentensystem einzurichten und beim Minister zu beantragen, durch Erlass die Mitgliedschaft in diesem System zwingend vorzuschreiben, eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages bezweckt oder bewirkt hat.

130. In der Sitzung brachte der Fonds vor, dass aus den von mir in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany angeführten Gründen [59] eine solche Wettbewerbsbeschränkung nicht vorliege. Die niederländische Regierung und die Kommission haben hierzu nicht Stellung genommen.

131. Meines Erachtens kann in der Tat die Begründung meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany für die vorliegenden Rechtssachen weitgehend übernommen werden.

132. Die Entscheidung der LSV kann so verstanden werden, dass sie drei Elemente enthält, die ich zweckmäßigerweise das materielle, das institutionelle und das politische Element nennen werde.

133. Bei der nachfolgenden Erörterung der Frage, ob diese drei Elemente den Wettbewerb beschränken, sollte unbedingt beachtet werden, dass die Teilnahme an dem zu prüfenden Rentensystem vor der Intervention des Ministers als freiwillig betrachtet werden muss.

a) Das materielle Element: Harmonisierung von Kosten und Nutzen von Zusatzrenten innerhalb des Berufsstandes

134. Das erste zu prüfende Element der Entscheidung der LSV umfasst die materiellen Rentenregelungen, wie sie oben eingehend beschrieben wurden [60]. Nach diesen Regelungen hat jeder, der dem System angeschlossen ist, Rentenbeiträge in bestimmter Höhe zu entrichten, die von Alter, Geschlecht und Einkommen abhängig sind. Im Gegenzug erwirbt er oder sie die entsprechenden Rentenansprüche. Beim zweiten Teil des Systems, der vom Fonds allein verwaltet wird [61], sind Endkosten und -nutzen des Versicherungsmechanismus notwendig bei allen Mitgliedern identisch. Bei der Normalrente sind sie hingegen nicht harmonisiert [62]. Hier hängen Endkosten und -nutzen von dem Versicherer ab, den das Mitglied gewählt hat (Fonds oder gewerblicher Versicherer).

59 — Nrn. 245 bis 294 meiner Schlussanträge (zitiert in Fußnote 2).

60 — Vgl. Nrn. 36 bis 45 dieser Schlussanträge.

61 — Vgl. Nrn. 43 bis 45 dieser Schlussanträge.

62 — Vgl. Nrn. 38 bis 42 dieser Schlussanträge

135. Demgemäß harmonisiert die betreffende Entscheidung zum Teil (beim zweiten Teil der Rente) die Kosten einer Zusatzrente (zweiter Pfeiler) für Fachärzte.

136. Auf den ersten Blick schränkt diese Harmonisierung den Wettbewerb auf dem Markt für Facharztdienste bei einem Kostenfaktor ein. Angehörige des Berufsstandes treten nicht miteinander in Wettbewerb, um für diesen Teil ihrer Ruhestandseinkünfte eine billigere Versicherung zu erhalten.

137.Ich habe indessen vorstehend dargelegt, dass sich die Märkte für berufliche Dienstleistungen von normalen Märkten unterscheiden [63]. Außerdem kann die in Rede stehende komplexe Entscheidung offenbar nicht anhand der gleichen Grundsätze beurteilt werden wie eine einfache horizontale Preisabsprache. Insoweit habe ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany ausgeführt, dass es der breite Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (im Vergleich zu einigen nationalen Systemen) erforderlich macht, bei der Prüfung der Frage, ob eine Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt, die besonderen wirtschaftlichen Merkmale einer bestimmten Branche oder Kategorie von Vereinbarungen zu berücksichtigen [64]. Aus diesem Grund ist der Gerichtshof in Rechtssachen, die spezifische Branchen oder spezifische Kategorien von Vereinbarungen betreffen, über die bloße Feststellung von Beschränkungen des Verhaltens einzelner Wirtschaftsteilnehmer hinausgegangen und hat die Auswirkungen der betreffenden Absprache auf den Wettbewerb umfassend untersucht [65]. Folglich bedarf es in den vorliegenden Rechtssachen einer realistischen Untersuchung (einschließlich wirtschaftlicher Aspekte) der beschränkenden Wirkungen der in Rede stehenden Entscheidung.

138. Einer solchen Analyse ist zu entnehmen, dass die soeben angedeutete theoretische Wettbewerbsbeschränkung in Wirklichkeit unbedeutende Auswirkungen auf den Markt für fachärztliche Dienstleistungen hat und daher im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht „spürbar" ist [66].

139. Grund hierfür ist erstens, dass lediglich ein Kostenfaktor und kein Preisfaktor harmonisiert wird. Der Wettbewerb wird offensichtlich weniger berührt, wenn alle Berufsangehörigen z. B. die gleichen Telefontarife zahlen müssen, als wenn sie gleich hohe Honorare in Rechnung stellen.

140. Zweitens sind die Kosten des Rentensystems im Vergleich zu anderen Kostenfaktoren in Wirklichkeit unbedeutend. Es ist zu bedenken, dass die zu entrich-

63 — Vgl. Nrn. 82 bis 86 und 89 dieser Schlussanträge.

64 — Vgl. Nrn. 250 bis 252 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

65 — Vgl. die Nachweise in Fußnoten 115 und 116 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

66 — Vgl. Urteil vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 5/69 (Völk, Slg. 1969, 295); vgl. für eine ähnliche Argumentation wie die im vorliegenden Fall zugrunde gelegte die Entscheidung der Kommission „Irish Banks' Standing Committee", ABl. 1986, L 295, S. 28, Nr. 16.

tenden Rentenbeiträge nicht mit den Kosten der Rentenversicherung gleichgesetzt werden können. Um die realen Kosten festzustellen, müssen ebenfalls die Rentenansprüche berücksichtigt werden, die im Gegenzug für die Beiträge erworben werden. Bei einem nicht auf Gewinn ausgerichteten System wie dem Fachärztesystem entstehen wirkliche Kosten nur infolge der Verwaltungskosten des Fonds und bei ertragsschwachen Anlagen der eingezogenen Beiträge.

141. Drittens hat der betreffende Kostenfaktor wenig mit dem Dienstleistungmarkt zu tun[67]. Die Vergütung für Dienstleistungen von Fachärzten wird letztlich durch zahlreiche Kostenfaktoren beeinflusst, die unmittelbarer und wichtiger sind. Der Wettbewerb würde z. B. stärker beeinträchtigt, wenn alle Ärzte einer bestimmten Fachrichtung das gleiche teure Gerät kaufen müssten.

142. Viertens leisten Fachärzte (wie fast alle Berufstätigen) nichthomogene persönliche Dienste. Das bedeutet, dass die Dienste jedes Arztes verschiedene Qualitäten und Eigenschaften aufweisen. Fachärzte können darüber hinaus die Qualität ihrer Dienste sehr unterschiedlich gestalten (indem sie z. B. mehr Zeit auf einen Fall verwenden). Folglich müsste der Wettbewerb aufgrund von Qualität normalerweise sehr ausgeprägt sein, selbst wenn die Kosten für ihre Dienstleistungen starr wären.

143. Demgemäß komme ich zu dem Ergebnis, dass das materielle Element der Entscheidung den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigt.

b) Das institutionelle Element: Schaffung einer juristischen Person zur Kontrolle der Beachtung und zur Verwaltung des Rentensystems

144. Zweitens entschloss sich der LSV, eine juristische Person (den Fonds) zu schaffen, die zum Teil als Versicherer eigenen Rechts und zum Teil als Kontrollinstanz tätig werden sollte, um sicherzustellen, dass die angeschlossenen Fachärzte ihre Normalrente versicherten. Die Versicherungstätigkeiten umfassen die Versicherung der Normalrente und die Versicherung des zweiten Teils des Systems. Bei der erstgenannten Rente können die Mitglieder zwischen dem Fonds und einem privaten Versicherer wählen, beim zweitgenannten Teil versichert allein der Fonds.

145. Die Gründung des Fonds ist als institutionalisierte Form freiwilliger horizontaler Zusammenarbeit zwischen selbständigen Fachärzten zu verstehen[68].

146. Wie die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen in Angelegenheiten der Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung erlaubt es die Gründung eines gemeinsamen

67 — Zur Bedeutung dieses Arguments vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 EWG-Vertrag (ABl. 1993, C 43, S. 2, Punkt III.2 d).

68 — Vgl. Nrn. 258 und 259 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

Fonds den beteiligten Fachärzten, die versicherten Risiken zu streuen und bei der Verwaltung von Rentenbeiträgen und bei Zahlungen oder Vermögensverwaltungen Skalenerträge zu erzielen.

147. Andererseits deckt die Zusammenarbeit bei der Rentenverwaltung ein Feld, das mit den ärztlichen Dienstleistungen von Fachärzten nicht unmittelbar zusammenhängt. Sie gehört einem Bereich an, der vom Dienstleistungsmarkt so weit entfernt ist wie eine gemeinsame Buchführung.

148. Demgemäß sind die wettbewerbsfördernden Wirkungen dieser institutionalisierten Zusammenarbeit bei der Verwaltung viel stärker als alle (theoretischen) wettbewerbshindernden Wirkungen. Die Gründung des Fonds verstärkt wie die Gründung einer landwirtschaftlichen Genossenschaft die Effizienz. Als solche unterliegt sie nicht Artikel 85 Absatz 1 [69].

149. Die Einschränkung der Mitglieder beim Austritt aus dem System ist eine Folge des Erlasses, mit dem der Minister die Mitgliedschaft zwingend vorgeschrieben hat und der nachstehend untersucht werden wird. Die Bestimmung, dass Mitglieder den Versicherer der Normalrente nur alle fünf Jahre wechseln dürfen [70], ist eine gerechtfertigte Zusatzbeschränkung, um die Loyalität der Mitglieder und eine gewisse Stabilität des Mitgliederbestands bei Fonds und Versicherer sicherzustellen [71].

150. Was die Ausschlusswirkungen eines freiwilligen Berufsrentenfonds gegenüber Versicherungsgesellschaften betrifft, so erlaubt es der Grundsatz der Vertragsfreiheit den Fachärzten, die Verwaltung ihrer Renten einem von den Vertretern des Berufsstandes kontrollierten System anzuvertrauen, statt Gruppen-Versicherungsverträge mit gewerblichen Versicherern abzuschließen [72]

151. Daraus folgt, dass die institutionellen Vereinbarungen als solche den Wettbewerb nicht beschränken.

69 — Vgl. für weitere Einzelheiten Nrn. 262 bis 270 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

70 — Vgl. Nr. 40 dieser Schlussanträge.

71 — Vgl. Urteil vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-399/93 (Oude Luttikhuis u. a., Slg. 1995, I-4515, Randnrn. 13 und 14); vgl. auch Nrn. 271 bis 275 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

72 — Vgl. für weitere Einzelheiten Nrn. 276 bis 286 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.. Versicherungsgesellschaften haben jedenfalls die Möglichkeit, mit dem Fonds bei der Versicherung der Normalrente in Wettbewerb zu treten. Probleme für Versicherungsgesellschaften entstehen nur dadurch, dass alle Fachärzte dem System angeschlossen sind, so dass selbst Berufstätige, die sich bei einem privaten Versicherer versichern möchten, dies nicht tun dürfen. Diese Wirkung ist aber auf den Erlass des Ministers zurückzuführen, der noch zu prüfen ist.

c) Das politische Element: Antrag an den Minister

152. Die LSV beschloss drittens, beim zuständigen Minister zu beantragen, die Mitgliedschaft beim System für alle in den Niederlanden niedergelassenen Fachärzte verbindlich vorzuschreiben.

153. Die Argumentation zu der Parallelfrage in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany [73] gilt auch hier. Demgemäß beschränkt der Antrag an den Minister als solcher den Wettbewerb nicht.

154. Folglich schränkt keines der drei Elemente der Entscheidung der LSV den Wettbewerb spürbar ein. Einer Erörterung der Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten bedarf es daher nicht.

155. Ich komme demnach zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung der LSV, das in Rede stehende Berufsrentensystem zu schaffen und beim zuständigen Minister zu beantragen, die Mitgliedschaft bei dem System durch Erlass verbindlich vorzuschreiben, nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verstößt.

73 — Nrn. 287 bis 294.

5. Zum Verhältnis zwischen den Artikeln 5 und 85 Absatz 1

156. Die Frage ist, ob die niederländische Verwaltung gegen die Artikel 5 und 85 Absatz 1 des Vertrages verstoßen hat, als sie auf Antrag der LSV die Mitgliedschaft bei dem Rentensystem für alle in den Niederlanden niedergelassenen Fachärzte verbindlich vorschrieb.

157. Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages, wonach die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten, verpflichtet die Mitgliedstaaten, keine Maßnahmen, nicht einmal Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, einzuführen oder beizubehalten, die den für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln ihre Wirksamkeit nehmen würden. Es ist daher einem Mitgliedstaat nicht erlaubt, Vereinbarungen, Entscheidungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zu verlangen oder zu fördern, die gegen Artikel 85 verstoßen oder deren Wirkungen zu verstärken.

158. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [74] ist eine staatliche Maßnahme nur dann rechtswidrig, wenn sie einen Zusammenhang mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Unternehmen aufweist.

74 — Vgl. z. B. Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Meng, Slg. 1993, I-5751).

159. In den vorliegenden Rechtssachen hat die Entscheidung des Ministers, die Pflichtmitgliedschaft beim Fonds vorzuschreiben, Fachärzte gezwungen, diesem Rentensystem beizutreten, auch wenn sie nicht Mitglied der LSV werden oder Zusatzrentenvereinbarungen treffen wollten. Der betreffende Erlass hat daher die Wirkungen der Entscheidung der LSV, dieses System zu schaffen, verstärkt [75].

160. Der Erlass verstößt aber nach der aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofes [76] nicht gegen die Artikel 5 und 85 des Vertrages, da die Entscheidung der LSV selbst den Wettbewerb nicht spürbar beschränkt hat und daher mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbar war.

161. Ich muss gestehen, dass ich diese Rechtsprechung mit ihrer automatischen Verbindung der Rechtmäßigkeit eines privaten und der eines staatlichen Aktes in Fällen wie den vorliegenden nicht für sehr befriedigend halte. Die Entscheidung der LSV fällt nicht unter Artikel 85 Absatz 1, weil beschränkende Wirkungen auf das spätere Eingreifen des Staates zurückzuführen sind; dieses Eingreifen des Staates wird wiederum nicht von Artikel 5 erfasst, weil die Entscheidung der LSV als solche nicht spürbar beeinträchtigend wirkt. Es kann daher weder die Abstimmung unter den Fachärzten noch die betreffende staatliche Maßnahme nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft angegriffen werden, obwohl der Minister ohne die vorherige Abstimmung der Wirtschaftsteilnehmer den Wettbewerb nicht hätte einschränken können.

162. Ich habe oben dargelegt, dass in jedem Wettbewerbssystem Regeln, die die jeweiligen Verantwortungsbereiche des Staates und der Berufsstände festlegen, von entscheidender Bedeutung sind, wenn das System das Gleichgewicht zwischen der Verhinderung wettbewerbswidriger Praktiken und der Erhaltung der Regelungsautonomie der Berufsstände wahren will [77].

163. In Rechtssachen wie den vorliegenden wäre es daher befriedigender, wenn man zunächst prima facie einen Verstoß bejahen würde, der dann aber aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden könnte. Meines Erachtens stehen staatliche Maßnahmen mit Artikel 5 Absatz 2 in Einklang, wenn sie zwar die beschränkenden Wirkungen einer Abstimmung zwischen Unternehmen verstärken, jedoch ein legitimes und klar definiertes Ziel des öffentlichen Interesses verfolgen und wenn die Mitgliedstaaten diese Abstimmung aktiv überwachen. In manchen Fällen mag auch Artikel 90 Absatz 2 anwendbar sein. In den vorliegenden Rechtssachen unterliegt es kaum einem Zweifel, dass der Erlass, mit dem die Mitgliedschaft zwingend vorgeschrieben wurde, aus sozialen Gründen gerechtfertigt war.

164. Eine ähnliche Lösung müsste auch gelten, wenn der Gerichtshof entscheiden

75 — Urteil vom 3. Dezember 1987 in der Rechtssache 136/86 (BNIC/Aubert, Slg. 1987, 4789, Randnrn. 22 bis 24).

76 — Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-266/96 (Corsica Ferries France, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 51).

77 — Vgl. Nrn. 87 und 91 dieser Schlussanträge.

sollte, dass die Entscheidung der LSV den Wettbewerb spürbar beschränkt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und daher gegen Artikel 85 Absatz 1 verstößt. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofes müsste der zu prüfende Erlass offenbar automatisch als Verstoß gegen die Artikel 5 und 85 bewertet werden [78]. Aber auch wenn eine Abstimmung zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern (z. B. im sozialen oder im Umweltbereich) für sich betrachtet den Wettbewerb im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 beschränkt, kann der Staat berechtigte Gründe haben, die Wirkungen dieser Abstimmung aus Gründen des öffentlichen Interesses zu verstärken und zu bestätigen.

165. Folglich müsste meines Erachtens das Ergebnis in den vorliegenden Rechtssachen, gleichgültig, ob nun auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung oder ob die Entscheidung der LSV den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt, dahin lauten, dass kein Verstoß gegen die Artikel 5 und 85 vorliegt.

VII — Zur ersten Frage: Einstufung des Fonds als Unternehmen

166. Fraglich ist, ob ein Berufsrentenfonds wie der Fonds in den Ausgangsverfahren ein „Unternehmen" im Sinne der Wettbewerbsregeln des Vertrages ist. Es ist somit festzustellen, ob die Tätigkeiten des Fonds wirtschaftlicher Natur sind.

167. In der Sitzung haben der Fonds und die Kommission die Auffassung vertreten, der Fonds sei ein Unternehmen. Die niederländische Regierung äußerte Zweifel, ob die Argumentation des Urteils in der Rechtssache Albany auf die vorliegenden Rechtssachen übertragen werden könne. Im Urteil Albany hat der Gerichtshof entschieden, dass die niederländischen Betriebsrentenfonds Unternehmen seien. Die französische und die griechische Regierung stehen auf dem Standpunkt, dass die Tätigkeiten des Fonds nicht wirtschaftlicher Natur seien.

168. Der Fonds nimmt innerhalb des Fachärzterentensystems drei verschiedene Funktionen wahr.

169. Bei der Normalrente ist er einer der möglichen Erbringer von Rentenleistungen an Mitglieder des Systems, die sich dafür entschieden haben, ihre Normalrente beim Fonds zu versichern [79].

170. Zweitens kontrolliert er ebenfalls bei der Normalrente die Erfüllung der Versicherungspflicht durch Mitglieder, die diesen Teil des Systems bei einer Versicherungsgesellschaft versichert haben [80].

78 — Urteil in der Rechtssache C-35/96 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 19, Randnrn. 52 bis 60).

79 — Vgl. Nrn. 38 bis 42 dieser Schlussanträge.

80 — Vgl. Nr. 40 dieser Schlussanträge.

171. Drittens wird er beim zweiten Teil des Rentensystems (Indexierung, rückwirkende Rentenansprüche, Invaliditätsregelung, ergänzende Hinterbliebenenversicherung) als Versicherer mit Ausschließlichkeitsrecht tätig [81].

172. Bei der ersten Funktion geht der Fonds offensichtlich im Wettbewerb mit Versicherungsgesellschaften einer wirtschaftlichen Tätigkeit nach und wird insoweit als Unternehmen tätig.

173. Bei der überwachenden Tätigkeit, die den von angeschlossenen Mitgliedern mit privaten Versicherern geschlossenen Versicherungsverträgen gilt, wird der Fonds meines Erachtens in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig; diese Tätigkeit lässt sich mit der Überwachung der Umweltverschmutzung vergleichen, die in der Rechtssache Cali dem Hafen von Genua anvertraut war, sowie mit den Tätigkeiten von Eurocontrol in der Rechtssache SAT [82]. Kein Unternehmen könnte dieser Tätigkeit mit Aussicht auf Gewinn und aus eigener Initiative nachgehen.

81 — Vgl. Nrn. 43 bis 45 dieser Schlussanträge.

82 — Vgl. Nrn. 311 bis 314 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany (zitiert in Fußnote 2).

174. Die Rolle des Fonds beim zweiten Teil des Rentensystems ist schwieriger einzustufen.

175. Die folgenden Elemente sind für die Einstufung nicht unmittelbar maßgebend: Der Fonds ist nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet [83], verfolgt eine soziale Zielsetzung [84] und die ihm möglichen Investitionen sind beschränkt und werden kontrolliert [85]. Derartige Zwänge können zwar, wie der Gerichtshof im Urteil Albany entschieden hat, das ausschließliche Recht des Fonds zur Verwaltung dieses Teils des Rentensystems rechtfertigen, schließen es aber nicht aus, die vom Fonds ausgeübte Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen [86].

176. Demgegenüber kann das Ausmaß an Solidarität innerhalb eines Rentensystems erheblich sein [87]. Das ist darauf zurückzuführen, dass ein Rentensystem so viele wichtige Elemente der Solidarität aufweisen kann, dass grundsätzlich kein Versicherer diese Art von Versicherung auf dem Markt anbieten kann.

83 — Vgl. Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209/78 bis 215/78 und 218/78 (Van Landewijck, Slg. 1980, 3125, Randnr. 21); vgl. auch Randnr. 85 des Urteils und Nr. 336 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

84 — Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnrn. 13 und 14); vgl. auch Randnr. 86 des Urteils und Nr. 336 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

85 — Vgl. Randnr. 86 des Urteils und Nr. 335 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

86 — Vgl. Randnr. 86 des Urteils und Nr. 330 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

87 — Implizit in Randnr. 85 des Urteils und explizit in Nr. 343 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

177. In den vorliegenden Rechtssachen weist der zweite Teil des Systems mehrere wichtige Elemente beruflicher Solidarität auf, nämlich einen Indexierungsmechanismus, rückwirkende Rentenansprüche, eine Invaliditätsregelung und ergänzende Hinterbliebenenversicherung. Außerdem findet keine Risikoauswahl aufgrund ärztlicher Untersuchungen statt.

178. Letztlich führen gleichwohl folgende Systemelemente zu dem Schluss, dass der Fonds auch für diesen zweiten Teil als Unternehmen einzustufen ist: Die fraglichen Risikoelemente (einschließlich der Indexierung) werden nach dem Kapitalisierungsgrundsatz finanziert; der Fonds legt Beiträge und Rentenleistungen autonom und nach versicherungsmathematischen Grundsätzen fest. Folglich hängt der Umfang der Leistungen des Fonds von seinen Verwaltungskosten und den finanziellen Ergebnissen der von ihm getätigten Investitionen ab; eine staatliche Garantie gegen Risiken in Zusammenhang mit schlechten Investitionen scheint nicht zu bestehen. Schließlich unterliegt der Fonds der Aufsicht der Versicherungskammer, die auch die Versicherungsgesellschaften kontrolliert [88].

179. Der Kapitalisierungsgrundsatz und die Aufsicht der Versicherungskammer sind Anzeichen dafür, dass die betreffende Versicherung zumindest potenziell eine Tätigkeit ist, die ein normaler Versicherer ausüben könnte. Die Autonomie des Fonds und die mit seinen Investitionen verbundenen Risiken führen zum Risiko von Verhaltensweisen, die die Wettbewerbsregeln zu verhindern suchen. Folglich gilt die gleiche Entscheidungsregel erneut: Obwohl die vorgenannten Solidaritätszwänge das ausschließliche Recht des Fonds nach Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages zum Teil rechtfertigen könnten, sind sie doch nicht so gewichtig, dass sie es verhindern, seine Tätigkeiten als wirtschaftliche anzusehen.

180. Damit komme ich zu dem Ergebnis, dass der Fonds bei der Versicherung der Normalrente und beim zweiten Teil des Systems als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des Vertrages tätig wird.

VIII — Zur dritten Frage: Die Artikel 90 Absatz 1 und 86 des Vertrages

181. Die letzte Frage geht dahin, ob ein Mitgliedstaat gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 des Vertrages verstößt, wenn er bei Berufsrentensystemen ein System der Zwangsmitgliedschaft wie das in den Niederlanden geltende einrichtet und im Rahmen dieses Systems die Mitgliedschaft bei einem bestimmten Berufsrentensystem zwingend vorschreibt.

88 — Vgl. Randnrn. 81 und 82 des Urteils und Nrn. 338 bis 342 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany.

1. *Anwendbarkeit der Artikel 90 Absatz 1 und 86*

182. Zuerst ist die Frage zu beantworten, ob der Fonds ein Unternehmen mit ausschließlichen Rechten im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 ist.

183. Bezüglich der Versicherung der Normalrente ist der Fonds ein Unternehmen, verfügt aber nicht über ausschließliche Rechte. Angeschlossene Mitglieder sind berechtigt, Versicherungsverträge mit gewerblichen Versicherern zu schließen.

184. Bei der Überwachung der Versicherung der Normalrente wird der Fonds nicht als Unternehmen tätig. Artikel 90 Absatz 1 ist insoweit nicht anzuwenden.

185. Bei der Versicherung des zweiten Teils des Systems wird der Fonds als Unternehmen tätig und verfügt als allein in Frage kommender Versicherer über ein ausschließliches Recht. Insoweit gilt Artikel 90 Absatz 1.

186. Es ließe sich auch sagen, dass der Fonds als beteiligtes Unternehmen zwei weitere ausschließliche Rechte besitzt, nämlich das zur Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft nach Artikel 1 Absatz 2 und nach Artikel 44 der Rentenordnung [89].

187. Die zweite Frage geht dahin, ob der Fonds auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung einnimmt.

188. Der Fonds hat in der Sitzung vorgetragen, relevanter Markt sei der Markt für Zusatzrentenversicherungen. Folglich habe er nur für einen kleinen Teil dieses Marktes, nämlich für die Renten von Fachärzten, eine beherrschende Stellung.

189. Wie indessen die Kommission zutreffend bemerkt hat, sind, wenn die Mitgliedschaft bei einem Berufsrentensystem zwingend vorgeschrieben ist, andere Formen der Versicherung oder andere Versicherer keine gültigen Substitute für die Versicherung beim System. Ein Unternehmen wie der Fonds, der ein gesetzliches Monopol für die Erbringung bestimmter Versicherungsleistungen (hier für den zweiten Teil des Systems) auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes (hier die Niederlande) aufweist, muss daher als ein Unternehmen in beherrschender Stellung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages angesehen werden [90].

89 — Vgl. Nrn. 31 bis 35 dieser Schlussanträge.

90 — Vgl. für weitere Einzelheiten und Nachweise Randnrn. 91 und 92 des Urteils und Nrn. 378 bis 383 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Albany (zitiert in Fußnote 2).

2. *Verstoß gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86*

190. Zwar ist die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 als solche noch nicht unvereinbar mit Artikel 86, jedoch verstößt ein Mitgliedstaat gegen diese beiden Bestimmungen, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht [91].

191. Zwei Arten von Bestimmungen sind hier zu prüfen.

a) Bestimmungen zur Begründung eines ausschließlichen Versicherungsrechts des Fonds

192. In der Rechtssache Albany hatten sich die betroffenen Unternehmen über die ausschließlichen Rechte der Branchenrentenfonds beschwert, weil diese Fonds aus ihrer Sicht die Nachfrage auf dem Markt für solche Tätigkeiten nicht befriedigen konnten.

193. Dem Urteil lässt sich nicht eindeutig entnehmen [92], ob der Gerichtshof dieses Argument gebilligt hat, und folglich auch nicht, ob die betreffenden Vorschriften prima facie gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 verstießen. Letztlich waren diese Vorschriften jedoch nach Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages gerechtfertigt [93].

194. In den vorliegenden Rechtssachen hat niemand vorgebracht, dass die Berufsrentenfonds in den Niederlanden unbefriedigende Leistungen erbrächten. Anders als in der Rechtssache Albany wollten die Kläger der Ausgangsverfahren keine Versicherung bei einem gewerblichen Versicherer, sondern bei einem anderen Betriebsrentenfonds. Damit haben sie augenscheinlich nichts gegen die Pflichtmitgliedschaft als solche einzuwenden, was möglicherweise dadurch bestätigt wird, dass die Kläger es nicht für erforderlich gehalten haben, beim Gerichtshof Erklärungen einzureichen.

195. Darüber hinaus legt im oben dargestellten rechtlichen Rahmenwerk nichts die Annahme nahe, dass die Fonds systematisch zu einem Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung angehalten würden. Es scheint im Gegenteil mehrere Sicherungen gegen Missbrauch zu geben. Beteiligte können zu einem Antrag des Berufsstandes, die Mitgliedschaft bei einem System zwingend vorzuschreiben, Stellung nehmen. Bevor die Mitgliedschaft zwin-

91 — Vgl. Randnr. 93 des Urteils in der Rechtssache Albany.

92 — Randnrn. 95 bis 97.

93 — Randnrn. 98 bis 111.

gend vorgeschrieben wird, werden Sozial- und Wirtschaftsausschuss und Versicherungskammer angehört. Spätere Änderungen des Systems müssen vom Minister genehmigt werden. Investitionen unterliegen Einschränkungen und die Finanzen des Fonds werden ständig kontrolliert [94].

196. Schließlich hat das von den Fachärzten gewählte System verhältnismäßig geringe beschränkende Wirkungen, da der Fonds ausschließliche Rechte nur für den zweiten Teil des Systems besitzt.

197. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Albany habe ich vorgeschlagen, die Frage eines Prima-facie-Verstoßes gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 den nationalen Gerichten zu überlassen, weil zu viele Tatsachenfragen unklar waren. In den vorliegenden Rechtssachen bin ich allerdings angesichts der gerade angeführten Merkmale eher der Auffassung, dass ein solcher Verstoß nicht vorliegt.

198. Im gegenteiligen Fall wäre ein solcher Verstoß nach Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages gerechtfertigt [95].

b) Die Vorschriften zur Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft

199. Nach dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Albany darf ein Mitgliedstaat festlegen, dass die Befugnis zur Befreiung allein dem betreffenden Rentenfonds zusteht. Der mit der Doppelrolle als Verwalter des Systems und Inhaber der Befugnis, Befreiung zu gewähren, verbundene Interessenkonflikt wurde durch die besonderen Kenntnisse des Fonds, die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bezüglich dieser Materie je nach ihren Prioritäten und durch die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle bereinigt oder gemildert [96].

200. Bleibt es bei dieser Rechtsprechung, so kann diese Argumentation unmittelbar auf die vorliegenden Rechtssachen und insbesondere auf die beiden in den Artikeln 1 Absatz 2 und 44 der Rentenordnung des Fonds vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten [97] übertragen werden. Außerdem ist daran zu erinnern, dass die Fachärzte in den vorliegenden Rechtssachen zusätzlich — zumindest theoretisch — die Möglichkeit haben, eine Ausnahmegenehmigung des Ministers gemäß Artikel 26 BPRW zu beantragen [98].

201. Meine Schlussfolgerung lautet daher, dass ein Mitgliedstaat nicht gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 des Vertrages

94 — Vgl. Nrn. 9 bis 20 dieser Schlussanträge.

95 — Vgl. Randnrn. 98 bis 111 des Urteils in der Rechtssache Albany.

96 — Vgl. Randnrn. 112 bis 121 des Urteils in der Rechtssache Albany. Vgl. die abweichende Analyse in Nrn. 441 bis 468 meiner Schlussanträge.

97 — Vgl. Nrn. 31 bis 35 dieser Schlussanträge.

98 — Vgl. Nrn. 21 bis 23 dieser Schlussanträge.

verstößt, wenn er bei Berufsrentensystemen ein System der Zwangsmitgliedschaft wie das in den Niederlanden geltende einrichtet und im Rahmen dieses Systems die Mitgliedschaft bei einem bestimmten Berufsrentensystem zwingend vorschreibt.

IX — Ergebnis

202. Die vom Kantongerecht Nijmegen vorgelegten Fragen sind daher nach meiner Ansicht wie folgt zu beantworten:

1. Es verstößt nicht gegen die Artikel 5 und 85 des Vertrages (jetzt Artikel 10 EG und 81 EG), wenn ein Mitgliedstaat auf Antrag einer Berufsorganisation, die die Angehörigen eines bestimmten Berufsstandes vertritt, die Mitgliedschaft in einem Berufsrentenfonds für alle Angehörigen des Berufsstandes verbindlich vorschreibt.

2. Ein Berufsrentenfonds wie der niederländische Fachärzterentenfonds wird bei der Versicherung der Normalrente (normpensioen) und des zweiten Teils des Fachärzterentensystems als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags tätig.

3. Es verstößt nicht gegen die Artikel 90 Absatz 1 und 86 des Vertrages (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG und 82 EG), wenn ein Mitgliedstaat bei Berufsrentensystemen ein System der Zwangsmitgliedschaft wie das in den Niederlanden geltende einrichtet und im Rahmen dieses Systems die Mitgliedschaft bei einem bestimmten Berufsrentensystem wie dem in den Niederlanden geltenden Fachärzterentensystem zwingend vorschreibt.